

DOSSIER LA RUPTURE DES RELATIONS COMMERCIALES ÉTABLIES



Savoir s'adapter est un impératif de la vie des affaires. Certes, mais pas trop vite. Même en période de crise ou de ralentissement économique, l'article L. 442-6-I 5° du Code de commerce interdit de rompre une « relation commerciale établie » sans respecter un préavis suffisant.

Source de nombreuses interrogations, quant à son champ d'application et aux pratiques contractuelles qui peuvent en découler, ce texte est au cœur d'enjeux économiques considérables, ne serait-ce que parce qu'il conduit les juges à prononcer des sanctions très lourdes.

Face au nombre croissant des contentieux, il est plus que jamais indispensable de connaître les contours de ces dispositions et les écueils à éviter.

10 Propos Introductifs

Elisabeth Flaicher-Maneval,
Avocat,
Arnaud Reygrobellet,
Professeur à l'Université de Paris Ouest
Nanterre la Défense, *Of Counsel*,
CMS Bureau Francis Lefebvre

12 Champ d'application du texte

Francine Van Doorne-Isnel,
Avocat,
Nathalie Petrignet,
Avocat Associé,
CMS Bureau Francis Lefebvre

19 Comment éviter la mise en cause de sa responsabilité ?

Brigitte Gaucière,
Francine Van Doorne-Isnel ,
Avocats,
CMS Bureau Francis Lefebvre

23 Quelles prétentions judiciaires et devant quel juge ?

Olivier Kuhn,
Avocat,
CMS Bureau Francis Lefebvre

26 Les litiges internationaux

Elisabeth Flaicher-Maneval,
Avocat,
Arnaud Reygrobellet,
Professeur à l'Université de Paris Ouest
Nanterre la Défense, *Of Counsel*,
CMS Bureau Francis Lefebvre

34 Quelle réparation en cas de responsabilité avérée ?

Nathalie Petrignet,
Avocat Associé,
Olivier Kuhn,
Avocat,
CMS Bureau Francis Lefebvre

Propos Introductifs

Elisabeth Flaicher-Maneval,
Avocat,
Arnaud Reygrobellet,
Professeur à l'Université de Paris Ouest Nanterre la Défense, Of Counsel,
CMS Bureau Francis Lefebvre

1) Par exemple, Cass. com., 14 nov. 1989, n° 88-10.594, et n° 88-10.757, *Bull. civ. IV*, n° 286, p. 193, à propos de la résiliation unilatérale d'une ouverture de crédit sous forme de découverts de compte courant... jugée non fautive.

2) V. pour une réflexion plus globale, mais examinant le statut de l'article L. 442-6 du Code de commerce, L. Idot, « *L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat* », *RDC* 2004, p. 882.

De prime abord, la règle inscrite à l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce ne paraît guère originale. Affirmant la responsabilité de celui – producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers – qui rompt « brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis... », la disposition semble être un simple prolongement d'un principe de droit commun des obligations. L'article 1134, alinéa 3, du Code civil ne permet-il pas déjà de sanctionner le cocontractant qui rompt abusivement une relation contractuelle ?

En réalité, il est relativement aisé de saisir que les deux textes ne sont pas redondants. La rupture abusive n'est pas la rupture brutale, qui a un champ plus large et une acception plus objective (1). Si l'on ajoute que la sanction, envisagée par l'article L. 442-6, I, 5°, ne se situe pas sur le seul terrain de la responsabilité, le législateur prévoyant la possibilité d'une amende civile à l'encontre de l'auteur de la rupture (art. L. 442-6, III), que certaines spécificités procédurales existent, et qu'on hésite sur le point de savoir si on se situe sur le terrain contractuel ou délictuel, la démonstration aura été établie que le texte n'est pas une simple déclinaison, sous un libellé passablement confus, d'une règle de droit commun.

Mais, au-delà de cette première constatation, l'article L. 442-6, I, 5° se présente comme une disposition profondément originale ; ce qui rend son maniement délicat.

Trois spécificités principales peuvent être mises en évidence.

La première particularité réside sans doute en ceci que l'article L. 442-6, I, 5°, procède d'une approche économique et non véritablement juridique de la relation d'affaire. Ce qui là encore invite à le distinguer d'autres dispositions, proches par certains côtés.

On peut mesurer cette singularité si on rapproche le texte, par exemple, de l'article

L. 313-12 du Code monétaire et financier qui réglemente pareillement la rupture d'une relation contractuelle, mais s'applique électivement à la rupture des concours bancaires. En cette hypothèse, c'est bien le contrat qui est visé : une ouverture de crédit ou plus largement un « concours », qu'un établissement de crédit consent à une entreprise. Et le texte enjoint à ce dernier de respecter un délai de préavis minimal, qui doit être fixé lors de l'octroi du concours sans pouvoir être inférieur à un seuil chiffré indiqué par la loi. A défaut, « la responsabilité pécuniaire de l'établissement de crédit » peut être engagée.

La potentielle parenté, sauf le champ d'application, entre ces deux prescriptions n'est qu'apparente. L'article L. 442-6, I, 5°, repose sur une tout autre logique, qui ne s'intéresse pas tant au contrat, mais à la relation d'affaires. La règle et la sanction subséquente jouent donc, en partie, indépendamment des prévisions contractuelles.

D'où les nombreuses chausse-trappes que présente le texte, en particulier pour circonscrire son champ d'application, mais aussi pour déterminer le fait générateur de la sanction.

Une deuxième spécificité résulte de ce qu'il est assez difficile d'assigner un statut exact au texte. Parce qu'il saisit moins le contrat que la « relation commerciale », l'article L. 442-6, I, 5°, semble s'inscrire dans une perspective de régulation concurrentielle. Et de fait, le texte prend place dans un développement du Code de commerce sanctionnant les « pratiques restrictives de concurrence ». La référence à la concurrence ne doit toutefois pas tromper car la finalité de ces dispositions a peu à voir avec la raison d'être du droit de la concurrence, qui est d'assurer le bon fonctionnement des marchés (2). La perspective paraît plutôt emprunter à celle du droit de la consommation, qui tente de rééquilibrer une relation jugée déséquilibrée en protégeant la partie faible.

Mais même ainsi présentée, la règle logée à l'article L. 442-6, I, 5°, repose sur une logique qui lui est propre, y compris comparée aux autres prescriptions de l'article L. 442-6, I. Il faut relever, ici, que le rééquilibrage contractuel intervient au moment même où la relation d'affaires arrive à son terme ; mais aussi que ne sont pas définis *a priori* le type d'opérateur économique au profit duquel l'immixtion dans la relation d'affaires doit s'opérer, ni même la nature de « la relation commerciale établie » concernée. En d'autres termes, la faute peut être imputée au fournisseur aussi bien qu'au distributeur ; au producteur aussi bien qu'à l'acheteur ; au prestataire de service aussi bien qu'au client de ce prestataire. En cela, par sa neutralité, la disposition n'encourt pas le grief qu'on peut adresser à certaines normes, trop exclusivement tournées en faveur d'une catégorie économique préétablie, présumée par la loi, la partie faible. Mais cette indétermination constitue une difficulté non négligeable pour appréhender son exact domaine d'application (F. Van Doorne et N. Pétrignet, sur la notion de « relation commerciale établie ») mais aussi pour décider si, dans l'ordre international, le texte mérite la qualification de loi de police (E. Flaicher-Maneval et A. Reygrobellet, à propos de la rupture brutale dans le cadre d'une relation d'affaires internationale). De là, s'évince un paradoxe. En théorie, il ne s'agit nullement – heureusement ! – d'imposer un maintien de la relation contractuelle, mais de façon moins radicale de sanctionner la brutalité avec laquelle cette relation a été rompue. En cela, la règle se différencie clairement d'autres dispositions qui visent, d'ailleurs non sans contradiction, soit à fixer une durée minimale à la relation contractuelle (3) ; soit, à l'inverse, à limiter cette durée (4).

En pratique toutefois, les effets directs et indirects induits par l'article L. 442-6, I, 5°, sont plus délicats à apprécier. D'abord, comme on le verra, l'auteur d'une rupture jugée brutale peut être condamné en référé à reprendre, temporairement

il est vrai, ses relations commerciales (O. Kuhn, Quelles prétentions judiciaires et devant quel juge ?). Ensuite, comme toute règle protectrice, elle est susceptible d'entraîner des effets pervers à l'encontre de ceux-là qu'elle avait pour vocation de protéger. De fait, pour éviter de se voir imputer la rupture brutale d'une relation commerciale établie, celui qui est en situation de force pourra être tenté d'imposer à son cocontractant un contrat de courte durée. Cette « stratégie » ne va pas nécessairement permettre d'échapper à une éventuelle responsabilité (v. B. Gaucière, Comment éviter la mise en cause de sa responsabilité ?), dès lors qu'est prise en compte la relation commerciale et non la relation contractuelle. Mais elle est de nature, sans doute, à fragiliser en conséquence la pérennité de la relation économique.

Enfin, une troisième et dernière spécificité mérite d'être soulignée, en forme de paradoxe.

Ce texte, destiné à apaiser les rapports entre cocontractants, s'avère en réalité la source d'un très fort, très permanent, très complexe contentieux.

Mais, ce contentieux, il est possible soit de l'éviter, soit de l'anticiper permettant ainsi d'y faire face dans de meilleures conditions si l'on s'y trouve d'aventure confronté. Tel est l'objet des différentes contributions qui sont présentées ci-après. Elles ambitionnent de donner au lecteur, par une présentation synthétique des développements jurisprudentiels récents auxquels le texte a donné lieu, un aperçu complet des différentes difficultés qu'auteurs ou victimes de la rupture peuvent rencontrer.

La présentation est articulée autour de cinq grands thèmes : le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5° ; les conditions de mise en cause de la responsabilité ; les aspects juridictionnels du contentieux ; l'application du texte dans un contexte international ; la nature des sanctions encourues en cas de responsabilité avérée.

3) Par exemple, l'article 3, 5, a de l'ancien Règlement n° 1400/2002 du 31 juillet 2002, pour l'exemption de la distribution automobile, exigeait que les contrats de durée déterminée soient au moins de cinq ans et assortis d'un préavis de six mois pour prévenir le partenaire de l'intention de ne pas le proroger ; mais ces exigences n'ont été reprises ni dans le Règlement UE n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, § 3 du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ni dans le Règlement UE n° 461/2010 du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101, § 3 du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile : v. P. Arhel, Restrictions verticales : alignement partiel du secteur de l'automobile sur le régime général, CCC août 2010, étude 10, spéc., n° 17 qui explique que de telles dispositions – règles relatives à la durée des accords et aux délais de préavis – n'avaient pas leur place dans un règlement d'exemption, relevant plutôt du droit des obligations.

4) C. com., art. L. 330-1 ; *adde*, Autorité de la concurrence, Avis n° 10-A-26 du 7 déc. 2010 en matière de distribution alimentaire, qui préconise une limitation de la durée des contrats d'affiliation à 5 ans maximum et une harmonisation de la durée et des modalités de résiliation de l'ensemble des contrats constitutifs d'une même relation.

Champ d'application du texte

Francine Van Doorne-Isnel,
Avocat,
Nathalie Petrignet,
Avocat Associé,
CMS Bureau Francis Lefebvre

1) Cass. com. 14 sept. 2010 n° 09-14.322, P+B, RJDA 1/11 n° 87. La Cour reprend ainsi la solution qu'elle avait précédemment dégagée selon laquelle le régime juridique des mutuelles, comme le caractère non lucratif de leur activité, n'est pas de nature à les exclure du champ d'application de l'ordonnance 86-1243 du 1er décembre 1986 (devenu le livre IV du Code de commerce), dès lors que, par la commercialisation de médicaments, elles procèdent à une activité de production, de distribution et de services (Cass. com., 21 oct. 1997 n° 95-14.457, RJDA 3/98 n° 349).

L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce interdit à tout producteur, 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 et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels* ». Le non-respect de cette interdiction entraîne principalement la responsabilité de l'auteur du manquement et l'oblige à réparer le préjudice causé. Ces dispositions, intégrées par la loi Galland n° 96-588 du 1er juillet 1996 au chapitre du Code de commerce relatif aux pratiques restrictives de concurrence, visaient initialement à lutter efficacement contre les pratiques de « déréférencement » abusif rencontrées dans le secteur de la grande distribution. Mais leur spectre est en réalité extrêmement large et s'étend à l'ensemble du secteur concurrentiel. Ces règles côtoient celles du droit commun des obligations, posées aux articles 1134 (exécution de bonne foi des conventions légalement formées) et 1147 (inexécution des obligations contractuelles) du Code civil, vers lesquelles il convient de se tourner pour agir en responsabilité lorsque la relation brutalement rompue ne satisfait pas à deux conditions cumulatives : être commerciale et être établie. C'est en effet la notion de « relation commerciale établie » qui détermine le champ d'application matériel de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. Or cette notion ne fait l'objet d'aucune définition légale. Ce sont les juges qui, au fil des contentieux, en ont précisé les contours en répondant aux deux questions suivantes :

- Qu'est-ce qu'une relation commerciale ?
- Qu'est-ce qu'une relation commerciale établie ?

Si la notion de relation commerciale établie se dessine progressivement, plusieurs décisions récentes attestent encore de contours non stabilisés et de sa propension constante à être interprétée de manière particulièrement extensive. Aussi, avant de décider d'agir sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5°, entreprises et praticiens sont invités à suivre le raisonnement des juges en se demandant, à l'aune des critères dégagés par ces derniers, s'ils sont bien en présence d'une relation commerciale (I) et, si oui, d'une relation établie (II) au sens du texte précité. Il convient également, pour invoquer utilement l'article L. 442-6, I, 5°, de savoir ce que recouvre précisément la notion de « rupture » (III).

I. Qu'est-ce qu'une relation commerciale ?

La réponse à cette question impose de se placer successivement de chaque côté de la relation : d'abord, de celui de l'auteur de la rupture brutale, puis de celui de la victime de cette rupture.

A. L'auteur de la rupture :

1. Une conception large

La loi énumère expressément et de manière exhaustive les auteurs potentiels de la rupture. Il s'agit de « *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* ». Se trouvent ainsi visées des personnes relevant de catégories différentes : certaines définies juridiquement, tels les commerçants et les personnes inscrites au registre des métiers, c'est-à-dire la plupart des artisans ; d'autres appréhendées sous l'angle économique, comme les producteurs et les industriels.

Longtemps, il a été admis que l'auteur de la rupture ne pouvait être qu'un professionnel qui exerce une activité commerciale. Cette opinion doit être révisée. Aujourd'hui, il paraît raisonnable de considérer qu'il s'agit plus vraisemblablement du professionnel qui exerce une activité dans la sphère concurrentielle (activité de production, de distribution ou de services). C'est en tout cas ce qui semble résulter d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 14 septembre 2010 (1). Saisie d'un litige relatif à la rupture de conventions d'agrément conclues par deux mutuelles d'assurance avec un réparateur automobile, la Cour suprême a censuré la cour d'appel de Limoges pour avoir écarté l'application de l'article L. 442-6, I, 5°, invoqué par le réparateur victime de la rupture, en relevant que l'article L. 322-26-1, al. 1^{er}, du Code des assurances dispose que « *les sociétés d'assurance mutuelles ont un objet non commercial* ». En effet, « *le régime juridique des sociétés d'assurance mutuelles, comme le caractère non lucratif de leur activité, ne sont pas de nature à les exclure du champ d'application des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence dès lors qu'elles procèdent à une activité de service* ».

2. Les exclusions

En revanche, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5°, car non appréhendées par ce texte, les personnes suivantes :

- les personnes morales de droit public (Etat, collectivités territoriales et leurs établissements publics) à l'exception, nous semble-t-il, des EPIC (2);
- les sociétés civiles ;
- les groupements d'intérêt économique et les groupements européens d'intérêt économique lorsque leur objet est civil (*a contrario* lorsque leur objet est commercial, ils entrent dans le champ d'application du texte (3)) ;
- les professions libérales y compris les sociétés d'exercice libéral ;
- les associations « loi 1901 » ;
- les personnes physiques n'exerçant pas une activité commerciale ou artisanale.

B. La victime de la rupture

1. Un professionnel, nécessairement ...

La loi ne donne aucune définition de la victime de la rupture, de la qualité du partenaire économique qui subit la rupture. Celle-ci doit alors s'entendre de la personne qui entretient une relation d'affaires avec le producteur, commerçant, industriel ou la personne immatriculée au registre des métiers, auteur de la rupture. En d'autres termes, peuvent avoir potentiellement la qualité de victime tous les agents économiques susceptibles d'entretenir une relation d'affaires avec l'une des personnes précitées. L'article L. 442-6, I, 5° a ainsi pu être invoqué par :

- un architecte personne physique, professionnel libéral exerçant une activité par essence civile portant sur la fourniture de prestations purement intellectuelles (Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-18.050, *Bull. civ. IV*, n° 208, *JCP éd. G* 2009, II, 10034, note A.-L. Archambault).
- le titulaire d'un mandat de représentation exclusive pour la commercialisation des produits de deux sociétés, occasionnellement présenté par celles-ci comme leur « agent » (Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-11.916, F-D) ;
- une association ayant pour objet la promotion de manifestations et d'artistes de cirque au motif que l'article précité peut être mis en œuvre « *quel que soit le statut juridique de la victime du comportement incriminé* » (Cass. com., 6 févr. 2007, n° 03-20.463, *Bull. civ. IV*, n° 20, *RJDA* 7/07 n°784).

La victime de la rupture peut même n'être qu'indirecte. Ainsi en est-il du sous-traitant agissant en responsabilité contre le donneur d'ordre, auteur de la rupture de relations commerciales établies avec l'entrepreneur principal (Cass. com., 18 mai 2010, n° 08-21.681, *Bull. civ. IV*, n° 89).

L'application de l'article L. 442-6, I, 5° est donc, en l'état de la jurisprudence, indifférente au statut juridique de la victime ainsi qu'à l'objet et à la nature de l'activité exercée. L'inclusion dans le périmètre couvert des activités civiles est en parfaite cohérence avec le droit de la concurrence dont les dispositions s'appliquent « *à toutes les activités de production, de distribution et de services* » (cf. art. L. 410-1 C. com.). Peu importe donc que la relation commerciale établie porte sur la fourniture d'un produit ou d'une prestation de service et, s'agissant de ce dernier, qu'il soit matériel ou purement intellectuel (notamment prestations informatiques).

La seule exigence s'agissant de la victime est que

celle-ci soit partie à une relation d'affaires, ce qui écarte nécessairement toutes les relations établies entre un professionnel et un consommateur.

2. (...) mais pas tous les professionnels

Ainsi, n'entrent pas non plus dans le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5° certaines professions libérales lorsque le statut professionnel ou les principes déontologiques régissant la profession interdisent son exercice à titre commercial. Dans ce cas, les juges interprètent de manière restrictive la notion de relation commerciale et excluent le professionnel qui ne peut se trouver dans une relation commerciale entendue *stricto sensu*.

Deux décisions illustrent cette situation :

- dans un arrêt du 23 octobre 2007, la Cour de cassation a estimé que des médecins liés à une clinique par un contrat d'exercice libéral ne pouvaient pas invoquer valablement les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° après la rupture du contrat au motif qu'ils n'avaient pas pu entretenir de relation commerciale avec la clinique, dès lors que l'article 83 du Code de déontologie médicale (devenu l'article R. 4127-19 du Code de la santé publique) prohibe expressément la pratique de la médecine comme un commerce (Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-16.774, *Bull. civ. IV*, n° 220, *RJDA* 4 /08 n° 458).

- dans un arrêt du 20 janvier 2009, la Cour de cassation a apparemment adopté le même raisonnement s'agissant de notaires. L'article 13, 1° du décret du 19 décembre 1945 relatif au statut du notariat interdisant aux notaires de se livrer à des opérations de commerce, la Cour en a déduit que le notaire qui se prétendait victime de la rupture brutale de crédits personnels et professionnels consentis par une caisse d'épargne et de prévoyance ne pouvait pas se prévaloir des dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce (Cass. com., 20 janv. 2009, n° 07-17.556, *Bull. civ. IV*, n° 7, *RJDA* 5/09 n°77).

