



HAL
open science

La rupture brutale des relations commerciales établies

Lucie Thomas

► **To cite this version:**

Lucie Thomas. La rupture brutale des relations commerciales établies. Droit. Université de Rennes, 2022. Français. NNT : 2022REN1G014 . tel-04480246

HAL Id: tel-04480246

<https://theses.hal.science/tel-04480246>

Submitted on 27 Feb 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THESE DE DOCTORAT DE

L'UNIVERSITE DE RENNES 1

ECOLE DOCTORALE N° 599
Droit et Science politique
Spécialité : Droit privé

Par

Lucie THOMAS

La rupture brutale des relations commerciales établies

Thèse présentée et soutenue à Rennes, le vendredi 02 décembre 2022
Unité de recherche : IODE UMR CNRS 6262
« Institut de l'Ouest : Droit et Europe »

Rapporteurs avant soutenance :

Madame Linda ARCELIN	Professeure des universités	Université de La Rochelle
Monsieur Jean-Christophe RODA	Professeur des universités	Université de Lyon 3

Composition du Jury :

Madame Linda ARCELIN	Professeure des universités	Université de La Rochelle	Rapporteur
Madame Valérie PIRONON	Professeure des universités	Université de Nantes	Examineur
Monsieur Nicolas FERRIER	Professeur des universités	Université de Montpellier	Examineur
Monsieur Jean-Christophe RODA	Professeur des universités	Université de Lyon 3	Rapporteur
Madame Catherine BARREAU	Professeure des universités	Université de Rennes 1	Directrice de thèse

L'Université de Rennes 1 n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Au Professeur Michel Glais,

À mes parents, et à Margot

À Novruz, *Eşq*

REMERCIEMENTS

Mes plus sincères remerciements s'adressent à Madame la Professeure et directrice de thèse, Madame Catherine Barreau, qui fait partie des personnes qui permettent à d'autres de se réaliser, qu'elle trouve dans ces recherches et leur cheminement l'expression de ma profonde reconnaissance.

À ma famille aimante qui m'entoure, à Novruz pour l'indéfectible soutien qu'il me témoigne, à mes amis, pour leur réconfort joyeux et à toutes celles et à tous ceux avec qui j'ai travaillé durant ces dernières années, pour leurs encouragements.

À Madame la Professeure Bensamoun et Maitre Matthieu Mercier, membres du comité de suivi de thèse, qui se sont toujours rendus disponibles et bienveillants.

À Mesdames les Professeures Arcelin et Pironon, à Messieurs les Professeurs Ferrier et Roda pour avoir accepté de siéger dans le jury.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJCA	Actualité juridique contrats d'affaires. Concurrence - distribution
AN	Assemblée nationale
Art.	Article
BJS	Bulletin Joly Sociétés
Aut. conc.	Autorité de la concurrence
CA	Cour d'appel
CE	Conseil d'État
Cass. 1 ^{ère} , 2 ^e 3 ^e	Arrêt de la Cour de cassation, chambre civile (1 ^{ère} , 2 ^e , 3 ^e), Assemblée civ., Ass. Plén., Plénière, chambre commerciale, chambre sociale, chambre criminelle
com., soc., crim.	
CCC	Contrats Concurrence Consommation
CEPC	Commission d'examen des pratiques commerciales
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNRTL	Centre national de ressources textuelles et lexicales
Coll.	Collection
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
C.R	Compte-rendu
CVIM	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises
D.	Recueil Dalloz
D. n°	Décret n°
Dic.	Dictionnaire
dir.	Sous la direction de
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
fasc.	Fascicule
J.-D. n°	JurisData numéro
JCI	JurisClasseur
JCP A	Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales
JCP E	Semaine Juridique Entreprise et Affaires
JCP G	Semaine Juridique édition générale
JCP N	Semaine Juridique Notariale et Immobilière
JORF	Journal Officiel de la République française

JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne
L.	Loi
LEDICO	L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence
LPA	Les Petites Affiches
LSA	Libre Service Actualités
maj	Mis(e) à jour
MDD	Marque de distributeur
N° ou N°s	Numéro(s)
NBP	Note de bas de page
not.	Notamment
Ord.	Ordonnance
PME	Petites et Moyennes Entreprises
p.	Page
pp.	Pages
Rapp.	Rapport
Rép.	Répertoire
Rec.	Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RDC	Revue des contrats
RDS	Revue droit et santé
RJDA	Revue de Jurisprudence de Droit des affaires
RJO	Revue juridique de l'Ouest
RLC	Revue Lamy de la Concurrence
RLDC	Revue Lamy Droit civil
RLDA	Revue Lamy Droit des Affaires
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD Eur	Revue trimestrielle de droit européen
s.	Et suivants.
spéc.	Spécialement
T. com.	Tribunal de commerce
UNJF	Université Numérique Juridique Francophone
UE	Union européenne
V.	Voir
Vol.	Volume