Il est permis de s'étonner de ces deux décisions, intervenues après que la Cour de cassation a affirmé que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° pouvaient s'appliquer quel que soit le statut juridique de la victime (arrêt du 6 février 2007 précité B. 1.). Et, tout particulièrement du deuxième arrêt dont la solution s'explique d'autant moins qu'en l'espèce la relation rompue n'avait pas d'incidence sur les modalités d'exercice de la profession de notaire. Elle portait uniquement sur des prêts contractés à titre professionnel à l'occasion de l'exercice d'une activité professionnelle, fut-elle réglementée. Peut-être la Cour de cassation a-t-elle voulu sanctionner là une « erreur d'aiguillage » ? En effet, il existe un texte spécifique qui encadre la rupture des concours bancaires (C. mon. fin., art. L. 313-12), dont la Cour de cassation aurait, ainsi, entendu préserver l'utilité. Les professionnels évincés du dispositif de l'article L. 442-6, I/5° ne disposeront donc pas d'autre solution que d'agir en responsabilité sur le fondement du droit commun en invoquant le bénéfice des articles 1134, al. 3, ou 1135 du Code civil.

2) Car l'EPIC est assujéti à une obligation d'immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés.

3) Cass. com., 3 déc. 2002, n° 99-19.822, F-D, *RJDA* 5/03 n° 548.

4) Jugé notamment que « l'absence de contrat écrit régissant globalement les relations contractuelles des parties est indifférente à la solution du litige, seule devant être considérée une situation contractuelle née de la pratique instaurée entre les parties entretenant des relations d'affaires stables, suivies et anciennes quelle qu'en soit la forme » (CA Paris, ch. 25, sec. A, 29 févr. 2008, n° 06/03934, *Durand de Keguelin de Rozière / SARL d'Édition de la Famille Educatrice*).

5) Cour de cassation, Rapport annuel pour 2008, p. 306, Rapport disponible à l'adresse suivante : http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Cassation_2008.pdf

II. Qu'est-ce qu'une relation commerciale établie ?

Si relation commerciale il y a, encore faut-il que cette relation soit établie pour que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° puissent s'appliquer. Ici encore, c'est l'examen de la jurisprudence qui permet de cerner les contours de cette exigence.

A. Une notion non circonscrite au contrat formalisé

La relation commerciale visée par la loi ne s'identifie pas à la relation contractuelle. Dès lors, peu importe qu'elle s'inscrive ou non dans le cadre formalisé d'un contrat écrit pour entrer dans le champ matériel de l'infraction (4). L'absence de contrat écrit ou d'accord cadre constitue tout au plus un indice parmi d'autres pour dénier, le cas échéant, à la relation invoquée son caractère établi.

La notion de relation commerciale établie est donc beaucoup plus large que celle de contrat. Elle s'entend de la relation économique qui unit deux parties.

1. Rupture d'une relation précontractuelle

La relation commerciale établie peut couvrir des relations précontractuelles. Ainsi, un agent qui avait représenté une société pendant dix-sept mois et espérait la régularisation de sa situation au terme d'une négociation en cours s'est vu reconnaître la possibilité d'agir sur le terrain de l'article L. 442-6, I, 5° (Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-11.916, F-D, *CCC* juil. 2009, comm. 191, obs. N. Mathey).

2. Rupture d'une relation post-contractuelle

La relation commerciale peut aussi englober des relations post-contractuelles. L'existence d'une relation d'affaires postérieure à l'échéance d'un contrat de franchise à durée déterminée non renouvelé permet d'invoquer l'article L. 442-6, I, 5° (Cass. com., 24 nov. 2009, n° 07-19.248, F-D, *RJDA* 4/10 n° 432).

L'espèce est particulièrement intéressante. A l'expiration d'un contrat de franchise conclu pour une durée de cinq ans, l'ex-franchisé avait passé des commandes à son ancien franchiseur ; puis il avait cédé son droit au bail. Poursuivi pour avoir refusé de lever le nantissement qui grevait le fonds, l'ancien franchiseur avait invoqué la rupture brutale de leurs relations commerciales. Pour la cour d'appel saisie du litige, le contrat ayant cessé de produire ses effets à sa date d'échéance et les parties ayant rompu d'un commun accord leurs relations commerciales puisqu'aucune n'avait sollicité le renouvellement du contrat, si de nouvelles relations avaient pris naissance après la fin du contrat de franchise c'était nécessairement sur de nouvelles bases. Elle en avait déduit que seule la durée courue depuis la rupture (cinq mois) pouvait être prise en compte pour apprécier le préavis qui aurait dû, le cas échéant, être respecté. La Cour de cassation a censuré cette décision. La cour d'appel aurait dû prendre en compte l'intégralité de la relation commerciale établie, c'est-à-dire la durée du contrat de franchise

et celle des relations post-contractuelles.

Il s'évince clairement de cette décision que l'appréciation du caractère établi d'une relation commerciale doit s'effectuer au regard notamment de la durée totale de cette relation, peu important le cadre juridique dans lequel elle a pu s'inscrire. C'est l'ensemble du contexte économique au sein duquel la relation a pris place qui retient l'attention des juges.

B. Stabilité de la relation et croyance légitime de la victime en sa poursuite

La Cour de cassation a clairement défini, dans son *Rapport pour l'année 2008* (5), ce qu'elle entend par relation commerciale établie : une relation commerciale entre les parties qui revêtait avant la rupture un « caractère suivi, stable et habituel » et où la partie victime de l'interruption pouvait « raisonnablement anticiper pour l'avenir » une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial.

Allant plus loin dans le raisonnement, elle poursuit en indiquant que cette anticipation raisonnable peut être démontrée en s'appuyant sur l'existence d'un contrat dont l'échéance est postérieure à la date de la rupture ou sur une « pratique passée dont la victime de la rupture pouvait inférer que sa relation commerciale s'instaurait dans la durée ».

C'est sur la légitimité de la croyance, de l'espérance de la victime en la pérennité de la relation commerciale que les juges prennent appui pour apprécier le caractère établi de la relation qui a été rompue. Cette croyance s'infère de la régularité, du caractère significatif et de la stabilité de la relation (Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-19.200, *Bull. civ. IV*, n° 110, *RJDA* 1/10 n° 81).

Il a ainsi été jugé que l'article L. 442-6, I, 5° peut être mis en œuvre dans un cas où il existait entre deux sociétés un courant d'affaires régulier et où rien, compte tenu de la complémentarité des activités des entreprises, ne permettait d'envisager la rupture (CA Bordeaux, 5 févr. 2008 ; Rapport d'activité 2008-2009 de la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales, p. 18).

En revanche :

- La conclusion d'un CDD non renouvelable de cinq ans, qui exclut tout renouvellement à son terme sauf « par décision expresse des parties, prise par écrit, pour une durée définie d'un commun accord », ne saurait caractériser une relation commerciale établie au sens de l'article L. 442-6, I, 5°. En effet, les parties sont avisées dès l'origine de la date à laquelle prendront fin les relations contractuelles (CA Paris, 10 mai 2007, n° 03-06778, *Rev. jur. com.* 2008, p. 424) ;

- Le renouvellement à deux reprises de CDD (concessions triennales) arrivés à terme ne caractérise pas, non plus, une relation commerciale établie dès lors que le contrat de concession avait exclu toute possibilité de reconduction tacite laissant penser que la relation était susceptible de se poursuivre et qu'il en résultait une probabilité insuffisante des éventuels renouvellements successifs (CA Paris, 29 mai 2008, n° 05-101, *RJDA* 10/08 n° 1055).

Si le critère décisif de la relation commerciale établie réside bien en sa stabilité, la durée de la relation, élément essentiel pour l'appréciation du délai de préavis suffisant, ne doit pas pour autant être négligée à ce stade de l'analyse. Si, dès l'origine, la relation n'a pas vocation à se pérenniser, il importe d'être particulièrement vigilant sur la rédaction de la clause excluant le renouvellement ou la reconduction tacite du contrat, afin d'éviter toute ambiguïté sur sa poursuite et toute croyance légitime en son maintien.

C. Une relation qui peut être discontinuée : Succession de contrats ponctuels et/ ou indépendants à durée déterminée

Pour apprécier le caractère établi d'une relation commerciale, les juges examinent celle-ci dans sa globalité en tenant compte de l'ensemble de ses spécificités. De leurs décisions émerge ainsi une notion de relation commerciale établie à la fois complexe et protéiforme. Une certitude toutefois, une relation établie n'est pas nécessairement une relation continue.

Ainsi, pour la Cour de cassation « *une succession de contrats ponctuels peut être suffisante pour caractériser une relation commerciale établie* ». La qualification de relation commerciale établie n'est pas conditionnée par l'existence d'un échange permanent et continu. Ce qui importe c'est « *la régularité, le caractère significatif et la stabilité* » de la relation (Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-19.200, *Bull. civ. IV*, n° 110, *RJDA* 1/10 n° 81).

En l'espèce, un négociant en vin qui participait depuis plusieurs années, dans le cadre de la Foire de Paris, à un salon professionnel, avait été informé en septembre 2004 qu'il ne pourrait pas participer à l'édition de mai 2005 du salon, l'organisateur ayant décidé de nouvelles conditions d'accès qu'il ne remplissait pas. Pour la Cour suprême, en dépit de l'annualité de la location du stand, la relation entre l'organisateur du salon et le négociant présentait un caractère régulier, significatif et stable dans la mesure où : la Foire de Paris ne se tenant qu'une fois par an, les relations entre les parties ne pouvaient matériellement se poursuivre en dehors de cette période ; les prestations avaient été fournies au négociant chaque année depuis son immatriculation au RCS en 1991 ; le négociant, comme les entreprises exposant depuis plus de dix ans, avait fondé sa stratégie commerciale sur cet événement majeur. Ce dernier élément est particulièrement significatif car il atteste indubitablement de la croyance du négociant en la réitération de sa présence à la Foire de Paris et, donc, de la poursuite d'une relation essentielle à son activité.

Dans une affaire similaire, la cour d'appel de Versailles avait, quelques mois plus tôt, affirmé elle aussi que des relations entre les parties qui ne peuvent pas matériellement se poursuivre en dehors de cette période (Foire de Paris) n'écartent pas nécessairement une relation commerciale établie, si les relations d'affaires sont régulières et stables. Pour retenir l'existence d'une relation commerciale établie, la cour s'est essentiellement fondée sur l'importance économique et financière que revêtait la participation annuelle de l'exposant à la Foire de Paris eu égard à la stratégie commerciale qu'il avait

développée : 45 % du chiffre d'affaires de l'intéressé était réalisé dans le cadre de cette manifestation (CA Versailles, 12 juin 2008, n° 07-01247, *SA Comexpo Paris / Partouche*).

D. Une relation exempte de précarité et étrangère aux aléas

Si une succession de contrats ponctuels peut caractériser une relation commerciale établie, c'est à la condition toutefois que cette relation ne soit empreinte d'aucun aléa.

1. Exclusion des appels d'offres systématiques

Tel n'est pas le cas lorsque la conclusion de ces contrats à durée déterminée est systématiquement précédée d'une mise en concurrence.

La Cour de cassation a en effet jugé qu'une succession de contrats indépendants les uns des autres, conclus entre un entrepreneur principal et un sous-traitant en fonction de l'attribution à l'entrepreneur principal de chantiers situés à l'étranger, ne constituait pas une relation commerciale établie. L'absence d'une telle relation se trouvait du reste corroborée par les éléments suivants : aucun accord-cadre n'avait été passé entre les deux entreprises ; aucune garantie de chiffre d'affaires ou d'exclusivité n'avait été donnée au sous-traitant ; l'entrepreneur principal avait même, une année, confié après consultations l'exécution du marché sous-traité à un concurrent plus compétitif (Cass. com., 16 déc. 2008, n° 07-15.589, *Bull. civ. IV*, n° 207, *RJDA* 3/09 n° 274). (6) Dans le même ordre d'idées, la cour d'appel de Versailles a jugé que la mise en compétition d'entreprises concurrentes, avant toute commande, prive les relations commerciales de toute garantie de maintien et les place dans une situation de précarité, ne permettant pas à l'entreprise plusieurs fois attributaire d'un marché de fourniture d'électricité de considérer que ces relations avaient un avenir certain dès lors que la procédure d'appel d'offres comporte par essence pour celui qui s'y soumet un aléa (CA Versailles, 18 sept. 2008, n° 07-7891, *RJDA* 12/08 n° 1313).

2. Exclusion des relations nécessairement précaires

La précarité de la relation peut également être inhérente à la nature des biens ou des produits fournis. Il a été ainsi jugé, dans le cas d'une succession de contrats de production de documentaires et de fictions destinés à la télévision, que le prestataire ne pouvait légitimement pas s'attendre à la stabilité de la relation (Cass. com., 18 mai 2010, n° 08-21.681, *Bull. civ. IV*, n° 89).

E. Quid des négociations commerciales annuelles imposées par la LME ?

La loi de modernisation de l'Economie du 4 août 2008 (LME) a supprimé l'interdiction de la discrimination afin de rendre possible la négociation commerciale dans les relations entre fournisseurs et distributeurs (7).

6) L'arrêt de la Chambre commerciale du 15 septembre 2009 précité (§ II. C.) n'entre par en contradiction avec cette décision. Dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt du 16 décembre 2008, le sous-traitant ne pouvait pas raisonnablement anticiper la continuité de la relation car celle-ci était nécessairement empreinte de précarité. Son maintien était aléatoire, dépendant des chantiers obtenus par l'entrepreneur principal et du choix du prestataire sous-traitant librement opéré après appel d'offres. A l'inverse, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 15 septembre 2009, le négociant pouvait semble-t-il légitimement espérer cette pérennité. Si la relation ne s'inscrivait pas matériellement dans la continuité en raison de son objet même (location ponctuelle d'un stand), il avait toujours participé à la Foire de Paris et avait fondé sa stratégie commerciale autour de cet événement considéré dans la profession comme majeur.

7) En abrogeant purement et simplement l'interdiction, posée par l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce, des pratiques discriminatoires non justifiées par des contreparties réelles, la LME a autorisé la négociation directe des prix entre fournisseurs et distributeurs.

8) Avis CEPC 10-04 du 18 février 2010 question n° 10021802, disponible à l'adresse suivante http://www.cepc.bercy.gouv.fr/avis/avis_1004.htm

Toutefois, pour permettre un contrôle efficace des abus que cette nouvelle liberté pourrait favoriser, la LME a maintenu le principe de la formalisation de la relation commerciale dans une convention unique qui doit être conclue, soit annuellement avant le 1^{er} mars en cas de relation d'affaires suivie, soit dans les deux mois qui suivent le début d'une nouvelle relation commerciale, tout en étoffant le contenu obligatoire de cette convention.

Le formalisme ainsi instauré est un garde-fou. La cristallisation dans un document écrit du résultat de la négociation commerciale offre un instrument de contrôle probant dans la recherche des pratiques commerciales abusives qui ne peuvent pas toujours être appréhendées sur le terrain du droit de la concurrence pur en raison de l'absence d'effet de ces pratiques sur le marché.

Mais cette exigence de « renégociation » annuelle des termes de la relation commerciale n'entre-t-elle pas en contradiction avec la notion même de relation commerciale établie, emportant remise en cause des principes dégagés par la jurisprudence sur cette dernière ? Nous ne le pensons pas.

En effet, nombre de décisions ont été rendues dans le cadre de relations d'affaires, suivies sur une période plus ou moins longue, mais au cours de laquelle des négociations tarifaires sont nécessairement intervenues. Par ailleurs, une remise en question des principes dégagés par la jurisprudence irait à l'encontre de l'objectif poursuivi par le législateur qui est précisément de protéger la partie la plus faible économiquement. Enfin, la DGCCRF et la Commission d'examen des pratiques commerciales ont clairement conforté cette opinion en affirmant que « *le fait que les négociations entre les parties s'établissement selon un rythme annuel ne fait pas obstacle à la démonstration* » du caractère établi de la relation (8).

En pratique, pour écarter le risque d'exposition à une action en responsabilité pour rupture brutale des relations commerciales, il convient de prévoir des CDD de courte durée, d'exclure le renouvellement automatique du contrat, d'éviter les clauses de garantie de chiffre d'affaires et de procéder à des mises en concurrence à des intervalles réguliers, cela dans la mesure du possible et des impératifs commerciaux en jeu.

III. Qu'est-ce qu'une rupture ?

A. Les formes de la rupture

Les situations dans lesquelles une relation commerciale établie peut être considérée comme rompue sont nombreuses, d'autant que l'article L. 442-6, I, 5° prévoit que cette rupture peut n'être que partielle.

1. Cas de la résiliation unilatérale d'un CDI

La rupture d'un contrat à durée indéterminée par l'une des parties peut intervenir en principe à tout moment, sauf mauvaise foi. Cela résulte du principe selon lequel les engagements perpétuels sont prohibés en droit français.

Cependant, l'auteur de la rupture est tenu d'accorder

à son cocontractant un préavis suffisant avant la cessation des relations contractuelles. La durée de ce préavis sera notamment fonction du temps écoulé depuis la conclusion du contrat, et ce afin de permettre à l'autre partie de réorganiser son activité en prévision de l'arrêt des relations commerciales (CA Paris, 20 déc. 2007, n° 06-1841).

2. Cas du non renouvellement d'un CDD

Le fait de ne pas renouveler un contrat à durée déterminée peut constituer une rupture des relations commerciales. En effet, l'article L. 442-6, I, 5° ne mentionne pas la rupture d'un contrat, mais bel et bien celle d'une « *relation commerciale établie* ». Dès lors, dans l'hypothèse où plusieurs contrats à durée déterminée se succèdent, si le cocontractant peut légitimement croire à la poursuite de ces renouvellements, le refus de perpétuer les relations contractuelles peut être analysé comme une rupture, alors même que la convention est arrivée à son terme.

Un arrêt de la cour d'appel de Paris a ainsi considéré que la prorogation à deux reprises d'un contrat de promotion commerciale d'une durée initiale d'un an, renouvelable par tacite reconduction, et ce pour une durée totale de trois ans, constitue une relation commerciale établie. Le non renouvellement du contrat étant imprévisible pour la victime, l'auteur du non renouvellement du contrat a engagé sa responsabilité de ce chef (CA Paris, 14 déc. 2005, n° 04-24526).

De façon générale, la rupture doit s'appréhender comme le refus de poursuivre les relations commerciales au terme d'un CDD, alors que le cocontractant pouvait légitimement penser qu'elles se poursuivraient au-delà de cette échéance. Il peut en être ainsi tout particulièrement lorsque le contrat n'a pas exclu formellement sa reconduction tacite.

3. Cas de l'arrêt, même partiel, des commandes

Le fait que l'arrêt total, ou la simple réduction des commandes, puisse permettre de conclure à la rupture des relations commerciales établies démontre bien à quel point cette notion n'est pas enfermée dans celle du contrat.

Un arrêt de la cour d'appel de Douai est, à ce titre, significatif. Il a retenu l'existence d'une rupture des relations commerciales, au sens de l'article L. 442-6, I, 5°, du fait de la baisse brutale de 60 % des commandes, alors que ces dernières représentaient la quasi-totalité du chiffre d'affaires du sous-traitant (CA Douai, 26 févr. 2008, Juris-Data n° 2008-371074 ; Rapport d'activité 2008-2009 de la Commission d'examen des pratiques commerciales, p. 18).

Dès lors, il n'est même pas nécessaire que le contrat unissant les parties arrive à son terme et fasse l'objet d'un refus de renouvellement pour caractériser une rupture des relations commerciales. En effet, l'arrêt d'un courant d'affaires régulier et établi suffit à rendre l'article L. 442-6, I, 5° applicable (CA Bordeaux, 5 fév. 2008, n° 2008-359179 ; JCP E 2008, Pan., 2061).

4. Cas de la modification unilatérale et substantielle des conditions du contrat

Dans la mesure où l'article L. 442-6, I, 5° vise à protéger la partie faible au contrat, il est aisément compréhensible que la rupture des relations commerciales puisse être reconnue lorsque l'autre partie lui impose unilatéralement une modification importante des conditions d'exécution de la convention. Etant donné le caractère casuistique de ces modifications, la mesure de leur incidence sera fonction de l'appréciation souveraine des juges du fond en la matière.

La rupture des relations commerciales établies a ainsi été retenue lorsque les modifications visaient :

- le changement de tarifs accordés à un distributeur (CA Paris, 12 sept. 2001, n° 99-15.368 ; Lettre de la distrib. nov. 2001, p. 2).
- la suppression de remises de 20 % systématiquement accordées pendant cinq ans (T. com. Avignon, 25 juin 1999 ; *RJDA* 11/99 n° 1176).
- la réduction par un vendeur du plafond d'encours autorisé du compte courant de son distributeur, rendant impossible le réapprovisionnement de ce dernier (CA Nîmes, 15 sept. 2005, n° 03-560 ; *RJDA* 5/06 n° 592).

Enfin, il est important de noter que la notion de préavis est également centrale en matière de modification des conditions de la relation commerciale. La formule adoptée par la cour d'appel de Montpellier en est un parfait résumé : « *En l'absence de faute de son cocontractant, la société s'est rendue coupable à son égard d'une brusque rupture partielle d'une relation commerciale établie en augmentant ses tarifs et en modifiant ses conditions de règlement sans préavis* » (arrêt du 19 fév. 2008, RG 06/01.549).

B. Les incidences des négociations tarifaires issues de la LME

Les négociations commerciales annuelles imposées par la LME ne sont pas, comme on l'a vu (supra II. E.), un obstacle à l'existence de relations commerciales établies.

Pour autant, le comportement adopté par les parties au cours des discussions et l'échec des négociations tarifaires peuvent dans certains cas caractériser une rupture brutale des relations commerciales.

En tout premier lieu, il convient de rappeler que l'article L. 441-6 du Code de commerce oblige tout producteur, prestataire de service, grossiste ou importateur à communiquer ses conditions générales de vente (CGV) à tout acheteur ou prestataire de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle. Les CGV sont définies comme « *le socle de la négociation commerciale* », ce qui n'empêche pas les parties de convenir de conditions particulières de vente s'en écartant.

En pratique, il est possible de distinguer trois cas dans lesquels ces négociations peuvent aboutir à une rupture brutale de la relation, souvent partielle, faute pour l'initiateur de la rupture de respecter un préavis suffisant conformément aux dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce :

1. Echec des négociations

Les négociations entreprises peuvent ne pas aboutir et se traduire par une rupture de la relation, totale ou partielle. La difficulté est alors de savoir à qui imputer la responsabilité de cet échec.

L'une ou l'autre des parties au contrat pourra être reconnue responsable d'une rupture fautive, dès lors que ses prétentions sont excessives et qu'elles ont mené à l'impossibilité de trouver un nouvel accord sur les tarifs. C'est au juge saisi du litige qu'il appartiendra, au vu des circonstances de chaque espèce, de déterminer quelle partie est réellement à l'origine de la rupture de la relation commerciale (Réponse n° 10021802, avis CEPC n° 10-04 du 18 février 2010).

A titre d'exemple, le comportement d'une enseigne consistant à demander à un fournisseur une baisse significative de ses tarifs par l'octroi d'une remise commerciale, sans lui offrir de contrepartie particulière (comme une commande de grande quantité ou un engagement d'achat sur une certaine période), serait susceptible de caractériser une menace de rupture des relations commerciales (voir infra III. C.) et, si la négociation commerciale n'aboutit pas, en raison du refus du fournisseur d'accéder à cette demande, une rupture desdites relations.

2. Refus de négocier

Le refus de toute renégociation des CGV, prévue par l'article L. 441-7 du Code de commerce, peut aboutir à une rupture brutale des relations commerciales.

La cour d'appel de Paris a ainsi reconnu que le refus intégral des CGV d'un fournisseur par un distributeur « *revient à ne pas vouloir traiter avec ce fournisseur* », ce qui est constitutif d'une rupture brutale des relations commerciales (CA Paris, 3 juillet 2008, n° 05-13917).

Il convient toutefois de noter que la Commission d'examen des pratiques commerciales apporte une nuance en la matière en distinguant, à propos des négociations annuelles dans le secteur de la grande distribution (9), entre :

- d'une part, les accords arrivés à leur terme prévoyant le principe d'une négociation pour la période suivante, pour lesquels le refus de négocier d'une partie engagerait non seulement sa responsabilité contractuelle, mais également délictuelle puisque cette partie serait considérée comme l'auteur d'une rupture brutale des relations commerciales ;

- d'autre part, les accords arrivés à leur terme ne prévoyant pas une telle négociation, dans ce cas le refus de poursuivre la relation commerciale par l'une des parties pourrait être analysé comme une tentative de soumettre le partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (pratique sanctionnée par l'article L. 442-6, I, 2° C. com.).

La CEPC précise par ailleurs que si le contrat ne contient pas de clause stipulant une obligation de négociation, les parties sont libres de ne pas

9) Réponse n° 10021802, avis CEPC n° 10-04 du 18 février 2010.

10) CA Paris, 15 mai 2008
RG 05/23026 ; Cass. com. 9
décembre 2008 n° 06-21772
et CA Paris 14 mai 2009 RG
06/21725.

11) Rapport CEPC 2008 p. 117.

négociier, dès lors que ce refus ne résulte pas d'une entente ou d'un abus de position dominante.

3. Changement de stratégie commerciale

La liberté du commerce et de l'industrie permet à tout acteur économique de modifier sa stratégie commerciale.

Toutefois, en pareil cas, l'intéressé (souvent un distributeur) se doit de prendre la précaution d'en aviser suffisamment à l'avance son partenaire économique (généralement un fournisseur), afin que ce dernier puisse s'adapter à ces modifications. Ainsi, dans l'hypothèse où de tels changements entraîneraient un déréférencement, même partiel, d'une gamme de produits, le fournisseur pourrait engager la responsabilité du distributeur pour rupture brutale des relations commerciales si un préavis suffisant n'a pas été respecté.

En définitive, on remarque que les négociations tarifaires ne peuvent en aucun cas justifier la rupture brutale de relations commerciales établies. Et, si rupture il y a, l'auteur de celle-ci ne pourra s'affranchir de toute responsabilité, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, qu'en respectant un préavis adéquat.

C. La question de la menace de rupture des relations commerciales

L'article L. 442-6, I C. com. ne se contente pas d'interdire la rupture brutale d'une relation commerciale établie. Il inclut également parmi les pratiques restrictives de concurrence engageant la responsabilité de leur auteur, le fait « *d'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente* » (art. L. 442-6, I, 4°). Ainsi la menace de rupture brutale des relations commerciales dans l'objectif d'obtenir de son cocontractant des avantages injustifiés est susceptible d'emporter les mêmes conséquences que la rupture totale et consommée de ces relations.

1. Un contentieux encore limité

Depuis l'adoption de la LME du 4 août 2008, ce texte, dont la rédaction a été modifiée à cette occasion dans un souci d'harmonisation, est censé constituer au côté de l'article L. 442-6, I, 2° relatif au déséquilibre significatif l'un des principaux garde-fous à l'instauration du principe de libre négociation des prix.

Jusqu'à ce jour, il n'a donné lieu qu'à un contentieux extrêmement limité, comparé au nombre de litiges soumis chaque année au juge sur le fondement de la rupture brutale de relations commerciales. On relève ainsi pour l'année 2008 deux décisions et une seule pour 2009 (10). Sans doute la crainte d'une rupture

effective des relations commerciales dissuade-t-elle les opérateurs victimes d'une menace de rupture de chercher à faire sanctionner celle-ci, lorsqu'elle n'a pas été suivie d'effets (11).

Gageons toutefois que le contentieux pourrait s'étoffer dans un proche avenir, tout spécialement dans le secteur de la grande distribution, sous l'impulsion des contrôles menés par Bercy qui entend poursuivre une action déterminée en faveur de l'équilibre des relations commerciales (Communiqué de presse du secrétaire d'Etat au commerce du 13 janvier 2011).

2. Une arme efficace

La menace de rompre brutalement les relations commerciales peut s'avérer en pratique une arme particulièrement efficace et redoutable entre les mains d'opérateurs disposant d'une forte puissance économique et, partant, d'un pouvoir de persuasion non moins fort pour satisfaire leurs objectifs, ce tout particulièrement à l'occasion des négociations commerciales.

Cette pratique tend à se généraliser dans certains secteurs depuis l'introduction de la licéité des négociations commerciales et la suppression de l'interdiction des pratiques discriminatoires. De surcroît, les effets de la crise économique ne font que placer les opérateurs les plus faibles économiquement dans une situation inconfortable pour résister aux pressions qu'ils peuvent subir. En période de crise, plus que jamais, il est difficile de prendre le risque d'un déréférencement, même partiel.

3. Une preuve souvent difficile à apporter

Si l'infraction constituée par la menace de rupture brutale d'une relation commerciale existe, il est en revanche délicat de réussir à en apporter la preuve.

Les trois décisions rendues en 2008 et 2009 (note 10), ont toutes conclu au rejet de la demande sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 4° C. com. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 15 mai 2008, la menace de suspension des relations commerciales était établie, mais justifiée car elle était intervenue alors que la prétendue victime avait refusé de régulariser un nouveau contrat (l'ancien ayant expiré) et de régler les prestations fournies alors que la relation s'était poursuivie. Dans les deux autres affaires, la preuve d'une menace de rupture brutale en vue d'obtenir des conditions manifestement abusives n'était pas établie.

La menace de rupture brutale des relations commerciales pourra sans nul doute être plus facilement appréhendée sur le fondement de la nouvelle interdiction du déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, posée par l'article L. 442-6, I, 2° C. com. Sa preuve résultera souvent de l'existence même d'un tel déséquilibre.

Comment éviter la mise en cause de sa responsabilité ?

**Brigitte Gaucière,
Francine Van Doorne-Isnel,
Avocats,
CMS Bureau Francis Lefebvre**

L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce pose le principe de la responsabilité du producteur, commerçant, industriel ou de la personne immatriculée au répertoire des métiers qui rompt brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie sans donner un préavis écrit d'une durée tenant compte de celle de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par les accords interprofessionnels ou, à défaut de tels accords, par des arrêtés du Ministre chargé de l'économie.

La loi prévoit cependant deux hypothèses où la résiliation peut intervenir sans préavis : l'inexécution par l'autre partie de ses obligations et la force majeure.

Telles sont les règles édictées par l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, dont la jurisprudence s'est cependant écartée, tant en ce qui concerne les critères d'appréciation de la durée suffisante du préavis, que les cas dérogatoires au principe ainsi posé.

I. L'exigence d'un préavis suffisant pour mettre fin à une relation commerciale

A. Exigences textuelles

1. Le principe

Avant la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce disposait que la durée du préavis devait être appréciée au regard « *des relations commerciales antérieures* ». La loi ne faisait donc pas référence à la notion de la « *durée* » des relations commerciales mais, d'une manière plus générale, aux relations commerciales antérieures. La jurisprudence a donc utilisé comme critères d'appréciation d'une durée de préavis suffisante, non seulement l'ancienneté des relations, mais aussi :

- les investissements effectués par la victime au profit de l'auteur de la rupture (CA Versailles, 16 sept. 2004 ; *RJDA* 4/05, n° 394) ;
- l'état de dépendance économique de la victime par rapport à l'auteur de la rupture (CA Montpellier, 11 août 1999 ; *RJDA* 11/99, n° 1176) ;
- le temps nécessaire à la reconversion pour remédier

à la désorganisation résultant de la rupture (CA Versailles, 7 avril 2000 ; *RJDA* 9-10/00, n° 834) ;

- l'existence d'un accord d'exclusivité entre l'auteur de la rupture et la victime (Cass. com., 12 mai 2004, n° 01-12.865 ; *Bull. civ.* IV, n° 86, p. 90, *RJDA* 11/04, n° 1191).

Depuis la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, le seul critère légal d'appréciation d'un préavis régulier est « *la durée de la relation commerciale* ». Pour autant, la jurisprudence continue souvent d'appliquer les anciens critères et fixe la durée du préavis qui aurait dû être respecté en tenant compte de paramètres étrangers à la durée de la relation commerciale.

Dans un arrêt rendu le 2 décembre 2008, la Cour de cassation, à propos d'une rupture intervenue en 2006, a retenu que l'existence d'un accord interprofessionnel ne dispensait pas la juridiction d'examiner si le préavis, qui respectait le délai minimal fixé par cet accord, tenait compte de la durée de la relation commerciale « *et des autres circonstances de l'espèce* » (Cass. com., 2 déc. 2008 08-10.731 ; *Bull. civ.* IV, n° 201, *RJDA* 3/09, n° 273). Cette décision illustre clairement qu'au plus haut niveau de juridiction, les juges s'affranchissent du texte de la loi, pourtant clair et précis, et prennent en compte d'autres critères que la durée de la relation commerciale. Or, comme on le verra ci-après, la mise en œuvre du texte telle qu'elle est faite entraîne une insécurité liée à l'impossibilité d'apprécier avec justesse ce que doit être un préavis suffisant.

Le critère de la durée de la relation commerciale est d'autant plus important que, si la loi fait également référence, pour déterminer le préavis à respecter, à des accords professionnels entérinant des usages du commerce ou à des arrêtés ministériels, à ce jour, rares sont les textes qui fournissent de telles précisions.

A titre d'exemple, les seuls accords interprofessionnels recensés sont :

- l'accord des usages professionnels de la Fédération de l'imprimerie et de la communication graphique ;
- l'accord relatif à l'exploitation en location-gérance des fonds de commerce de station-service des sociétés pétrolières ;
- l'accord conclu dans le secteur du bricolage entre l'Union des industries du bricolage et la Fédération française du magasin du bricolage.

A ces accords interprofessionnels, on peut être tenté d'ajouter les contrats-types consacrés par décret, tel le contrat-type dans les relations des agences publicitaires avec leurs clients ou les contrats-types dans le secteur du transport routier (Cass. com., 22 janv. 2008, n° 06-19.440 ; *Bull. civ. IV*, n° 12, *RJDA* 6/08, n° 649), ainsi que les textes de loi ou les textes communautaires, tels l'article L. 134-11 du Code de commerce relatif au préavis pour un contrat d'agence commerciale ou le règlement de la Commission européenne 1400/2002 du 31 juillet 2002, modifié par le règlement 461/2010 du 27 mai 2010, qui fixe le préavis des contrats de concession automobile.

2. Les cas particuliers

La loi prévoit néanmoins deux cas particuliers pour lesquels ces règles de détermination de la durée d'un préavis suffisant sont amendées.

Il s'agit, en premier lieu, de la relation commerciale qui porte sur la fourniture de produits vendus sous marque de distributeur, autrement dit des produits dont les caractéristiques ont été définies par l'entreprise ou le groupe d'entreprises qui en assure la vente au détail et se trouve être propriétaire de la marque sous laquelle il est vendu.

Pour ces produits, la durée minimale de préavis est égale au double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur (en ce sens : TGI Strasbourg, 28 sept. 2009, n° 06/00948, *Sté Colonna c/ SNC Lidl*).

Il s'agit, en second lieu, de la rupture de la relation commerciale résultant d'une mise en concurrence par enchères à distance. Dans ce cas, la durée minimale de préavis doit être portée au double de celle résultant de l'application du principe posé par l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce lorsque la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas.

B. Critère de la durée de la relation commerciale

Si l'on s'en tient à la lecture de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, le seul critère à prendre en compte pour apprécier la normalité d'un préavis est celui de la durée de la relation commerciale.

Les autres critères, tels la dépendance économique, les investissements non amortis, le délai de reconversion, ne doivent être pris en compte que pour apprécier le préjudice subi par la victime de la rupture brutale et les dommages-intérêts à lui allouer (voir Etude « Quelle réparation en cas de responsabilité avérée ? »).

1. Notion de relation commerciale et de sa durée

Au-delà de la relation contractuelle, au-delà d'un contrat, la loi appréhende « la durée de la relation commerciale ». Il résulte de cette notion que :

- l'absence de contrat écrit importe peu (Cass. com., 7 janv. 2004, n° 00-22.453, F-D, *Sté CVE c/ Sté l'Aviculteur Briochin*) ;
- l'absence d'accord-cadre ou de référencement importe peu (Paris 6 déc. 2007, n° 04-7028, SA

Aloes Red c/ SA Leroy Merlin France) ;

- la rupture d'un simple courant d'affaires, non formalisé par un contrat, peut entraîner la responsabilité civile de son auteur (Paris 1^{er} déc. 2004 ; *RJDA* 6/05, n° 762) ;

- la durée globale de contrats successifs intervenus entre les parties doit être prise en compte (Cass. com., 6 juin 2001, n° 99-20.831 ; *Bull. civ. IV*, n° 112, p. 103, *RJDA* 10/01, n° 396) ;

- l'enchaînement de contrats de nature juridique différente importe peu et la durée globale de ces contrats doit être prise en compte (Cass. com., 29 janv. 2008, n° 07-12.039 ; *Bull. civ. IV*, n° 21, *RJDA* 8-9/08, n° 953 - Cass. com., 24 nov. 2009, F-D, n° 07-19.248 ; *RJDA* 4/10 n° 432) ;

- la reprise des engagements d'un partenaire par un autre fait que la relation commerciale maintenue doit être appréciée dans son entier (Cass. com., 29 janv. 2008 ; n° 07-12.039, préc.).

2. Conséquences sur la durée du préavis

Le producteur, le commerçant, l'industriel, ou la personne immatriculée au répertoire des métiers qui rompt, fût-ce partiellement, une relation commerciale établie et qui souhaite donner un préavis écrit suffisant en prenant en compte la durée de la relation commerciale risque cependant fort de voir sa responsabilité mise en jeu au motif que le préavis donné ne sera pas pour autant respectueux de la règle posée par l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce.

En effet, nonobstant le principe posé par l'article 1134 du Code civil, selon lequel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, il est désormais acquis que le préavis contractuellement prévu peut ne pas ou ne plus répondre à l'exigence posée par la loi. Dès lors, son seul respect ne suffira pas à exonérer l'auteur de la rupture de la responsabilité prévue par l'article L. 442-6, I, 5° (Cass. com., 12 mai 2004, n° 01-12.865 ; *Bull. civ. IV*, n° 86, p. 90, *RJDA* 11/04, n° 1191 - Cass. com., 6 mars 2007, n° 05-18.121, F-D, *Sté UCT c/ Sté Schenker Joyau*, *RDT* juin 2007, comm. 98, obs. C. Paulin).

De la même manière, l'accord interprofessionnel peut lui aussi indiquer une durée insuffisante. La Cour de cassation a ainsi jugé que l'accord interprofessionnel qui indiquait une durée minimale n'autorisait pas pour autant à déroger au principe selon lequel le préavis doit tenir compte de la durée de la relation commerciale (Cass. com., 2 déc. 2008, n° 08-10731 ; *Bull. civ. IV*, n° 201, *RJDA* 3/09, n° 273 - Douai 5 déc. 2002, n° 2715, *Castorama c/ R & M* ; lettre distribution mars 2003).

Or, la difficulté est d'autant plus grande pour celui qui veut rompre une relation commerciale que l'analyse de la jurisprudence démontre qu'à durée identique des relations commerciales, le juge peut accorder un préavis allant du simple au quadruple. Cet écart s'explique le plus souvent par le fait que les juges ne retiennent pas pour seul critère la durée de la relation commerciale mais aussi les critères autorisés avant la réforme de la loi du 15 mai 2001.

Ainsi, par exemple, pour une relation commerciale de sept ans, les juges de la cour d'appel de Paris ont pu considérer qu'un préavis de deux mois était suffisant

en retenant le caractère économiquement marginal de la perte d'approvisionnement générée par la rupture du contrat et la diversification des activités de la victime (CA Paris, 10 déc. 2008, n° 07-12324, SA Aero Stock c/ SAS Michelin Aircraft Tyre). Pour la même durée de relation commerciale, les juges de Rennes ont retenu un préavis de six mois après avoir relevé l'importance des développements réalisés par la victime au travers de cette relation commerciale et le temps nécessaire à celle-ci pour trouver un marché de substitution (CA Rennes, 3 nov. 2009 ; CCC mai 2010, comm. 124, obs. N. Mathey).

Pour une relation commerciale de treize ans, les juges de Versailles ont retenu qu'un préavis de dix mois était suffisant compte tenu de l'évolution rapide des produits et des prix et du délai pour trouver de nouveaux débouchés (CA Versailles, 2 déc. 2004, n° 03-4269, Sté Générale Importation Electronique et de Distribution Audio et Manufacture (GIEDAM) c/ SA Groupement Leclerc Galec), alors que les juges de Montpellier ont retenu un préavis d'un an au motif d'une annonce préalable sur la pérennité des relations (CA Montpellier, 24 janv. 2006, n° 04-5929, SAS Zuegg France c/ Association Les Œuvres de plein air au soleil roussillonnais), et que les juges de Paris ont retenu, quant à eux, deux ans de préavis après avoir relevé la dépendance économique due à une clause d'exclusivité et à une clause de non concurrence (CA Paris, 23 févr. 2007 ; RJDA 8-9/07, n° 833).

C. Focus : préavis et prescription en matière de contrat de sous-traitance de transport

Problématique : Lorsqu'un transporteur rompt brutalement ses relations commerciales avec son sous-traitant, l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce (règle générale) prévaut-il sur les dispositions du décret n°2003-1295 du 26 décembre 2003 (règle spéciale) qui encadrent la relation de sous-traitance de transport et notamment la durée du préavis en cas de rupture ?

1. Quant à la durée du préavis :

L'article L. 1432-4 du Code des transports (ex article 8 II de la loi n° 82-1153 d'orientation des transports intérieurs (LOTI) du 30 décembre 1982, loi codifiée dans le Code des transports entré en vigueur le 1er décembre 2010 (1)) prévoit l'instauration de contrats-types de transport. Le décret n°2003-1295 du 26 décembre 2003 d'application supplétive fixe quant à lui les modalités du contrat-type applicable aux transports publics routiers de marchandises exécutés par des sous-traitants. Or, l'article 12-2 de ce décret pose des durées de préavis en cas de rupture du contrat qui sont fonction de la durée d'exécution de ce dernier : un mois pour un contrat de six mois au plus ; deux mois pour un contrat ayant duré plus de six mois et moins de douze mois et trois mois pour un contrat d'un an et plus.

• Dans un arrêt du 22 janvier 2008, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que le préavis de trois mois imposé par ce décret en cas de relations contractuelles supérieures à un an était

seul applicable. La prétention du sous-traitant de voir appliquer l'article L. 442-6, I, 5°, en raison du caractère brutal de la rupture des relations commerciales, a donc été rejetée alors que la relation avait pourtant duré vingt-huit ans (Cass. com. 22 janv. 2008, n° 06-19.440, Bull. civ. IV, n° 12, RTD com. 2008, p. 618). Selon cet arrêt, pour les sous-traitants d'un contrat de transport, le préavis ne saurait donc excéder les prévisions de l'article 12-2 du décret, quelle qu'ait été la durée du contrat unissant les parties.

• Un arrêt de la Cour d'appel de Versailles en date du 6 mai 2010 a pris toutefois un chemin opposé. En l'espèce, la relation contractuelle avait duré trente-six ans et le préavis accordé au titre de la rupture était de six mois. Les juges ont porté ce préavis à vingt mois et ont condamné la société donneur d'ordres à plus de 9.000.000 d'euros de dommages-intérêts en raison du préjudice subi du fait de la rupture brutale (résultant des pertes de revenus, de l'obligation de payer des redevances de crédit-bail inutiles, de résilier les contrats de crédits-baux de façon anticipée, des licenciements...). Arguant que le décret de 2003 vise précisément à protéger les sous-traitants, les juges ont considéré qu'il ne serait pas envisageable que ce texte édicte des dispositions moins favorables que celles qui s'appliqueraient sans l'intervention d'un sous-traitant. Il a également été relevé que l'article L. 1432-4 du Code des transports dispose : « *A défaut de convention écrite et sans préjudice de dispositions législatives régissant les contrats, les rapports entre les parties sont, de plein droit, celles fixées par les contrats-types prévus à la section 3* ». Le décret de 2003 n'exclurait donc pas les dispositions du Code de commerce, d'autant plus que ces textes ont pour logique la protection de la partie faible au contrat (le sous-traitant en l'occurrence).

Le débat n'est pas encore définitivement tranché par la jurisprudence.

Signalons aussi que certains auteurs considèrent que, faute d'accord interprofessionnel dans ce secteur d'activité en matière de délai de préavis, les termes de ce contrat-type, en ce qu'il a consacré « les usages du commerce », pourraient servir de référence pour toutes les relations contractuelles de transport, même hors de son champ d'application.

2. Quant à la prescription :

Le choix d'appliquer le décret précité de 2003 plutôt que l'article L. 442-6, I, 5° n'est pas neutre car la problématique rebondit sur le terrain de la prescription de l'action. En effet, l'article L. 1432-1 du Code des transports renvoie à l'article L. 133-6 du Code de commerce lequel limite à un an la possibilité de l'exercice d'une action du sous-traitant. Or, la prescription applicable à l'action exercée au titre de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce est quinquennale car la responsabilité sous jacente de nature délictuelle.

• Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 21 septembre 2010 (Cass. com. 21 sept. 2010, n° 09-15.716, F-D, RDT nov. 2010, comm. 218, obs. C.

1) Seuls les textes législatifs ont été codifiés pour le moment dans le nouveau Code des transports. De ce fait, le décret précité n° 2003-1295 ne l'est pas encore.

Paulin) a appliqué la prescription quinquennale à une action en brusque rupture d'un contrat de sous-traitance de transport, l'action n'ayant pas été fondée sur le non-respect des termes du contrat qui aurait pu permettre d'invoquer l'article L. 133-6 du Code de commerce.

Voici deux raisons qui, sans exclure les bénéfices qu'offre la sécurité d'un contrat-type, peuvent militer pour l'application de l'article L. 442-6, I, 5° à la sous-traitance de transport y compris dans l'hypothèse où les parties ont retenu le préavis prévu par l'article 12-2 du contrat-type par mention expresse ou, à défaut, en raison de son caractère supplétif, les préavis fixés par le décret devant être analysés comme des minimums.

II. Les cas d'exonération de responsabilité

A. Les cas prévus par la loi

La loi envisage deux hypothèses dans lesquelles une relation commerciale peut être rompue sans respecter un préavis répondant à la règle précitée, et sans entraîner, dès lors, la responsabilité de l'auteur de la rupture.

Il s'agit, en premier lieu, de l'inexécution par l'autre partie de ses obligations.

L'inexécution par une partie de ses obligations autorise effectivement l'autre partie, soit à demander judiciairement la fin de la relation commerciale, soit à mettre en œuvre une clause résolutoire de plein droit du contrat (si elle y est stipulée), soit à suspendre l'exécution de ses obligations en vertu du principe d'exception d'inexécution. Dans ce dernier cas, le cocontractant prend seul l'initiative d'une telle suspension, et encourt le risque de voir le juge la considérer ultérieurement comme injustifiée.

Il n'en demeure pas moins que l'inexécution par l'autre partie de ses obligations autorise la victime de l'inexécution à mettre fin au contrat sans respecter un préavis tenant compte de la durée des relations commerciales.

Il en est ainsi notamment lorsque :

- le cessionnaire ne respecte pas les critères financiers de sélection imposés par le concédant (CA Caen, 27 nov. 2008, n° 05-2182, Sté Industrielle Automobile de Normandie c/ Maître Y) ;
- un détaillant ne respecte pas les échéances de paiement des précédentes factures des fournisseurs (CA Pau, 31 mars 2009, n° 07-3333, SARL Mestelan c/ SAS O'Neill France).

Il appartient bien évidemment au juge de s'assurer que la rupture brutale est pleinement justifiée par cette inexécution (Cass. com., 31 mars 2009, n° 07-20.991, Sté Agfa Gevaert c/ Sté X Médical Service et Distribution Médico-chirurgical, *JCP G* 2009, 273, n° 33, obs. P. Grosser ; *RTD civ.* 2009, p. 320, obs. B. Fages), ce qui oblige d'apprécier la gravité de la faute évoquée pour justifier le non respect du préavis édicté par la loi (Cass. com., 25 sept. 2007, n° 06-15.517, F-D ; *RJDA* 12/07, n° 1286).

Le second cas exonératoire de responsabilité envisagé par la loi est la force majeure.

Il s'agit là d'une application classique des effets de la force majeure. En effet, le débiteur d'une obligation ne doit pas réparation du dommage qu'il a causé en ne s'exécutant pas lorsque cette inexécution résulte d'un cas de force majeure ou d'un cas fortuit (article 1148 du Code civil).

Il importe cependant impérativement que le fait prétendu de force majeure ne résulte pas de la faute du débiteur et qu'il ne lui soit pas imputable. Rappelons encore que l'événement prétendu de force majeure doit présenter un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution (Cass. Ass. plén., 14 avril 2006, n° 02-11.168 ; *Bull. Ass. Plén.*, n° 5, p. 9, *RJDA* 7/06, n° 753 - Cass. 1^{ère} civ., 30 oct. 2008, n° 07-17.134 ; *Bull. civ. I*, n° 243, *RJDA* 8-9/09, n° 699).

B. Existe-t-il d'autres cas exonératoires de responsabilité ?

Les hypothèses légales où le cocontractant peut être exonéré de sa responsabilité, s'il ne respecte pas le préavis imposé par l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, sont tellement restreintes qu'il importe de s'interroger sur le point de savoir si, au-delà de la loi, d'autres hypothèses exonératoires de responsabilité pourraient être valablement invoquées.

La question est d'autant plus importante que, classiquement, la modification des circonstances économiques n'est pas assimilée à un cas de force majeure (en ce sens : Cass. com., 3 janv. 1979 ; *JCP G* 1979, IV, 79 - CA Aix-en-Provence, 13 janv. 1983 ; *Bulletin de la Cour d'Aix* 1983/1 p. 49).

Certaines décisions laissent entendre que d'autres circonstances peuvent exonérer l'auteur de la rupture de toute responsabilité.

Ainsi, la diminution progressive des commandes, jusqu'à la cessation de la relation commerciale, n'a pas été assimilée à une rupture brutale, car cette dernière était justifiée par la dégradation du marché de ferrage ainsi que par la concurrence des pays offrant des prix plus compétitifs (CA Paris, 9 sept. 2009 ; *RJDA* 2/10, n° 155).

Dans un arrêt rendu le 7 juillet 2004, la Cour de cassation offre un autre exemple en laissant entendre que des circonstances extérieures auraient pu expliquer une rupture brutale de la relation commerciale. En l'espèce, la Cour de cassation a suivi les juges du fond qui avaient conclu à la rupture brutale après avoir observé que le défaut total ou quasi-total des commandes n'était pas justifié par des collections qui n'auraient présenté aucun intérêt compte tenu des tendances de la mode et la saison concernée (Cass. com., 7 juil. 2004, n° 03-11.472, F-D ; *RDC* 2005, p. 392, note M. Behar-Touchais).

Enfin, il a été jugé que, lorsque le tarissement des relations commerciales résultait de la propre réorganisation de la victime de la rupture et de son incapacité à répondre à l'exigence du marché, l'auteur de la rupture ne pouvait voir sa responsabilité engagée (CA Versailles, 12 oct. 2006, n° 05/4598, SA LRMD c/ SARL Y. Frères).

Quelles prétentions judiciaires et devant quel juge ?

Olivier Kuhn,
Avocat,
CMS Bureau Francis Lefebvre

I. Nature de l'action

La jurisprudence s'est montrée hésitante quant au point de savoir si l'action en responsabilité engagée sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce était de nature délictuelle ou contractuelle.

Par plusieurs arrêts récents, la Cour de cassation a tranché en faveur du principe de responsabilité délictuelle, même lorsque la rupture s'inscrivait dans un cadre contractuel (Cass. com., 6 févr. 2007, n° 03-20.463, *Bull. civ.* IV, n° 20 et Cass. com., 13 janv. 2009, n° 08-13.971, *Bull. civ.* IV, n° 3).

De cette solution découlent deux conséquences, l'une théorique et l'autre pratique :

- En premier lieu, en opérant ce choix, les juges autorisent un contractant à exercer une action extracontractuelle pour obtenir réparation du préjudice subi à l'occasion de l'exécution d'un contrat, ce qui est pour le moins original.

Cette solution s'explique néanmoins par le fait que l'indemnisation accordée à la victime d'une rupture brutale n'a pas vocation à réparer le dommage né de l'inexécution ou de la violation du contrat, mais celui qui est lié au caractère brutal de la rupture.

- En second lieu, la nature délictuelle de l'action conduit à rendre inefficaces des clauses contractuelles, et notamment des éventuelles clauses attributives de juridiction.

Heureusement, dira-t-on, certains auteurs ont pu considérer qu'une telle solution n'avait été adoptée que dans la mesure où l'action avait été engagée sur le seul fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. Ils en déduisent qu'une action fondée sur l'inexécution du contrat, et notamment le non-respect du préavis contractuel, permettrait de rendre efficaces les dispositions contractuelles (D. Mazeaud, 1^{er} juillet 2009, n° 3, p. 1016).

Il est à noter toutefois que par un arrêt récent la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation a considéré 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 du cocontractant 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 [...] peu important 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.* » (Civ. 1^{ère}, 8 juil. 2010, n° 07-17.788, F-P+B+I).

Aussi, même si la jurisprudence semble se prononcer en faveur du principe de responsabilité délictuelle, cela ne suffit pas pour considérer que cette action soit totalement indépendante du contrat et que la clause compromissoire puisse être privée d'effets.

En effet, en vertu du principe compétence-compétence, il appartient à l'arbitre de se prononcer sur sa propre compétence. Or, le droit de l'arbitrage a une conception extensive de la notion d'action née du contrat.

Par ailleurs, il semble que l'action en responsabilité revête un caractère délictuel lorsqu'il s'agit d'un litige interne, et un caractère contractuel lorsque le litige revêt un caractère international, comme dans l'espèce ci-dessus où il s'agissait d'un arbitrage international.

II. Tribunal compétent

A. Principes

La demande peut être introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt à agir.

S'agissant d'une action en responsabilité délictuelle « classique », le demandeur peut saisir, à son choix, outre la juridiction du lieu où le défendeur a son domicile, celle du lieu du fait dommageable ou celle du ressort dans lequel le dommage a été subi (art. 46 du Code de procédure civile).

Or, en matière de rupture brutale de relation commerciale établie, le dommage est généralement constitué par la diminution du chiffre d'affaires de la victime.

La jurisprudence a donc admis qu'une entreprise pouvait valablement engager une action devant le tribunal dans le ressort duquel elle exerçait son activité dès lors que le dommage invoqué était constitué par la cessation de son activité à la suite des difficultés financières issues de la rupture (Cass. 2^e civ., 6 oct. 2005, n° 03-20.187, *Bull. civ.* II, n° 236, p. 211).

B. Juridictions spécialisées

L'article L. 442-6, III, alinéa 5, du Code de commerce dispose que les litiges nés des pratiques discriminatoires qu'il sanctionne sont attribués à des juridictions spécialisées dont le siège et le ressort sont fixés par décret.

Le décret n° 2009-1384 du 11 novembre 2009 a donc déterminé les juridictions compétentes pour connaître des actions engagées sur le fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce en créant les articles D. 442-3 et D. 442-4 du Code de commerce et les annexes 4-2-1 et 4-2-2.

1. Juridictions compétentes pour connaître des procédures applicables aux personnes qui sont commerçants ou artisans

L'article D. 442-3 du Code de commerce dispose que :
 « Pour l'application de l'article L. 442-6, le siège et le ressort des juridictions commerciales compétentes en métropole et dans les départements d'outre-mer sont fixés conformément au tableau de l'annexe 4-2-1 du présent livre.
 La cour d'appel compétente pour connaître des décisions rendues par ces juridictions est celle de Paris ».

Annexe 4-2-1
 Juridictions compétentes pour connaître, en application de l'Article L. 442-6, des procédures applicables aux personnes qui sont commerçants ou artisans

Siège des tribunaux de commerce et des tribunaux mixtes de commerce	Ressort
Marseille	Le ressort des cours d'appel d'Aix-en-Provence, Bastia, Montpellier et Nîmes.
Bordeaux	Le ressort des cours d'appel d'Agen, Bordeaux, Limoges, Pau et Toulouse.
Lille	Le ressort des cours d'appel d'Amiens, Douai, Reims et Rouen.
Fort-de-France	Le ressort des cours d'appel de Basse-Terre et de Fort-de-France.
Lyon	Le ressort des cours d'appel de Chambéry, Grenoble, Lyon et Riom.
Nancy	Le ressort des cours d'appel de Besançon, Colmar, Dijon, Metz et Nancy.
Paris	Le ressort des cours d'appel de Bourges, Paris, Orléans, Saint-Denis de La Réunion et Versailles.
Rennes	Le ressort des cours d'appel d'Angers, Caen, Poitiers et Rennes.

2. Juridictions compétentes pour connaître des procédures applicables aux personnes qui ne sont ni commerçants ni artisans

L'article D. 442-4 du Code de commerce dispose que :
 « Pour l'application de l'article L. 442-6, le siège et le ressort des tribunaux de grande instance compétents en métropole et dans les départements d'outre-mer sont fixés conformément au tableau de l'annexe 4-2-2 du présent livre.
 La cour d'appel compétente pour connaître des décisions rendues par ces juridictions est celle de Paris. »

Annexe 4-2-2
 Juridictions compétentes pour connaître, en application de l'Article L. 442-6, des procédures applicables aux personnes qui ne sont ni commerçants ni artisans

Siège des tribunaux de grande instance	Ressort
Marseille	Le ressort des cours d'appel d'Aix-en-Provence, Bastia, Montpellier et Nîmes.
Bordeaux	Le ressort des cours d'appel d'Agen, Bordeaux, Limoges, Pau et Toulouse.
Lille	Le ressort des cours d'appel d'Amiens, Douai, Reims et Rouen.
Fort-de-France	Le ressort des cours d'appel de Basse-Terre et de Fort-de-France.
Lyon	Le ressort des cours d'appel de Chambéry, Grenoble, Lyon et Riom.
Nancy	Le ressort des cours d'appel de Besançon, Colmar, Dijon, Metz et Nancy.
Paris	Le ressort des cours d'appel de Bourges, Paris, Orléans, Saint-Denis de La Réunion et Versailles.
Rennes	Le ressort des cours d'appel d'Angers, Caen, Poitiers et Rennes.

3. Dispositions transitoires

Les juridictions déjà saisies d'une action engagée sur le fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce à la date d'entrée en vigueur du décret, soit au 1^{er} décembre 2009, demeurent compétentes pour statuer sur le fond de l'affaire.

4. Appel

La cour d'appel de Paris est seule compétente pour connaître des appels formés à l'encontre des décisions des juridictions spécialisées.

L'application de cette règle n'est toutefois pas sans poser certaines difficultés.

S'il ne fait aucun doute que l'appel d'un jugement rendu par une juridiction spécialisée doit être porté devant la cour d'appel de Paris, se pose néanmoins la question de savoir quelle est la juridiction compétente pour connaître d'un appel formé à l'encontre d'un jugement rendu par une juridiction non spécialisée lorsque l'instance a été introduite antérieurement à l'entrée en vigueur du décret.

Par un arrêt en date du 8 juin 2010, la cour d'appel de Lyon a répondu à cette question. Elle s'est estimée compétente pour connaître de l'appel d'un jugement rendu par le tribunal de commerce de Lyon le 27 janvier 2010 au motif que la cour d'appel de Paris n'aurait été exclusivement compétente que si

la juridiction de première instance avait été saisie en qualité de juridiction spécialisée, c'est-à-dire après le 1^{er} décembre 2009, date d'entrée en vigueur du décret, ce qui n'avait pas été le cas en l'espèce (CA Lyon, 8 juin 2010, n° RG : 10/00919).

En conséquence, si la juridiction de première instance a été saisie avant le 1^{er} décembre 2009, la cour d'appel de Paris ne serait pas compétente, même si la décision dont il est fait appel est rendue postérieurement à cette date.

Cette solution est pour le moins discutable. Il convient donc de faire preuve d'une grande prudence tant que cette question n'aura pas été clairement tranchée par la Cour de cassation, un appel formé devant une juridiction incompétente étant irrecevable et le délai d'appel pouvant alors être expiré.

III. Objet de la demande

A. Au fond

L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce n'a pas vocation à empêcher un partenaire commercial de rompre une relation commerciale établie, il ne fait qu'imposer une condition préalable : le respect d'un préavis. Ce n'est pas la rupture en elle-même qui est sanctionnée mais les circonstances qui l'ont entourée.

Dès lors, l'action au fond vise à obtenir réparation du préjudice subi du fait de la brutalité de la rupture, par l'octroi de dommages et intérêts.

S'agissant d'une action en responsabilité, il appartiendra à la victime de démontrer :

- l'existence d'une faute, en l'espèce d'une rupture brutale résultant du non-respect d'un délai de préavis raisonnable,
- et l'existence du préjudice découlant du caractère brutal de cette rupture.

B. En référé

1. Fondements textuels

Classiquement, l'action en référé se fonde sur les articles 808, 809, 872 et 873 du Code de procédure civile.

L'article 808 du Code de procédure civile (ou 872 devant les juridictions commerciales) dispose que :

« Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. ».

L'article 809 du Code de procédure civile (ou 873 devant les juridictions commerciales) dispose quant à lui que :

« Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire. ».

Par ailleurs, la loi LME du 4 août 2008 est venue modifier le dernier alinéa de l'article L. 442-6 du Code de commerce qui prévoit désormais que :

« Le juge des référés peut ordonner, au besoin sous astreinte,

la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire. ».

Se pose alors la question de l'articulation de ces textes. Le juge statuant en référé en vertu de l'article L. 442-6 du Code de commerce ne doit pouvoir ordonner les mesures exigées par la situation que si les conditions fixées, soit aux articles 808 ou 872, soit aux articles 809 ou 873 du Code de procédure civile, sont remplies (Cass. com., 27 juin 1989, n° 88-10.250, *Bull. civ. IV*, n° 208).

De ce fait, il est possible de saisir le juge des référés, avant que l'action au fond ne soit introduite, si les conditions fixées par ces textes sont remplies (Cass. com. 17 juil. 1990, n° 89-14119, *Bull. civ. IV*, n° 220).

En tout état de cause, la Cour de cassation a admis que la seule utilité du « référé-concurrence » était de permettre au ministre de l'économie d'agir sur le seul fondement de l'article L. 442-6, I, 5°, alors qu'il n'avait pas qualité pour agir dans le cadre d'une procédure de droit commun (Cass., avis, *BICC* 1^{er} mai 1996, p. 37).

Ce sont donc, pour l'essentiel, les conditions du référé de droit commun qui doivent être réunies pour pouvoir initier une telle procédure d'urgence, dans le cadre d'une rupture brutale de relations commerciales établies.

2. Nature des mesures ordonnées en référé

Le contentieux de la rupture est un contentieux de l'urgence justifiant pleinement le recours au référé.

En matière de rupture brutale d'une relation commerciale établie, le référé sera avant tout utilisé pour demander au juge la prolongation de la relation commerciale pendant une durée suffisante pour respecter le préavis raisonnable.

La Cour de cassation a ainsi admis que :

- L'auteur d'une rupture pouvait être condamné en référé à reprendre ses relations commerciales « eu égard à l'imminence et à la gravité du dommage » résultant de la rupture (Cass. com., 21 mars 1984, n° 82-12.347, *Bull. civ. IV*, n° 115 et Cass. com. 26 févr. 1991, n° 89-16.348, *Bull. civ., IV*, n° 87).

- Le juge des référés « n'a fait qu'user des pouvoirs que lui confèrent les articles L. 442-6 IV du Code de commerce et 873 du Code de procédure civile » en ordonnant la poursuite des relations commerciales établies jusqu'à l'expiration de la durée de préavis raisonnable au motif que la rupture brutale « constituait un trouble manifestement illicite et était de nature à causer à la société X un dommage imminent » (Cass. com., 10 nov. 2009, n° 08-18.337, F-D, *CCC* avr. 2010, comm. 93, obs. N. Mathey).

En pratique, la voie du référé présente par ailleurs l'intérêt de permettre à la victime de se préparer à la rupture de la relation commerciale. En effet, si la rupture brutale a érodé la confiance nécessaire à la poursuite des relations commerciales, de sorte que le maintien des relations est peu souhaitable, il reste qu'à l'instar du préavis, le référé peut permettre au cocontractant d'anticiper les conséquences de la rupture. Cela concourt donc, d'une certaine manière, à diminuer la brutalité de la rupture en permettant à la victime de disposer du temps nécessaire pour réorganiser son entreprise, chercher de nouveaux partenaires commerciaux ou encore négocier un accord transactionnel de fin de relations.

Les litiges internationaux

Elisabeth Flaicher-Maneval,
Avocat,
Arnaud Reygrobellet,
Professeur à l'Université de Paris Ouest Nanterre la Défense, Of Counsel,
CMS Bureau Francis Lefebvre

1) CJCE, 9 nov. 2000, aff. C-381/98 Rec. P. I-09305, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 107, note L. Idot, *JDI* 2001, p. 511, 2^e esp., note J.-M. Jacquet, *JCP éd. E* 2001, 12, J. Raynard, *LPA* 22 juin 2001, n° 124, 1^{re} esp., note C. Nourissat, en ce sens que les articles 17 et 18 de la directive 86/653/CEE du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des Etats-membres concernant les agents commerciaux indépendants qui garantissent certains droits à l'agent commercial après la cessation du contrat d'agence, doivent trouver application dès lors que l'agent commercial a exercé son activité dans un Etat-membre et alors même que le commettant est établi dans un pays tiers et que, en vertu d'une clause de ce contrat, ce dernier est régi par la loi de ce pays ; mais *contra*, Cass. com. 28 nov. 2000, n° 98-11.335, *Bull. civ. IV*, n° 183, p. 160, *D.* 2001, p. 305, note E. Chevrier, *JCP éd. G* 2001, II, 10527, note L. Bernardeau, considérant que la loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants, codifiée aux articles L. 134-1 et suivants du Code de commerce, loi protectrice d'ordre public interne, n'est pas une loi de police applicable dans l'ordre international ; la Haute juridiction en déduit qu'un agent commercial ne peut prétendre à l'indemnité de rupture prévue par cette loi dès lors que le contrat de droit international qui le lie à son mandant a été expressément soumis par les parties au droit d'un Etat étranger qui ne prévoit pas l'attribution d'une telle indemnité.

2) Notamment, L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement «Rome I» », *D.* 2008, p. 2165.

3) Cass. ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006, *Bull. civ. ch. mixte*, n° 12, *D.* 2008, AJ, p. 5, obs. X. Delpech et jur. p. 753, note S. Lemaire et W. Boyault, et Pan., p. 1507, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke, *RD imm.* 2007, p. 511, concl. O. Guérin, *JCP éd. G* 2008, II, 10000, note L. d'Avout, *RD imm.* 2008, p. 38, obs. C. Charbonneau, *RTD com.* 2008, p. 456, obs. P. Delebecque, *Rev. crit. DIP* 2009, p. 728, note M.-E. Ancel, arrêt rendu au visa des dispositions combinées de l'article 3 du Code civil et des articles 3 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ; reprenant la solution, Cass. 3^e civ. 30 janv. 2008, n° 06-14.641, *Bull. civ. III*, n° 16, *Gaz. Pal.* 2008, I, Somm. 1079, note M.-L. Niboyet, *JDI* 2008, 1073, note L. Perreau-Saussine, 2^e esp., maître de l'ouvrage belge et entrepreneur principal, société de droit allemand pour une prestation à réaliser sur une unité de fabrication située en France, le contrat étant régi par le droit suisse des obligations ; sous-traitance avec une société de droit allemand sur la base d'un contrat soumis au droit allemand ; Cass. 3^e civ. 25 févr. 2009, n° 07-20.096, *Bull. civ. III*, n° 50 ; *D.* 2009, AJ, p. 806, obs. X. Delpech, s'agissant de travaux de modernisation d'une usine située en France appartenant à une société de droit

Lorsqu'on aborde la dimension internationale du contentieux né de la rupture d'une relation commerciale établie, il est à peine besoin de dire qu'on ajoute, à l'analyse, un facteur supplémentaire de complexité. Et ce, d'autant que les configurations envisageables sont multiples.

Pour simplifier le raisonnement, deux hypothèses distinctes seront envisagées selon que l'internationalité s'inscrit au sein de l'Union européenne ; ou bien qu'elle déborde du périmètre de l'Union, c'est-à-dire qu'une des parties à la relation a son siège en France, tandis que l'autre a son siège hors de l'Union européenne.

I. Litige entre deux parties ayant leur siège au sein de l'Union européenne

Même circonscrite aux litiges nés sur le territoire de l'Union européenne, il convient encore de distinguer deux configurations radicalement distinctes.

Tout dépend en effet si les parties ont pris la précaution, ce qui est fréquent, de stipuler dans leur contrat une clause attributive de juridiction et de loi applicable ou encore une clause compromissoire ou bien si aucune clause de ce type ne figure dans le contrat.

A. Absence de clause

C'est incontestablement l'hypothèse la plus délicate. La détermination de la juridiction compétente et de la loi applicable suppose de combiner plusieurs éléments.

Interfèrent d'abord deux questions liminaires qui ont une incidence directe sur la solution. L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce énonce-t-il une loi de police ? La responsabilité encourue par l'auteur de la rupture est-elle de nature contractuelle ou délictuelle ?

1. L'article L. 442-6, I, 5°, s'analyse-t-il comme une loi de police ?

L'enjeu du débat est majeur. Il s'agit de savoir si l'article L. 442-6, I, 5° s'applique indépendamment de la loi applicable au contrat ou, au contraire, ne trouve à s'appliquer que si le contrat est soumis au droit français.

Deux situations vont donc se présenter selon la solution que l'on retiendra. Si l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce s'analyse comme une loi de police, le juge français saisi ou l'arbitre désigné devrait tenir compte de la règle énoncée au texte, même si le contrat est régi par une loi étrangère (pour un rappel de cette exigence, Règl. n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit Rome I, art. 9, 2). En conséquence, à supposer qu'un juge étranger ou un arbitre ait été déclaré compétent et n'aurait pas respecté les exigences énoncées dans cette disposition, le juge français pourrait refuser d'accorder l'*exequatur*. En revanche, si l'article L. 442-6, I, 5° ne formule pas une loi de police, le texte n'aura vocation à s'appliquer qu'à condition d'établir au préalable que le droit français est applicable au contrat d'où est né le litige.

Sans prétendre, dans le cadre de ces développements, réinventer la très subtile notion de loi de police, il convient de rappeler que l'article 9.1 du Règlement Rome I du 17 juin 2008 en donne une définition plutôt restrictive : doivent être considérées comme telle « *les dispositions impératives dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics* ». La référence au critère d'« *intérêts publics* » a sans doute assigné à la notion un champ d'application plus restrictif qu'autrefois. Aussi, au lendemain de la publication du Règlement, certains auteurs avaient-ils pronostiqué que,

désormais, à rebours notamment de la position prise par la Cour de justice des communautés européennes (aujourd'hui CJUE), dans son arrêt « Ingmar », rendu le 9 novembre 2000 à propos de la cessation d'un contrat d'agence commerciale (1), il ne serait plus possible d'utiliser cette notion pour faire prévaloir des dispositions protectrices des intérêts privés d'une partie au contrat (2).

La jurisprudence ultérieure de la Cour de cassation est assez délicate à décrypter. Dans un arrêt rendu en chambre mixte en 2007, elle a considéré que, s'agissant de la construction d'un immeuble en France, la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, était une loi de police (3). En revanche, plus récemment la chambre commerciale a jugé que l'article L. 132-8 du Code de commerce, qui confère au transporteur routier une action en paiement de ses prestations à l'encontre de l'expéditeur et du destinataire, n'est pas une loi de police (4).

2. Quelle conséquence en tirer à propos de l'article L. 442-6, 5° ?

Plusieurs analyses, en partie contradictoires, ont été développées à ce sujet.

Si on envisage d'abord la position de la doctrine, les auteurs apparaissent assez divisés. Certains considèrent, au vu de la jurisprudence, que l'article L. 442-6, I, 5° est « sans doute une loi de police » (5). D'autres plus affirmatifs encore, mais visant l'article L. 442-6 dans son ensemble, jugent qu'il ne fait guère de doute que cette disposition devrait être qualifiée de loi de police au sens du droit international privé (6). Ils ont été suivis par la DGCCRF, laquelle, sans surprise, au lendemain de la loi du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie a plaidé pour une application la plus large possible des dispositions nouvelles. A propos des règles relatives aux délais de paiement, en affirmant que « la DGCCRF, qui intervient au nom de l'ordre public économique, veillera à ce que des créanciers français ne se voient pas imposer des délais de paiement anormalement longs par leurs débiteurs [...] » (7), elle a suggéré que, pour elle, le dispositif légal inscrit à l'article L. 442-6, sans doute envisagé globalement, avait le caractère de loi de police. Il a également été relevé que les règles inscrites à l'article L. 442-6, et spécialement au 5° du texte, pouvaient

être regardées comme des instruments de politique économique ; ce dont témoignerait le fait que, indépendamment de la responsabilité civile, l'auteur de la rupture brutale est susceptible d'encourir des amendes civiles prononcées à la demande du ministre chargé de l'économie et du ministère public (C. com., art. L. 442-6, III) (8). Au-delà de la protection d'intérêts particuliers, l'intérêt général serait en cause, de sorte que le texte exprimerait un ordre public de direction (9).

A l'inverse, d'autres spécialistes de la matière ont manifesté leur vive hostilité à cette qualification de loi de police (10). A titre principal, l'argumentation consiste à s'appuyer sur la définition restrictive inscrite dans le Règlement Rome I et à souligner la différence d'objet qui existe entre l'encadrement des « pratiques restrictives », d'un côté, et les règles protectrices de la concurrence de l'autre. Alors que ces dernières méritent incontestablement le label de lois de police, les dispositions relevant des pratiques restrictives n'y ressortissent pas car ne visant qu'à la protection d'intérêts particuliers, « leur logique est totalement étrangère à la régulation du marché qui est à la base du vrai droit de la concurrence » (11).

Quant à la jurisprudence, elle nous paraît tout aussi indécise ; ce qui explique sans doute les positions divergentes qui viennent d'être schématiquement exposées et qui peuvent difficilement prendre appui, pour l'approuver ou le critiquer, sur un corpus jurisprudentiel clairement orienté.

Plusieurs décisions des juridictions du fond ont, il est vrai, clairement affirmé le caractère de loi de police de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce (12). En revanche, la position de la Cour de cassation demeure pour l'instant très incertaine, bien que plusieurs commentateurs aient pu estimer qu'elle inclinait à admettre la qualification de loi de police. Par deux fois, alors que la question posée portait, à titre principal, sur l'efficacité d'une clause attributive de juridiction et d'une clause compromissoire pour trancher un litige relatif à la rupture brutale de la relation, la Haute juridiction donne la même réponse : la clause (attributive de juridiction dans un cas (13) ; compromissoire dans l'autre (14) contenue dans le contrat doit être mise en œuvre, « des dispositions impératives constitutives de lois de

français et confiés à une société de droit allemand, le contrat étant régi par le droit français ; sous-traitance avec une société de droit belge sur la base d'un contrat soumis au droit allemand.

4) Cass. com., 13 juill. 2010, n° 10-12.154, FS-P+B+R+I, D. 2010, AJ, p. 1863, obs. X. Delpech et p. 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée et jur., p. 2339, note V. Da Silva, *JCP éd. E* 2010, 1772, n° 9, obs. I. Bon-Garcin et 1937, note C. Chabert, *JCP éd. G* 2010, 972, note D. Bureau et L. d'Avout, *RD transp.* oct. 2010. Etude 12, note C. Legros et comm. 183, obs. C. Paulin et comm. 84, obs. P. Delebecque, *JDI (Clunet)* janv. 2011, 1, note F. Jault-Seske, *JCP éd. G* 2011, 158, n° 7, obs. C. Nourissat, en ce sens que l'article L. 132-8 du Code de commerce conférant au transporteur routier une action en paiement de ses prestations à l'encontre de l'expéditeur et du destinataire institués garants du paiement du prix du transport n'est pas une loi dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation quelle que soit la loi applicable et de constituer une loi de police.

5) N. Mathey, note ss. CA Paris, 28 oct. 2010, *CCC* févr. 2011, comm. 32. En ce sens également, M. Audit et O. Cuperlier, note ss. Cass. 1^{re} civ., 8 juil. 2010, n° 09-67.013, D. 2010, p. 2884, considérant que « l'article L. 442-6 du Code de commerce est bien considéré comme une loi de police au sens des catégories du droit international privé ».

6) M. Malaurie-Vignal, « Rupture abusive, abus de dépendance économique et compétence juridictionnelle », note ss. Cass. com., 22 oct. 2008, *CCC* déc. 2008, comm. 270. Rapp., sur l'idée que les dispositions en matière de transparence tarifaire (C. com., art. L. 441-1 s.) constituent des lois de police, F. X. Testu et J. Herzele, « La formalisation contractuelle du résultat des négociations commerciales entre fournisseurs et distributeurs », *JCP éd. E* 2008, 1113.

7) DGCCRF, AVIS n° 09-06 venant compléter le dispositif de Questions-Réponses relatif à la mise en œuvre de la loi de modernisation de l'économie, <http://www.pratiques-commerciales.bercy.gouv.fr/avis/avis0906.htm>. Pour un commentaire, v. M. Malaurie-Vignal, « Délais de paiement : LME et champ d'application territorial », *CCC* juil. 2009, comm. 192.

8) D. Bureau et H. Muir Watt, « L'impérativité désactivée ? (à propos de Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 2008) », *Rev. crit. DIP* 2009, p. 1, qui toutefois ne prennent pas expressément position en faveur du caractère de loi de police du texte estimant que la « discussion demeure possible ».

9) En ce sens, S. Hotte, note ss. Cass. com., 20 févr. 2007, n° 04-17.752, *JDI* oct. 2007 comm. 20, considérant que la décision commentée « fournit la confirmation de la nature de loi de police de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, disposition de régulation du marché relevant de l'ordre public de direction ».

10) C. Aronica et W. Boyault, « La réforme des délais de paiement : une mesure phare de la LME et son application dans l'espace », *Jour. Sociétés* janv. 2009, p. 45 ; plus nuancé toutefois, C. Aronica, « Délais et retards de paiement dans les relations commerciales après l'adoption de la loi LME », *LPA* 17 févr. 2009, p. 3.

11) Notamment, A. Malan, « Le champ d'application dans l'espace des dispositions de la LME en matière de pratiques restrictives de concurrence. Quelques observations sur une position récente de la DGCCRF », *CCC* mars 2010, étude 4, qui cite ici L. Idot, « L'empêchement du droit de

la concurrence sur le droit du contrat », *RDC* 2004, spéc. p. 883. V. toutefois l'objection soulevée par D. Bureau et H. Muir Watt, note préc. *Rev. crit. DIP* 2009, p. 1, qui observent que si, certes, les dispositions analysées ne se rattachent pas à une logique concurrentielle, pour autant on ne saurait en déduire que la qualification de loi de police doit leur être refusée, suggérant un parallèle avec le droit de la consommation (protection de la partie faible).

12) CA Lyon, 9 sept. 2004, n° 04-108, *SARL KTM Group GmbH c/ SAS MCC Motos* (cité par B. Gaucière, « La rupture de relations commerciales établies », Dossier, coll. Thémexpress, éd. Francis Lefebvre, n° 6), qui affirme, sans trop s'en expliquer « que les dispositions législatives [tendant à la protection des entreprises subissant un préjudice du fait des pratiques qu'elles répriment] constituent une loi de police au sens du droit international privé ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des pratiques dommageables, aux effets économiques et/ou concurrentiels défavorables, constatés sur le territoire national » ; CA Paris, 5^e ch., sect. B, 28 sept. 2006, n° RG 04/04462, *Monster cable products c/ Audio marketing services*, *RLDC* avr. 2009, obs. C. Vilmart, arrêt cassé par Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2008, n° 07-15.823, la censure ne portant toutefois pas sur la qualification de loi de police retenue par les juges du fond ; CA Lyon, ch. civ. 3, section A, 8 juin 2010, n° 10/00919, *SARL GRL c./ Société Forall Confezioni Spa*, *JurisData* n° 2010-014809.

13) Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2008, n° 07-15.823, *Bull. civ. I*, n° 233, *D.* 2008, *AJ*, p. 2790, obs. I. Gallmeister, *CCC* déc. 2008, comm. 270, obs. M. Malaurie-Vignal, *JCP éd. E* 2008, 2535, note N. Mathey, *JCP éd. G* 2008, II, 10187, note L. d'Avout, *Procédures* déc. 2008, comm. 331, obs. C. Nourissat, *D.* 2009, jur., p. 200, note F. Jault-Seseke et Pan., p. 2384, obs. crit. S. Bollée, *JCP éd. E* 2009, 1409, note M. Ollivry, *JDI* 2009, comm. 11, note M.-N. Jobard-Bachelier et F.-X. Train, *Gaz. Pal.* 20-21 févr. 2009, p. 27, note Ph. Guez, cassation de l'arrêt qui, pour écarter la clause attributive de juridiction désignant une juridiction étrangère contenue dans un contrat de distribution conclu entre une société américaine et une société française, retient qu'il s'agit d'appliquer des dispositions impératives relevant de l'ordre public économique constitutives de lois de police et de sanctionner des pratiques discriminatoires assimilées à des délits civils qui ont été commises sur le territoire national, alors que cette clause attributive de juridiction visait tout litige né du contrat et devait être mise en œuvre, des dispositions constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige. Sur cette décision, v. aussi D. Bureau et H. Muir Watt, « L'impérativité désactivée ? », *Rev. crit. DIP* 2009, p. 1 ; M. Attal, « Les évolutions récentes de la compétence juridictionnelle en droit international privé (brèves notations sur les clauses attributives de juridictions) », *Procédures* mars 2009, étude 2 ; M.-E. Ancel, « Septembre 2008-octobre 2009 : simplifier le droit international privé, une mission impossible ? », *Droit et Patrimoine* 12/2009, spéc., p. 108 ; A. Huet, « Clause attributive de juridiction à un tribunal étranger et loi française de police et de sûreté (étude du droit commun) », *D.* 2009, p. 684.

14) Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2010, P+B+I, n° 09-67.013, *D.* 2010, *AJ*, p. 1797, obs. X. Delpéch et Somm., p. 2544, obs. N. Dorandeu et Somm., p. 2933, obs. T. Clay, *JCP éd. E* 2010, 2134, n° 13, obs. J. Raynard, *JCP éd. E* 2011, 1109, n° 3, obs. J. Béguin, en ce sens que la juridiction étatique est sans pouvoir pour se prononcer sur la compétence d'un arbitre international, sauf inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire, peu important que des dispositions d'ordre public, fussent-elles

police fussent-elles applicables au fond du litige ». Il serait bien périlleux de déduire de ces deux décisions la position de la Cour de cassation en la matière. Fondamentalement, la Cour de cassation veut délivrer le message selon lequel la présence d'une loi de police n'est pas, par elle-même, suffisante pour neutraliser une clause d'élection de for ; mais rien de plus. Elle ne dit ni qu'une telle clause doit pouvoir jouer dans tous les cas où est en jeu une disposition s'analysant comme une loi de police, ni même que l'article L. 442-6, I, 5^o du Code de commerce doit recevoir ce label.

Pour notre part, il nous semble assez douteux que l'article L. 442-6, I, 5^o doive être considéré comme une loi de police. La disposition s'inscrit, on l'a indiqué dans les propos introductifs, dans une perspective relevant de l'ordre public, certes, mais d'un ordre public de protection. Elle ne participe ni de la régulation concurrentielle qui prend en compte le marché dans son ensemble, ni de la législation protectrice des consommateurs. La tendance générale de la jurisprudence va de surcroît, conformément aux indications du règlement Rome I (15), dans le sens d'une application restrictive de la notion, dès lors que la sauvegarde des « intérêts publics » du pays n'est pas en cause et que le contrat lie deux opérateurs économiques intervenant dans le champ de leurs activités professionnelles (16).

Si on admet l'idée que n'est pas en cause une loi de police, une seconde question préalable doit recevoir une réponse : elle concerne la nature de la responsabilité incombant à celui qui aurait rompu brutalement une relation commerciale établie.

3. La responsabilité encourue par l'auteur de la rupture est-elle de nature contractuelle ou délictuelle ?

L'enjeu du débat est évident mais doit être rapidement rappelé. La détermination de la nature de la responsabilité encourue conditionne l'application des règlements communautaires déterminant la compétence judiciaire (Règl. Bruxelles I, n° 44/2001 du 22 déc. 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 5, qui définit des chefs de compétence différents selon que l'on se trouve dans le champ contractuel ou non contractuel (17) ; Règl. Rome I, n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi

applicable aux obligations contractuelles ou Règl. Rome II, n° 864/2007 du 11 juil. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles).

Comme pour la question précédente, les réponses jurisprudentielles sont relativement incertaines.

A l'échelle communautaire, la CJUE semble avoir incliné vers la qualification contractuelle. Après avoir retenu, en 1976, que le contentieux de l'indemnisation demandée à l'occasion d'une rupture de contrat relevait de la matière contractuelle (18), elle a confirmé, en 1988, la nature contractuelle de l'action diligentée par l'agent commercial en paiement de l'indemnité due en cas de rupture abusive de son contrat (19).

Ce n'est pas à dire toutefois que la difficulté de qualification serait définitivement résolue. D'abord, il a été justement relevé que, dans l'arrêt *Arcado* précité, la qualification contractuelle n'a été retenue qu'au motif que, en l'espèce, l'indemnisation venait en remplacement d'une obligation contractuelle inexécutée (20). Or, comme on l'a vu, la brutalité constitutive d'une rupture fautive ne consiste pas en un manquement à une obligation stipulée au contrat, mais au non respect d'un préavis écrit dont la durée raisonnable est appréciée indépendamment du contrat. Ensuite, cette jurisprudence, rendue antérieurement au Règlement Bruxelles I, doit être réévaluée à la lumière des arrêts ultérieurs qui ont fait de la « matière délictuelle » la qualification par défaut (21). Quant au champ contractuel, devenu en conséquence une catégorie fermée et restreinte, la CJCE en a donné une définition négative énonçant, dans un litige opposant le sous-acquéreur d'une chose au fabricant, que « la notion de « matière contractuelle » au sens de l'article 5, point 1, de la convention du 27 septembre 1968 [remplacée par le règl. n° 44/2001], ne saurait être comprise comme visant une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre » (22). Or, on ne peut dire que l'exigence formulée à l'article L. 442-6, I, 5^o du Code de commerce enjoignant de respecter « un préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels » soit librement assumée.

Il est possible donc que la responsabilité encourue par l'auteur de la rupture

brutale soit de nature délictuelle. Cette conclusion est toutefois brouillée par une jurisprudence française dont la ligne de force s'avère délicate à saisir.

En effet, il existe au sein de la Cour de cassation sinon une divergence, au moins une différence d'approche entre, d'un côté, la chambre commerciale et la deuxième chambre civile et, d'un autre côté, la première chambre civile.

La chambre commerciale mais aussi, certes de façon moins nette, la deuxième chambre civile (23), ont explicitement affirmé la nature délictuelle de l'action engagée en vertu de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. Selon une formule bien rodée, le fait de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie... « engage la responsabilité délictuelle de son auteur ». La solution a été énoncée tant dans des hypothèses où le contrat brutalement rompu ne contenait aucune clause attributive de compétence (24) que dans celles, plus nombreuses, où une telle clause existait (25). Plus important encore, elle l'a été dans un contexte international (26) aussi bien que dans le cadre d'un contentieux interne (27) ; ce qui invalide l'hypothèse avancée en 2007 par un auteur suggérant que la possible opposition entre les deux chambres pourrait tenir au caractère international ou interne du contentieux (28).

Il est vrai que la première chambre civile a eu à connaître quasi-exclusivement des contentieux marqués d'internationalité. Il est vrai aussi que, contrairement à la quasi-totalité des arrêts rendus par la chambre commerciale qui se sont traduits par une neutralisation des clauses attributives de compétence, les décisions de la première chambre civile ont abouti à faire jouer ces clauses. La première chambre civile en impose le respect, peu important le fondement de la demande (29) ou encore, dans un arrêt déjà cité, « des dispositions constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige » (30). Pour autant, dans ces arrêts, la première chambre n'a pas, à proprement parler, contredit l'affirmation de la chambre commerciale. Elle s'est bornée à donner effet à des clauses d'élection du for pour traiter d'un litige relatif à la rupture des relations commerciales. Et ce, parce que le libellé des clauses – visant « tout litige découlant des relations contractuelles » ou « tout litige né du contrat » – l'autorisait, alors que, dans les espèces traitées par la chambre commerciale, la rédaction de la clause, circonscrite à la seule exécution du

contrat, ne le permettait pas (31).

Toutefois, dans d'autres décisions, la première chambre civile de la Cour de cassation semble avoir focalisé le débat de la rupture brutale d'un contrat d'affaires sur le seul terrain contractuel. Ainsi, dans un litige concernant la rupture possiblement fautive d'un contrat de distribution exclusive liant une société allemande (fournisseur) et une société française (distributeur), les juges du fond avaient retenu la compétence de la juridiction consulaire française, au motif que le contrat-cadre rompu s'apparentait à un contrat de distribution et qu'il donnait lieu à la fourniture de services en France. La décision est sèchement cassée, mais par une analyse tout entière construite sur le terrain contractuel. Pour la Haute juridiction, qui raisonne au visa de l'article 5, 1 du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000, et se place donc clairement dans une optique contractuelle, « le contrat de distribution exclusive n'est pas un contrat de fourniture de services » (32). La même perspective contractuelle a été adoptée dans des arrêts où était en jeu l'application de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988. Dans un litige opposant une société française, distributeur, à une société suisse, fournisseur, la première avait assigné devant une juridiction française la seconde pour obtenir indemnisation du préjudice subi à la suite de la brusque rupture de la relation d'affaires. Alors que les juges du fond rejettent l'exception d'incompétence soulevée par les sociétés suisses, la censure intervient au visa de l'article 5 § 1 de la Convention de Lugano, qui fixe la compétence en matière contractuelle (33). Sans doute peut-on objecter que, dans ces décisions, n'était pas directement en cause l'article L. 442-6, I, 5°, mais plutôt un manquement à une obligation contractuelle... ayant pris la forme de la rupture brutale de la relation d'affaires. Reste qu'il nous paraît que le débat n'est pas entièrement tranché.

4. Quelle position prendre dans cette controverse ?

Certains ont pu plaider vigoureusement en faveur de la qualification contractuelle en articulant pas moins de six arguments complémentaires (34), sans toutefois convaincre pleinement. En particulier, il ne nous semble pas que, dans le dispositif mis en place à l'article L. 442-6, I, 5°, « le contrat s'invite ainsi au cœur du débat, au point de constituer son épicerie ».

constitutives d'une loi de police, soient applicables au fond du litige.

15) Règl. CE n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, considérant 37, qui indique que la notion de lois de police « devrait être interprétée de façon plus restrictive ».

16) V. toutefois, *supra*, note 12, les décisions des juridictions du fond en faveur de la qualification de loi de police.

17) Il faut ajouter la convention de Lugano du 16 septembre 1988 si le litige oppose un ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne à celui d'un Etat membre de l'Association européenne de libre-échange n'appartenant pas à l'UE : v. par exemple, Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2007, n° 06-19.709, *Bull. civ. I*, n° 304.

18) CJCE, 6 oct. 1976, *A. de Bloos SPRL c/ Sté en commandite par actions Bouyer*, aff. 14/76, *Rec. CJCE*, I, 1976, p. 1473, concl. Mayras et p. 1497, concl. Reischl, *D.* 1977, jur. p. 616, *JDI* 1977, p. 714, note J.-M. Bischoff et p. 719, note A. Huet, *Rev. crit. DIP* 1977, p. 751, note P. Gothot et G. Holleaux.

19) CJCE, 8 mars 1988, *Sté Arcado c/ Sté Haviland*, aff. 9/87, *Rec. p. 1539, Rev. crit. DIP* 1988, p. 610, note H. Gaudemet-Tallon, *JDI* 1989, p. 453, note A. Huet, *D.* 1988, Somm. p. 344, obs. B. Audit, le litige était relatif au paiement d'indemnités pour rupture abusive d'un contrat d'agence commerciale et au paiement d'un reliquat de commissions.

20) En ce sens, N. Mathey, obs. ss. Cass. com., 15 sept. 2009, n° 07-10.493, F-D, *CCC* juil. 2010, comm. 179.

21) CJCE, 27 sept. 1988, aff. C-189/87, *Kalfelis c/ Bankhaus Schröder*, *Rec. p. 5565, JDI* 1989, p. 457, obs. A. Huet, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 117, note H. Gaudemet-Tallon, qui pose le principe selon lequel « la notion de matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l'article 5, paragraphe 3, de la convention, doit être considérée comme une notion autonome comprenant 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'article 5, paragraphe 1 ».

22) CJCE, 17 juin 1992, aff. C-26/91, *Handte / TMCS*, *Rec. CJCE*, I, p. 3967, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 726, note H. Gaudemet-Tallon, *JDI* 1993, p. 469, note Bischoff, *JCP éd. E* 1992, p. 363, note P. Jourdain, *JCP éd. G* 1992, II, 21927, note C. Larroumet, *RTD eur.*, 1992, p. 709, note P. Vareilles-Sommières. Et pour l'application, dans cette même affaire, des critères dégagés par la CJCE, v. Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 1993, n° 89-14179, *Bull. civ. I*, n° 34, en ce sens que l'article 5.1° de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, selon lequel le défendeur peut être attiré, en matière contractuelle, devant le Tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée, ne s'applique pas à un litige opposant le sous-acquéreur d'une chose au fabricant, qui n'est pas le vendeur, en raison des défauts de la chose ou de l'impropriété de celle-ci à l'usage auquel elle est destinée.

23) Cass. 2^e civ., 6 oct. 2005, n° 03-20.187, *Bull. civ. II*, n° 236, p. 211, *D.* 2005, AJ, p. 2677, obs. E. Chevrier, *JCP éd. G* 2006, I, n° 111, n° 16, obs. P. Stoffel-Munck, dans un litige interne et en l'absence de toute clause attributive de compétence : rejet du pourvoi contre l'arrêt ayant relevé que le dommage invoqué par la victime de la rupture était constitué par la cessation d'activité de son entreprise : « la cour d'appel a pu déduire de ces constatations et

énonciations que le dommage avait été subi au lieu où s'exerçait l'activité de l'entreprise et décider que le tribunal de commerce, dans le ressort duquel elle était située, était territorialement compétent ».

24) Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-12.336, F-D, CCC janv. 2009, comm. 8, obs. N. Mathey, RDC 2009, p. 197, note M. Behar-Touchais ; Cass. com., 7 juill. 2009, n° 08-16.633, Bull. civ. IV, n° 96, CCC août 2009, comm. 220, obs. N. Mathey, D. 2009, AJ, p. 1961, obs. E. Chevrier, Procédures nov. 2009, comm. 349, obs. R. Perrot, imposant une application combinée des articles 42, al. 3 et 46, al. 3 du CPC : en ce sens que la faculté, prévue par l'article 42, alinéa 2, du Code de procédure civile, pour le demandeur de saisir à son choix, en cas de pluralité de défendeurs, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux, n'est pas exclusive de celle que lui offre l'article 46, alinéa 3, du même code de saisir en matière délictuelle, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi, lorsque cette juridiction est à ce titre compétente à l'égard de tous les défendeurs.

25) Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-13.178, Bull. civ. IV, n° 21, CCC avr. 2007, comm. 91, obs. M. Malaurie, D. 2007, AJ, p. 653, obs. E. Chevrier, et Pan., p. 1694, obs. A. Ballot-Léna, RTD civ. 2007, p. 343, obs. J. Mestre et B. Fages, JCP éd G 2007, II, 10108, note F. Marmoz, RLC, oct.-déc. 2007, p. 85, obs. M. Chagny, RDC 2007, p. 731, note S. Borghetti, RTD com. 2008, p. 210, obs. P. Delebecque, cassation de l'arrêt qui fait application de la clause attributive de compétence figurant dans les tarifs, alors que le fait pour tout producteur [...] de rompre brutalement une relation commerciale établie engage la responsabilité délictuelle de son auteur. Dans le même sens, Cass. com., 13 janv. 2009 n° 08-13.971, Bull. civ. IV, n° 3, D. 2009, AJ, p. 295, obs. E. Chevrier et Somm. p. 2888, obs. D. Ferrier, CCC mars 2009, comm. 72, obs. N. Mathey ; Cass. com., 13 oct. 2009, n° 08-20.411, F-D, CCC juil. 2010, comm. 180, obs. N. Mathey (1^{re} esp.) ; Cass. com., 9 mars 2010, n° 09-10.216, F-D, CCC juil. 2010, comm. 180, obs. N. Mathey (2^e esp.), D. 2010, AJ, p. 1797 et Somm., p. 2544, obs. N. Dorandeu.

26) Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-12.336, préc., cassation de l'arrêt ayant énoncé que l'article L. 442-6 du Code de commerce ne pouvait pas s'appliquer aux relations commerciales internationales, « quels que puissent être les raisonnements sur la loi applicable ou sur son caractère plus ou moins impératif », alors que le fait pour tout producteur [...] de rompre brutalement une relation commerciale établie engage la responsabilité délictuelle de son auteur et que la loi applicable à cette responsabilité est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit » ; Cass. com., 15 sept. 2009, n° 07-10.493, F-D, CCC juil. 2010, comm. 179, obs. N. Mathey, cassation de l'arrêt qui, pour dire que les juridictions françaises étaient territorialement incompétentes retient que le fait que les deux sociétés étaient nécessairement convenues des principales règles gouvernant leurs rapports, qu'ainsi la nature contractuelle de ces relations est établie et qu'il s'ensuit que leur rupture est nécessairement de même nature, les dispositions de l'article 2 du règlement n° 44/2001 étant applicables, alors que le fait pour tout producteur [...] de rompre brutalement une relation commerciale établie engage la responsabilité délictuelle de son auteur. En ce sens également, CA Rennes, 27 juin 2006, BJCC 1^{er} mars 2007, n° 485, jugeant que la rupture brutale de relations commerciales entre deux sociétés ne peut engager la responsabilité contractuelle de la société qui en est à l'origine, au sens de l'art. 5 § 1 du Règl. n° 44/2001 du 22 déc. 2000, cette responsabilité relevant de la matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l'art. 5 § 3 du règlement.

Bien au contraire, la seule référence pertinente est la relation d'affaires, laquelle va naturellement prendre appui sur le ou les contrats noués par les parties en conflit. De même peut-on contester que le législateur ait, à travers l'article L. 442-6, I, 5°, « simplement consacré une solution prétorienne antérieure », jusqu'alors puisée aux articles 1134 et 1135 du Code civil ; d'où il s'induirait une permanence de la nature contractuelle de l'action en responsabilité. Le fait, précisément, que le législateur soit intervenu par une disposition spéciale évinçant le droit commun a eu pour effet de détacher le contentieux de la rupture de celui qui a trait à l'exécution du contrat. La mécanique du texte ne s'adosse pas à l'arche du contrat. En effet, ce qui peut être reproché à un partenaire commercial n'est plus, désormais, un manquement à une obligation de bonne foi dans l'exécution d'un contrat ; mais une violation d'une norme objective, assez précisément définie par le législateur, en marge des prévisions du contrat.

5. Conséquences pratiques

Bien qu'il paraisse très vraisemblable, et assez cohérent, que le contentieux de l'article L. 442-6, I, 5° ait une dimension exclusivement délictuelle, la marge d'incertitude subsistant oblige d'envisager aussi l'hypothèse de la qualification contractuelle.

Si on retient la qualification contractuelle

· Compétence juridictionnelle

Sera compétent, outre le tribunal du défendeur (Règl. Bruxelles I n° 44/2001, art. 2, 1), en matière de prestation de services, le tribunal du lieu de fourniture de la prestation ou du lieu où elle aurait dû être fournie et, en matière de vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées (Règl. n° 44/2001, art. 5, 1, b). Dans les autres cas, il conviendra de faire le détour par la loi applicable pour déterminer la juridiction compétente, puisqu'est désigné « le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée » (Règl. n° 44/2001, art. 5, 1, a).

En d'autres termes, pour un contrat de concession, et plus généralement un contrat-cadre de distribution, il convient donc d'identifier au préalable le lieu d'exécution de l'obligation servant de base à la demande d'indemnisation pour la rupture du contrat (35).

Mais alors que la position traditionnelle de la jurisprudence française était de considérer que le lieu d'exécution de cette obligation devait normalement être situé là où le fournisseur est installé (36), favorisant ainsi le fournisseur qui pouvait plaider devant un tribunal proche de son siège, l'entrée en vigueur du règlement Rome I n° 593/2008 impose de reconsidérer la solution. En effet, s'agissant des contrats de franchise (Règl. n° 593/2008, art. 4, 1, e) et de distribution (Règl. n° 593/2008, art. 4, 1, f), le texte désigne la loi du pays dans lequel le franchisé/distributeur a sa résidence habituelle comme la loi applicable au contrat. A cela il convient d'ajouter que le considérant 17 du Règlement Rome I analyse les contrats de distribution comme des contrats de services, mais précise que, bien qu'il en aille ainsi, ils « font l'objet de règles particulières ».

· Loi applicable

Outre la règle qui vient d'être énoncée valant pour les contrats de franchise et de distribution, on rappellera que le Règlement Rome I désigne comme loi applicable, pour les contrats de prestation de services, la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle (Règl. n° 593/2008, art. 4, 1, b) et, dans les autres cas, la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle (Règl. n° 593/2008, art. 4, 1, a).

La doctrine a relevé que le règlement Rome I contredisait, à un double égard, la position classique de la jurisprudence française : à la fois, quant à la détermination de la loi applicable et, par voie de conséquence, de la juridiction compétente.

Si l'on raisonne à partir d'un premier exemple concret concernant un contrat de franchise, dont le distributeur aurait son siège en France, alors que le fournisseur serait localisé en Allemagne, la compétence juridictionnelle sera déterminée au regard du lieu de fourniture de la prestation ou du lieu où elle aurait dû être fournie, autrement dit, la juridiction du distributeur français. Il faut en déduire que les juridictions françaises seront seules compétentes si c'est le fournisseur allemand qui est victime de la rupture. Si c'est le distributeur français qui est la victime, il disposera d'une option de compétence : juridictions françaises ou tribunal du défendeur allemand. En revanche dans les deux cas, il conviendra d'appliquer la loi du pays dans lequel le franchisé/distributeur a sa résidence

habituelle, c'est-à-dire la loi française, donc l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce.

Un second exemple peut être donné mettant aux prises un prestataire de services français et un client anglais. Seront compétentes les juridictions du pays dans lequel la prestation est fournie ou aurait dû l'être (Règl. n° 44/2001, art. 5, 1, b) ; ce qui désigne les tribunaux anglais. Ces derniers seront donc seuls compétents si c'est le client anglais qui est l'auteur de la rupture. Si, en revanche, c'est le prestataire de services français qui est à l'origine de la rupture, le client anglais disposera d'une option de compétence, car il pourra assigner aussi devant les juridictions du domicile de l'entreprise française, défendeur (sous réserve des règles spéciales de compétence de l'art. L. 442-6, III, al. 5). Dans les deux cas, la loi française aura vocation à s'appliquer en tant que loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle (Règl. n° 593/2008, art. 4, 1, b) ; ce qui devrait donc conduire à l'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce.

Si on considère, ce qui est plutôt contestable, que l'article L. 442-6, I, 5° doit être vu comme une loi de police, et à supposer qu'un juge français soit saisi, ce dernier devra nécessairement se prononcer en appliquant le texte.

Si on retient la qualification délictuelle

- Compétence juridictionnelle

Sera compétent, outre le tribunal du défendeur, le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire (Règl. n° 44/2001, art. 5, 3). En pratique, sauf circonstances particulières, le fait dommageable sera situé au siège de l'entreprise victime de la rupture abusive (37), sous réserve des règles spéciales de compétence de l'article L. 442-6, III, al. 5. En cas de dissociation entre l'acte générateur de responsabilité et le (ou les) lieu(x) où le dommage est survenu, la victime a le choix entre les tribunaux de ces différents lieux. La solution, appliquée notamment en matière de refus de vente (38), pourrait être transposée dans le cas d'un litige pour rupture brutale de la relation commerciale établie : la victime de la rupture pourra assigner soit devant la juridiction de son siège, soit devant celle du siège de l'auteur de la rupture.

- Loi applicable

Pour la détermination de la loi applicable, il

faut ici puiser dans le Règlement Rome II. A titre de principe général, celui-ci désigne la loi « 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 » (Règl. n° 864/2007, art. 4, 1).

Dans un contentieux relatif à la rupture brutale d'une relation commerciale établie, la solution présente l'intérêt de porter le litige devant une juridiction qui appliquera son propre droit.

B. Clause attributive de compétence et/ou de détermination de la loi applicable dans le contrat

L'article 23 du Règlement Bruxelles I reconnaît l'efficacité des clauses attributives de juridiction, qui sont quasiment toujours assorties de clauses d'élection de la loi applicable. Il est seulement imparti de respecter certaines conditions formelles. L'article 23 envisage trois hypothèses alternatives.

La première, la plus simple, est celle où la clause a été stipulée par écrit ou a été stipulée verbalement mais a reçu une confirmation écrite. La deuxième vise l'hypothèse d'une clause stipulée « sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles » ; ce qui invite à apprécier la validité de la clause en considération de la teneur de la relation existant entre les parties. Le critère sera donc assez aisément mobilisable dans le contexte d'un litige relatif à la rupture brutale de relations établies. Enfin, la troisième hypothèse vise la clause qui, dans le commerce international, est convenue « sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée ».

La clause est efficace indépendamment de la qualification contractuelle ou délictuelle de la responsabilité encourue. Il conviendra toutefois, comme on l'a dit (v. *supra*, I. A.), que la rédaction de la clause soit suffisamment compréhensive pour s'appliquer à l'hypothèse de la rupture de la relation, au-delà de l'exécution proprement dite du contrat. Ce sera le cas si la clause est déclarée applicable à « tout litige découlant des relations contractuelles » ou à « tout litige né du contrat » ou encore à

27) Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-13.178, préc. ; Cass. com., 13 janv. 2009 n° 08-13.971 ; Cass. com., 7 juill. 2009, n° 08-16.633 ; Cass. com., 13 oct. 2009, n° 08-20.411, préc. ; Cass. com., 9 mars 2010, n° 09-10.216.

28) 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, p. 67.

29) Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2007, n° 06-10.946, *Bull. civ. I*, n° 93, p. 82, *RLDA* 2007/19, n° 1193, p. 67, note C. Nourissat, *RTD com.* 2008, p. 210, obs. P. Delebecque, *JCP éd. G* 2008, I, n° 112, n° 3, obs. A. Lecourt, *JCP éd. E* 2008, 1638, n° 3, obs. D. Mainguy, rejet du pourvoi contre l'arrêt ayant jugé que la clause attributive de juridiction devait s'appliquer à tout litige découlant de la rupture des relations contractuelles entre les parties : « la cour d'appel a exactement décidé que cette clause jugée valable au regard de l'article 23 du Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 (Bruxelles I) donnait compétence exclusive à la juridiction de l'Etat contractant désigné » (en l'occurrence aux juridictions allemandes).

30) Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2008, n° 07-15.823, préc.

31) Par exemple, Cass. com., 9 mars 2010, n° 09-10.216 : la clause visait restrictivement « tout différend ou tout litige relatif à la formation, l'interprétation, l'exécution, la résiliation ou la cessation du contrat » ; ce qui n'incluait pas la rupture de relation commerciale.

32) Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2008, n° 06-21.949, *Bull. civ. I*, n° 61, *D.* 2008, AJ, p. 1729, obs. X. Delpech, *JCP éd. E* 2008, 1638, n° 3, obs. D. Mainguy, *CCC* mai 2008, comm. 128, obs. M. Malaurie-Vignal, *Procédures* mai 2008, comm. 143, obs. C. Nourissat, *JDI Clunet* 2008, comm., 8, p. 521, note J.-M. Jaquet, dans un arrêt où, semble-t-il, la demande d'indemnisation n'était pas fondée sur l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. Sur cet arrêt, v. aussi H. Kenfack, « Pour une lecture européenne du règlement Bruxelles I », *D.* 2008, p. 1729.

33) Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2007, n° 06-19.709, *Bull. civ. I*, n° 304, *RDC* 2008, p. 515, note P. Deumier, il est vrai que la Cour de cassation recentre le débat, dans son attendu principal, non sur la rupture brutale proprement dite, mais sur la constatation (des juges du fond) que la société suisse « avait refusé d'honorer de nouvelles commandes et avait désigné un nouveau distributeur de ses produits en France ». Rapp. CA Paris Pôle 1, ch. 1, 16 déc. 2010, n° 10/18709, *Société Geistlich Pharma AG c./ Société SAS Laboratoires PRED*, *JurisData* n° 2010-024791, jugeant que l'action indemnitaire engagée par le distributeur français pour rupture des relations commerciales établies ressortit à la matière contractuelle, peu important que le distributeur ait engagé l'instance sur le fondement de l'article L. 442-6-1 du Code de commerce : parce que la demande est fondée sur le refus du fournisseur suisse d'honorer de nouvelles commandes et sur la mise en place par cette dernière de son propre réseau de distribution en France ; la prestation caractéristique consiste dans la fourniture des produits par le fournisseur dont le siège social est en Suisse ; les juridictions françaises sont déclarées incompétentes.

34) J.-D. Bretzner, « La nature juridique de la responsabilité résultant de la violation de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce », *RLDA*, juill.-août 2010, p. 91.

35) Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2007, n° 05-12.166, préc., le contrat de concession exclusive n'est ni un contrat de vente, ni une fourniture de services :

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 le fournisseur (allemand), à assurer l'exclusivité de la distribution des produits au distributeur (français) ; il appartient 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 ; Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2008, n° 06-21.949, préc., cassation de l'arrêt qui retient que le contrat-cadre conclu entre une société allemande et une société française, dont la rupture brutale était invoquée, s'apparente à un contrat de distribution et qu'il ne saurait être contesté qu'il s'agissait bien d'une fourniture de services en France, alors que le contrat de distribution exclusive n'est pas un contrat de fourniture de services.

36) Depuis un arrêt « *Optelec* » rendu en application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et ayant donné compétence de la loi du fournisseur étranger, Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2001, n° 99-17.132, *Bull. civ. I*, n° 134, p. 88, *D.* 2002, jur., p. 198 note C. Diloy, et Somm., p. 1397, obs. B. Audit, *JCP éd. G* 2001, II, 10634, note J. Raynard, *Rev. crit. DIP* 2002, p. 86, note P. Lagarde, en ce sens que la fourniture du produit étant la prestation caractéristique du contrat de distribution, fait une juste application des articles 4.1° et 4.2° de la convention de Rome du 19 juin 1980, la cour d'appel qui soumet un tel contrat à la loi du pays du siège de la société d'où émane la fourniture, pays avec lequel ce contrat présente les liens les plus étroits.

37) Cass. 2^e civ., 6 oct. 2005, n° 03-20.187, préc., dans un litige interne, en ce sens que le dommage résultant de la cessation abusive de relations commerciales est subi au siège de la société victime de tels agissements.

38) Cass. 1^{re} civ., 8 janv. 1991, n° 89-16.578, *Bull. civ. I*, n° 6 p. 4, *JDI (Clunet)* 1992. 195, obs. J. Huet

39) CA Paris, 28 oct. 2010, *CCC* févr. 2011, comm. 32, obs. N. Mathey.

40) Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2008, n° 06-20.338, *Bull. civ. I*, n° 60, *JDI (Clunet)* oct. 2008, comm. 14, note A. Sinay-Cytermann, *D.* 2008, AJ, p. 1729, obs. X. Delpech, cassation de l'arrêt qui, pour écarter une clause attributive de juridiction figurant au dos de factures passées entre deux sociétés et donnant compétence à un tribunal de commerce français, relève que la première société ne saurait prétendre que la seconde n'a pas émis d'objection à cette clause puisqu'elle avait assigné la première devant un tribunal luxembourgeois et qu'elle avait contesté par lettre l'ensemble des factures versées aux débats, sans rechercher si la clause litigieuse ne satisfaisait pas aux conditions du texte susvisé.

41) En ce sens, H. Kenfack, « Pour une lecture européenne du règlement Bruxelles I », *D.* 2008, p. 1729.

42) Dans un cas, il est vrai un peu particulier, d'un contrat d'adhésion que les compagnies aériennes concluent avec un établissement de droit public international chargé d'assurer les services du contrôle aérien au-dessus du continent africain, Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 2010, n° 08-12.749, *Bull. civ. I*, n° 38, *JCP éd. G* 2010, 440, note C. Bruneau, *JCP éd. E* 2010, 1656, obs. J. Raynard et 1833, obs. C. Nourissat, *Procédures* avr. 2010, comm. 117 obs. C. Nourissat, *RDT* mai 2010, comm. 117 obs. P. Delebecque, *D.* 2010, AJ, p. 588, obs. X. Delpech, *RTD com.* 2010, p. 460, obs. P. Delebecque, *RLDA* 2010, n° 51, Repère, p. 66, note M. Combet, donnant efficacité, au regard de l'article 23 du règlement CE du 22 décembre 2000, à la clause attributive de

« *tout différent pouvant subvenir entre les parties* » (39).

Le débat judiciaire portera donc essentiellement sur la question de savoir si la stipulation respecte les exigences formelles prescrites par le Règlement, étant précisé que la Cour de cassation décide qu'une telle clause ne doit satisfaire qu'aux seules conditions de l'article 23 (40) ; ce qui peut avoir pour conséquence qu'elle pourrait produire ses effets devant le juge des référés sans tenir compte des règles de droit interne (41).

A minima, il faudra néanmoins s'assurer du consentement, dans les formes prévues au texte, du cocontractant auquel la clause est opposée. La Cour de cassation, suivant en cela les indications de la CJUE, fait ici prévaloir une certaine souplesse, dans le dessein légitime de donner une large efficacité à la clause.

Ainsi, il a été jugé que l'acceptation de la clause peut résulter du silence circonstancié de la partie à laquelle la clause litigieuse a été opposée, dès lors que cette dernière figure dans des documents échangés au cours de relations d'affaires continues et anciennes et qu'elle n'a jamais été contestée (42). Toutefois, même dans des relations d'affaires suivies entre les parties, il convient d'établir clairement l'acceptation de la clause invoquée.

A par exemple été rejeté le pourvoi formé contre un arrêt ayant estimé que n'était pas établie l'acceptation par une société espagnole (fournisseur) d'une clause d'élection du for (en faveur des juridictions françaises) figurant sur des bons de commande envoyés par télécopie par le client français, certes doublés d'un courrier simple contenant le verso de la commande précisant ses conditions générales d'achat. La juridiction française ainsi désignée n'est donc pas compétente pour connaître d'une demande d'indemnisation formée par la société française en réparation du dommage causé par la rupture brutale de leurs relations commerciales (43). Cette solution rejoint la position que la CJCE avait exprimée dans un arrêt rendu le 14 décembre 1976. Cette dernière avait décidé que, lorsque la clause figure dans les conditions générales établies par l'une des parties, elle ne peut être considérée comme ayant été acceptée, pour avoir été « stipulée par écrit », que si le document signé par les deux parties contient un renvoi exprès à ces conditions générales (44).

Le raisonnement qui vient d'être présenté pourrait être remis en cause, si l'on juge, comme l'ont fait plusieurs juridictions

du fond, que l'article L. 442-6, I, 5° a le caractère de loi de police. Le texte devra être appliqué, quand bien même les parties auraient décidé de soumettre leurs relations à une autre loi que la loi française (45).

C. Clause compromissoire

La présence d'une clause compromissoire dans un contexte contractuel international est très fréquente.

On a déjà indiqué que, pour la Cour de cassation, la seule circonstance que l'article L. 442-6, I, 5° pourrait s'analyser comme une loi de police, n'est pas suffisante pour neutraliser une telle clause (46). Dans l'espèce que la première chambre civile a eu à connaître le 8 juillet 2010, le litige opposait un distributeur français et un fournisseur suédois. Le premier reprochait au second d'avoir rompu de manière brutale leurs relations commerciales établies et avait introduit devant une juridiction étatique une action en indemnisation sur le fondement des dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. La Cour de cassation rejette le pourvoi contre l'arrêt ayant jugé le tribunal saisi incompétent au profit de la juridiction arbitrale pour statuer sur le litige. Selon le raisonnement déjà décrit plus haut, l'arrêt de rejet relève que la clause compromissoire visait tout litige « *né du contrat ou en relation avec celui-ci* », en sorte qu'elle n'était pas manifestement inapplicable, peu important 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* ». Et la Cour de cassation de conclure, après la Cour d'appel, qu'il appartenait à l'arbitre de se prononcer par priorité sur sa propre compétence.

La solution n'est pas, à proprement parler, inédite, car il a déjà été jugé que lorsqu'un litige met en cause une loi de police, il n'en demeure pas moins arbitral (47).

La seule circonstance que le litige a trait à la rupture brutale de la relation d'affaires sera donc insuffisante pour paralyser les effets d'une clause compromissoire. Mais, le jeu de la clause, en pareille circonstance, sera étroitement subordonné au libellé de celle-ci. Il faut veiller à lui donner un large champ d'application, tel celui retenu dans l'arrêt du 8 juillet 2010, si du moins les parties entendent que la résolution d'un conflit né de la rupture de la relation soit aussi prise en charge par l'arbitrage.

II. Un des partenaires a son siège en France ; l'autre en dehors du territoire de l'Union européenne

A. En l'absence de clause, application des règles de droit international privé... françaises ou étrangères

Dans cette hypothèse, si un juge étranger est saisi, il déterminera le droit applicable en fonction de son propre droit international privé.

Au cas où un juge français aurait été saisi d'un litige relatif à la terminaison, jugée brutale, d'une relation d'affaires, une première difficulté devra être tranchée concernant la question de savoir si la responsabilité recherchée est de nature contractuelle ou délictuelle (v. *supra*, I. A). En supposant que l'analyse délictuelle ou, plus exactement, non contractuelle prévale, il faudra se référer aux règles du droit international privé français relatives aux délits civils pour déterminer la loi applicable. Depuis le célèbre arrêt *Lautour* de 1948, dont la solution a été maintes fois confirmée, la loi applicable pour régir la responsabilité civile délictuelle est la loi du lieu où le délit a été commis (*lex loci delicti commissi*) (48).

Il peut toutefois exister une difficulté résultant de ce que le fait générateur du dommage a lieu dans un Etat (celui où est établi l'auteur de la rupture), alors que le dommage est subi dans un autre (par exemple, en France, si le cocontractant victime de la rupture brutale y a son siège). En cas de dissociation entre les lieux du fait générateur et du préjudice, la Cour de cassation française décide que ces deux rattachements ont une vocation égale à déterminer la loi applicable. Ce principe ne signifie pas que la victime aurait un choix entre les deux lois en cause, mais invite le juge à retenir, entre les deux lois potentiellement applicables, celle avec laquelle le délit « complexe » présente les liens les plus étroits. Le raisonnement a été notamment mis en œuvre dans un arrêt rendu en matière de contrefaçon d'un logiciel réalisée dans plusieurs Etats : la Cour de cassation y a considéré que la loi française en tant que loi du lieu du préjudice n'avait pas vocation à régir l'ensemble du litige en l'absence d'un rattachement plus étroit, non démontré en

l'espèce, avec la France (49).

Dans le cas d'une rupture brutale d'une relation établie, il est vraisemblable que, sauf situation très particulière, le rattachement plus étroit sera localisé dans le pays de la victime de la rupture.

B. Efficacité des clauses attributives de compétence

Dans l'arrêt déjà commenté, rendu le 22 octobre 2008, la Cour de cassation a donné efficacité à une clause désignant les juridictions de San Francisco « pour toute action découlant du contrat » (conclu entre un fournisseur américain et un distributeur français) (50). La clause doit produire ses effets, parce qu'elle est ainsi libellée, « *des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige* ».

Si l'on considère que l'article L. 442-6, 5° énonce une loi de police, alors qu'une juridiction extra-européenne est régulièrement saisie du litige, va s'opérer un contrôle *a posteriori* de la non contrariété de la décision rendue par le juge étranger avec l'ordre public international du juge français. Ce contrôle sera en effet requis pour accorder l'*exequatur* à une telle décision sur le territoire français.

En pratique toutefois, d'éminents auteurs ont fait remarquer que la saisine d'un juge français aux fins de contrôle du jugement étranger pourrait, en fait, s'avérer purement théorique au moins lorsque le cocontractant qui s'estime victime de la rupture brutale a son siège sur le territoire français (51). Par exemple, dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 22 octobre 2008, le distributeur français devra, dans un premier temps, saisir le juge californien pour obtenir réparation du préjudice qu'il prétend avoir subi. Deux hypothèses peuvent alors se présenter. S'il obtient gain de cause devant les juridictions américaines, il a tout intérêt à faire exécuter la décision sur place. Il n'y aura alors pas matière à solliciter une décision d'*exequatur* en France. Si, au contraire, il n'obtient pas gain de cause ou considère que la réparation obtenue n'est pas à la hauteur de ses attentes, il devra recommencer la procédure en France ; ce qui supposera qu'il introduise au préalable une demande tendant à voir le jugement américain lui être déclaré inopposable.

compétence au tribunal de commerce de Paris, en relevant que les compagnies aériennes, souscrivant de ce fait un contrat d'adhésion contenant la clause attributive de juridiction, devaient prendre connaissance des conditions écrites de la convention, y compris la clause, affichées dans les aéroports et reproduites sur les factures.

43) Cass. com., 18 janv. 2011, FS-P+B, n° 10-11.885, D. 2011, p. 366, obs. X. Delpech, l'arrêt est toutefois cassé en ce qu'il affirme, après avoir écarté la clause, que la demande d'indemnisation « relève d'un fondement contractuel au sens de l'art. 5, 1, a, du Règlement n° 44/2001 ».

44) CJCE, 14 déc. 1976, *Estasis Salotti di Colzani c/ Rüwa*, CJCE, p. 1831, concl. Capotorti, JDI 1977, p. 134, obs. Bischoff, *Rev. crit. DIP* 1977, p. 576, obs. Mezger.

45) V., outre les décisions citées note 16, CA Lyon, 3^e ch. civ. A, 25 sept. 2008, *Sté Werner Koch Maschinenetechnik GmbH c/ SARL Moditec*, CCC janv. 2009, comm. 8, obs. N. Mathy, s'agissant d'un contrat de fourniture et d'agence commerciale soumis au droit allemand conclu entre une société allemande et une société française, victime de la rupture brutale. Rapp. énonçant, un peu curieusement, que l'application de l'article L. 442-6, 1, 5°, s'impose à une société française que son partenaire soit lui-même français ou étranger lorsque son application est recherchée devant une juridiction française à propos d'un litige ayant pour objet la rupture de relations commerciales établies résultant pour l'essentiel de l'exécution d'un contrat de distribution que les parties ont entendu soumettre au droit français et se trouvant par là aussi rattaché à l'ordre juridique français, CA Versailles, 14 oct. 2004, *Dr. et patr.* juin 2005, p. 116, obs. P. Mousseron.

46) Cass. 1^{re} civ., 8 juil. 2010, n° 09-67.013, FS-P+B+I, préc.

47) Par exemple, Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2009, n° 08-12149 *Bull. civ. I*, n° 48, à propos de la législation protectrice de l'agent commercial.

48) Cass. civ., 25 mai 1948, *Rev. crit. DIP* 1949, p. 89, note H. Batiffol.

49) Litige au sein de l'Union européenne, Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2002, n° 99-20.755, *Bull. civ. I*, n° 75, p. 58, *JCP éd. G* 2002, II, 10082, note H. Muir-Watt, *D.* 2002, p. 2999, note N. Bouche, *D.* 2003, p. 58, note M. Josselin-Gall.

50) Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2008, préc.

51) M.-N. Jobard-Bachelier et F.-X. Train, note ss. Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2008, n° 07-15.823, *JDI* 2009, comm. 11.

Quelle réparation en cas de responsabilité avérée ?

Nathalie Petrignet,
Avocat Associé,
Olivier Kuhn,
Avocat,
CMS Bureau Francis Lefebvre

Le volume du contentieux relatif aux ruptures brutales de relations commerciales établies a connu une croissance exponentielle depuis l'introduction de la notion en droit français.

Mais c'est aussi et surtout un contentieux pour lequel la jurisprudence demeure particulièrement casuistique, si bien qu'il est parfois difficile d'en dégager les principes, notamment lorsqu'il s'agit de l'évaluation du préjudice.

A cet égard, il convient d'observer que les juridictions spécialisées ont justement été créées afin de centraliser ce contentieux et de permettre une harmonisation de la pratique des tribunaux.

I. Appréciation du préjudice lié à la brutalité de la rupture

L'action en réparation sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° permet d'obtenir réparation du préjudice découlant de l'absence ou de l'insuffisance de préavis. La plupart des juridictions s'accordent pour rappeler que l'on 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 (notamment CA Douai, 15 mars 2001, *PBC c. / Auchan*, n° RG : 1999/01301, *JCP éd. E* 2001, p. 1861, note M. Pédamon ; arrêt ayant fait l'objet d'un pourvoi rejeté par Cass. com., 23 avril 2003, n° 01-11.664, *Bull. civ. IV*, n° 57, p. 67).

Si ce préjudice consiste avant tout en une perte de bénéfice, l'indemnisation accordée est parfois plus large et couvre des pertes annexes.

A. La perte de bénéfices

Le principal préjudice subi lors de la rupture d'une relation commerciale établie est constitué par le gain manqué du fait de la rupture. Le partenaire victime de la rupture est en effet privé, par l'effet direct de celle-ci, des revenus futurs qu'il était en droit d'attendre de la relation.

Il est de jurisprudence constante que seul le préjudice réel, c'est-à-dire la perte de bénéfices et non la perte du chiffre d'affaires, peut être indemnisé (Cass. com.,

3 déc. 2002, n° 99-19.822, F-D, *D.* 2003, p. 2432, obs. D. Ferrier).

Le préjudice est traditionnellement évalué au regard de la marge brute, avant imposition, qui aurait pu être réalisée durant le préavis s'il avait été respecté.

La Cour de cassation a ainsi considéré que : « *Le préjudice de la société X devait être évalué en considération de la marge brute escomptée durant la période d'insuffisance de préavis.* » (Cass. com., 28 avril 2009, n° 08-12.788, F-D, *CCC* juil. 2009, comm. 190, obs. M. Mathey).

Le calcul de la marge brute de deux ou trois derniers exercices permet de dégager une marge brute moyenne annuelle, puis mensuelle représentative de l'activité perdue.

Un calcul exemplaire a été réalisé par la cour d'appel d'Amiens (CA Amiens, 30 nov. 2001, *Devred c/ Ober*, n° RG : 00/00407).

En effet, cette dernière a considéré que le préjudice : « *Doit être apprécié au regard de la marge bénéficiaire brute [que la société] aurait été en droit d'escompter en l'absence de rupture de relations commerciales.* »

Pour ce faire :

« *L'assiette retenue doit être la moyenne du chiffre d'affaires hors taxes réalisé au cours des trois années précédant la rupture* », assiette à laquelle est ensuite affectée « *la marge brute bénéficiaire* », la période devant être prise en compte étant « *la durée du préavis qui aurait dû être respectée* ».

Si ces méthodes de calcul sont clairement identifiées et désormais usuelles, il demeure toutefois qu'en pratique les calculs opérés par les tribunaux sont parfois plus approximatifs, la raison en tenant notamment à la qualité probatoire des pièces produites par les parties.

B. Les autres pertes

L'indemnisation du manque à gagner ne suffit généralement pas à réparer l'entier préjudice subi par la victime. S'y ajoutent souvent des pertes annexes, notamment dues à l'impossibilité de redéployer certains investissements spécifiques.

L'indemnisation de ces pertes soulève de nombreuses difficultés. En effet, seuls les postes de préjudice découlant directement du caractère brutal de la rupture ouvrent droit à réparation sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce.

De surcroît, il n'existe pas de règle établie concernant l'indemnisation des pertes annexes, la jurisprudence s'étant montrée à cet égard fluctuante. L'appréciation de la réparation à accorder peut donc varier d'un tribunal à l'autre, ou même, devant le même juge, d'une affaire à l'autre.

1. Le préjudice d'image

Le préjudice d'image semble insusceptible de réparation sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° dans la mesure où il découle davantage de la rupture elle-même que de son caractère brutal.

2. Les investissements réalisés par la victime

La jurisprudence admet généralement la réparation du préjudice né des investissements réalisés spécifiquement dans le cadre de la relation commerciale.

Ainsi :

- L'initiateur de la rupture a pu être condamné à prendre en charge le coût de logiciels informatiques dans la mesure où ces logiciels avaient été spécifiquement conçus pour lui et que la victime était dans l'impossibilité de leur donner une autre utilisation (CA Douai, 15 mars 2001, *PBC / Auchan*, préc.).

- De même, il a été considéré que constituait un préjudice indemnisable le coût des emballages estampillés avec la marque du réseau que le fournisseur n'avait pas eu le temps de vendre avant la date d'effet de la rupture et qui étaient devenus invendables (CA Angers, 24 janv. 2006, *Sté Garem / SA Adic*, n° 05/00067).

- Il a également été alloué une indemnisation au titre de la perte des investissements réalisés à hauteur de la valeur d'un stock de produits de la marque de l'initiateur de la rupture (CA Paris, 5^{ème} ch. B, 8 janv. 2009, JurisData n° 2009-373707).

Toutefois, tous les investissements de la victime n'ouvrent pas systématiquement droit à réparation.

Ainsi, la Cour de cassation a pu refuser de réparer le préjudice découlant des investissements réalisés par la victime au motif que ceux-ci avaient été réalisés aux risques et périls de cette dernière, à une époque où son chiffre d'affaires baissait et alors qu'elle n'avait aucune assurance de pouvoir les amortir (Cass. com., 20 févr. 2007, n° 04-14.446, F-D).

A la vue d'une telle casuistique jurisprudentielle, la seule conclusion qui puisse être tirée concernant l'indemnisation de ces investissements est que l'appréciation des juges se fait *in concreto*.

3. Les préjudices liés à la réduction des salariés

Les préjudices liés à la réduction du nombre de salariés, à l'ouverture d'une procédure collective ou à la perte d'un fonds de commerce paraissent insusceptibles d'indemnisation sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce car ils résultent plus de la rupture elle-même que de son caractère brutal, mais tout pourrait dépendre, ici encore, de l'importance et de l'intensité de la brutalité de la rupture.

4. Le préjudice résultant de la désorganisation des approvisionnements et des rapports avec la clientèle

La désorganisation des approvisionnements et des rapports avec la clientèle a pu faire l'objet d'une indemnisation forfaitaire en raison de la « brusquerie de la cessation des relations commerciales » (CA Bordeaux, 1^{ère} Ch. Civ. B, 30 avr. 2009, JurisData n° 2009-004565).

5. Le préjudice moral

Une cour d'appel a décidé d'allouer à la victime de la rupture un préjudice moral d'un montant de 10.000 euros au titre du manque de loyauté et du comportement vexatoire de l'initiateur de la rupture (CA Paris, 5^{ème} Ch. B, 22 janv. 2009, JurisData n° 2009-376029).

Il est à noter que les cours et les tribunaux sont particulièrement réceptifs aux conséquences économiques engendrées par la rupture brutale et n'hésitent plus à indemniser toutes sortes de préjudices ayant trait non plus à la brutalité de la rupture mais à l'abus ou au manque de loyauté.

C. L'incidence du comportement de la victime

L'attitude de la victime peut, dans certains cas, minorer son droit à réparation.

Les tribunaux considèrent en effet que la victime a l'obligation de minimiser son propre dommage, en évitant notamment de se placer volontairement dans une situation de dépendance vis-à-vis de son partenaire commercial. A cet égard, l'absence de diversification et d'anticipation d'une rupture doit être analysée comme une faute de la victime dont il doit être tenu compte lors de l'évaluation du préjudice.

Ainsi des tribunaux et cours d'appel ont reconnu que :

- la victime d'une rupture avait délibérément pris des risques en ne diversifiant pas son activité. La Cour a alors considéré que cette prise de risque représentait 25 % de son préjudice et qu'en conséquence l'indemnisation allouée à la victime devait correspondre à 75 % de son préjudice économique (CA Douai, 15 mars 2001, préc.) ;

- l'acceptation d'une situation de dépendance, comme le fait de réaliser 90 % de son chiffre d'affaires avec

un seul client, alors que la victime de la rupture avait la possibilité de se diversifier, était en elle-même fautive. L'initiateur de la rupture ne saurait dès lors se voir tenu de réparer les conséquences de cette imprévoyance (CA Paris, 20 mars 2003, n° RG : 2001/08611) ;

- la société qui ne justifie pas avoir été dans l'impossibilité de trouver de nouveaux partenaires alors même que son chiffre d'affaires baissait a négligé de s'assurer des solutions de substitution et doit donc voir son indemnisation réduite (CA Nîmes, 24 janv. 2002, n° RG : 01/2812).

Plus que tout autre question, celle de l'évaluation du préjudice tiré de la rupture brutale d'une relation commerciale établie est donc affaire d'espèce et s'opère *in concreto*.

II. Les autres sanctions prévues par le Code de commerce

La rupture brutale des relations commerciales établies peut donner lieu au prononcé de diverses sanctions, et pas uniquement sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5°. De plus, celui qui a subi la rupture n'est pas le seul à pouvoir révéler le contentieux ; ce qui lui permet, en accord avec l'objectif du législateur, de bénéficier d'une meilleure protection.

A. Ententes, abus de position dominante, abus de dépendance économique

La rupture brutale d'une relation commerciale peut, lorsque certaines conditions sont remplies, être appréhendée et sanctionnée sur le terrain des pratiques anticoncurrentielles.

1. Ententes

Les articles 101 § 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et L. 420-1 du Code de commerce prohibent les accords entre entreprises qui ont pour objet ou effet de porter atteinte au libre jeu de la concurrence. Sont donc notamment interdits ceux consistant à « ...appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ». Dès lors, dans la mesure où une rupture brutale peut consister en la modification substantielle des conditions du contrat, il est envisageable que la victime de la rupture puisse s'appuyer sur les textes sanctionnant les ententes. Peuvent ainsi être sanctionnées, au titre de la prohibition des ententes, des pratiques de boycott organisées par une centrale d'achat et ses adhérents.

2. Abus de position dominante

Les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du Code de commerce interdisent aux entreprises d'abuser de la position dominante dont elles peuvent jouir sur un

marché. Ces dispositions définissent l'abus comme pouvant « consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées ». Ici, la cessation des relations établies est expressément visée. Il ne fait dès lors aucun doute que la victime d'une rupture brutale pourra également agir sur le fondement de l'abus de position dominante pour obtenir réparation de son préjudice si le responsable de la rupture détient effectivement une position dominante dont il abuse sur son marché.

3. Abus de dépendance économique

L'article L. 420-2, al. 2 du Code de commerce prohibe le fait, pour une entreprise ou un groupe d'entreprises, de tirer un avantage abusif de la position de dépendance économique dans laquelle se trouve l'un de ses clients ou fournisseurs. Parmi les abus susceptibles d'être concernés figurent expressément les pratiques visées à l'article L. 442-6, I du Code de commerce. La rupture brutale des relations commerciales (5° du I) peut donc être sanctionnée au titre de l'abus de dépendance économique, à la condition toutefois qu'elle soit de nature à affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence.

4. Sanctions encourues

Les sanctions susceptibles d'être infligées par l'Autorité de la concurrence au titre de ces pratiques anticoncurrentielles sont fixées à l'article L. 464-2 du Code de commerce. Outre la possibilité d'ordonner la cessation des pratiques, l'ADLC peut ainsi prononcer des sanctions pécuniaires pouvant atteindre 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial consolidé hors taxe le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.

Toutefois, les amendes ainsi infligées seront versées au Trésor public, et non à la victime de la rupture brutale des relations commerciales établies. Pour obtenir réparation de son préjudice celle-ci devra se tourner vers les juridictions judiciaires.

B. Déséquilibre significatif

Les accords créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties sont prohibés au titre de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qui dispose qu'engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé, le fait « de soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ». Ce texte est issu de la LME du 4 août 2008 et remplace les anciennes notions d'abus de puissance de vente et d'achat ainsi que celles de remises de gamme et de pénalités disproportionnées.

La création d'un déséquilibre significatif peut s'apparenter à une rupture brutale des relations commerciales, par exemple lorsque le distributeur procède à un déréférencement partiel d'un de ses fournisseurs. Cette pratique équivaut alors à une modification substantielle des conditions d'exécution du contrat sans réelle contrepartie.

Soulignons que, par une décision du 13 janvier 2011 (DC-n° 2010-85), le Conseil constitutionnel, répondant à une question prioritaire de constitutionnalité posée par la société Etablissement Darty et fils, a conclu à la conformité des dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du C. com. aux droits et libertés garantis par la Constitution.

C. Les sanctions de l'article L. 442-6 I 5°

Lorsque l'action en responsabilité pour rupture brutale des relations commerciales, fondée sur l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, est engagée par le ministre de l'Economie ou le ministère public, ces derniers peuvent demander à la juridiction saisie de prononcer une ou plusieurs des sanctions suivantes (art. L. 442-6, III, C. com.) :

- la cessation des pratiques litigieuses ;
- la nullité des clauses ou des contrats illicites (comme la nullité d'une clause modifiant unilatéralement et substantiellement le contrat) ;
- la répétition de l'indu ;
- la condamnation à une amende civile d'un montant maximal de 2 millions d'euros, mais pouvant être portée au triple des sommes indûment versées.
- la réparation des préjudices subis par la victime de la rupture.

La juridiction saisie peut, en toute hypothèse, ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision, ainsi que son insertion dans le rapport annuel de l'entreprise concernant les opérations de l'exercice.

Ce panel de sanctions est renforcé par la charge de la preuve, puisqu'il reviendra à l'auteur de la rupture « qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation » (art. L. 442-6, III, al. 2).

Cette rédaction, issue de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, a renversé la charge de la preuve qui pesait jusqu'alors sur la victime de la rupture brutale des relations commerciales. Il en résulte une « présomption de faute » du cocontractant contrôlé, qui, si elle facilite l'action de l'Administration, n'a que peu d'intérêt pour la victime directe de la rupture, puisque c'est à elle que revient le soin d'apporter la preuve de l'existence d'un contrat, ou d'une relation commerciale établie.

D. Initiative du contentieux

Le contentieux relatif à la rupture brutale de relations commerciales peut être initié, non seulement par

toute personne justifiant d'un intérêt, c'est-à-dire principalement la victime, mais aussi par le ministère public, le ministre chargé de l'Economie ou encore le Président de l'Autorité de la concurrence lorsque celui-ci constate, à l'occasion d'une affaire relevant de sa compétence, l'existence d'une telle rupture (cf. art. L. 442-6, III, al 1, C. com.) .

La faculté d'intervention du Ministre de l'Economie suscite une certaine polémique. En effet, lorsqu'il engage l'action civile, le ministre peut demander, comme on l'a vu (§ C.), outre le prononcé d'une amende civile, la répétition de l'indu ou la réparation du préjudice subi par la victime. Or, cette initiative peut être prise à l'insu de ladite victime, voire contre sa volonté. La question se pose de la compatibilité de cette faculté avec les libertés et droits fondamentaux. Dans un arrêt du 8 juillet 2008, la Cour de cassation semblait avoir clairement tranché : l'action du ministre de l'Economie, exercée sur le fondement de l'article L. 442-6 III, est une « *action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement et à la présence du fournisseur* » (Cass. com., 8 juil. 2008, n° 07-16.761, Bull. civ. IV, n° 143 et n° 07-13.350, F-D). L'article L. 442-6, III du Code de commerce est, de ce point de vue, compatible avec l'article 6 § 1 de la CEDH, puisqu'il ne s'agit pas d'une action de substitution à celle des victimes.

Cette solution avait le mérite de renforcer l'efficacité d'un dispositif dont le caractère dissuasif serait sensiblement atténué si sa mise en œuvre pouvait se heurter au refus des victimes de voir le ministre intervenir ou devait requérir leur accord préalable. Mais la Chambre commerciale vient de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC sur la conformité du texte au regard du « principe de garantie des libertés individuelles édicté par l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'homme de 1789 et du droit de propriété, garanti par les articles 2 et 17 de la même Déclaration. (Cass. com., 8 mars 2011, n°10-40.070, Société Système U Centrale nationale). Le débat reste donc ouvert !

E. Rôle de la Commission d'examen des pratiques commerciales

Lorsqu'elles sont saisies de pratiques restrictives de concurrence, les juridictions peuvent consulter pour avis la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC). Cette dernière dispose d'un délai de quatre mois pour se prononcer. Sauf le prononcé de mesures urgentes ou conservatoires, la juridiction doit surseoir à statuer jusqu'à la réception de l'avis de la CEPC, alors même que cet avis ne la liera pas.

Cette consultation présente un intérêt tout particulier lorsque l'affaire dont la juridiction est saisie concerne la grande distribution. En effet, la CEPC étant composée notamment de représentants des fournisseurs et des distributeurs, l'avis rendu par celle-ci sera d'autant plus pertinent pour guider la juridiction dans la solution à apporter au litige.