SOMMAIRE

Introduction générale

PREMIÈRE PARTIE : UNE PRATIQUE MODELABLE

Titre 1 : Les choix rédactionnels permissifs du législateur

Chapitre 1 : Des origines entremêlées

Chapitre 2 : Un domaine indéfini

Titre 2 : L’empreinte du juge sur des notions plastiques

Chapitre 1 : Une définition prétorienne de la relation établie

Chapitre 2 : Les conceptions prétoriennes de la brutalité de la rupture

SECONDE PARTIE : UNE PRATIQUE DÉFORMÉE

Titre 1 : Des victimes exagérément protégées

Chapitre 1 : Les préavis suffisants inatteignables

Chapitre 2 : La réparation dispendieuse du préavis insuffisant

Titre 2 : Une protection insuffisante du marché

Chapitre 1 : La reconversion ignorée

Chapitre 2 : Le péril de l’internationalisation

Conclusion générale

Annexes

INTRODUCTION

1. Les bienfaits et les méfaits de la loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales¹. À la séance du 21 mars 1996, Monsieur le député Jean-Pierre Philibert interpelle le Ministre délégué, Monsieur Yves Galland, auprès du ministre de l'Économie et des Finances², sur l'intention louable du projet de loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, mais aussi sur les conséquences pernicieuses qu'il est susceptible de renfermer :

« Monsieur le ministre, on ne peut que souscrire aux objectifs poursuivis par le texte : améliorer la transparence des factures, renforcer la répression de la revente à perte, véritable fléau économique, dissuader toutes sortes d'abus tels que le chantage au déréférencement, la rupture brutale des relations commerciales qui asphyxie les PME, les prix abusivement bas qui déstabilisent une filière de production et nuisent au petit commerce. Mais ses dispositions sont rédigées de telle sorte que certains effets pervers risquent de l'emporter sur les bonnes intentions et que les seuls véritables bénéficiaires du nouveau texte pourraient être, paradoxalement, les avocats. On peut se demander s'il n'eût pas mieux valu suivre les recommandations du rapport Villain : soit abroger la quasi-totalité du titre IV, soit s'en tenir, pour quelques années encore, au statu quo. Je ne résiste d'ailleurs pas, monsieur le ministre, au plaisir de vous livrer la réflexion d'un haut fonctionnaire de cette maison : finalement, on aurait pu remplacer ce texte par un article unique : « Il est interdit aux loups de dévorer les agneaux. La qualité de loup et d'agneau sera appréciée par le conseil de la concurrence ». (Sourires)³ ».

Au moment de légiférer, un constat a été dressé : *« des dysfonctionnements sont apparus au fil des années, notamment dans les relations entre les producteurs, les distributeurs et les consommateurs⁴ »*. Ils ont pris corps dans certaines des pratiques dénoncées dans l'intervention du député. Ils ont été rattachés à l'avènement de la grande distribution, entraînant celui de la puissance d'achat. Ce nouveau mode de distribution s'est diffusé au sortir de la seconde guerre mondiale, durant la Reconstruction, un contexte qui a été propice à son essor. Construit à partir d'un modèle existant, il a été adapté, jusqu'à devenir sur-mesure. Il a combiné plusieurs principes, différentes méthodes, diverses organisations, tous ayant impliqué de mettre en œuvre certaines pratiques. Parmi elles, il est possible de trouver celle que l'on se propose d'étudier : la rupture

¹ L. n°96-588 du 1^{er} juill. 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, JORF du 03 juill. 1996, p. 9983, dite « Loi Galland ».

² Monsieur J. ARTHUIS.

³ AN, séance du 21 mars 1996, 1^{ère} séance.

⁴ AN, séance du 20 mars 1996, 2^e séance.

brutale des relations commerciales établies. Les vicissitudes dans son encadrement (§1) ont engendré une pluralité et une diversité de problèmes, qui n'ont été que partiellement traités (§2).

§1. Les vicissitudes dans l'encadrement des ruptures brutales

2. 1996-2022. Près de trois décennies après avoir été édictées, les dispositions de la rupture brutale des relations commerciales établies ont été modifiées à plusieurs reprises. Elles relèvent d'une matière où l'agitation règne. Ne sont-elles plus que le pâle reflet de ce qu'elles étaient ? Alors même qu'elles renvoyaient déjà une image des plus brouillées du secteur dans lequel elles étaient censées être appliquées. Pour dissiper ces premières zones d'ombre, on retrace leur chronologie, depuis qu'elles ont été détachées de leur secteur d'activité d'origine (A), sont entrées dans le code de commerce (B) et ont donné lieu à une copieuse application (C) à laquelle une énième modification (D) propose de remédier.

A. Des dispositions détachées de leur secteur d'origine

3. 1996, des dispositions détachées de la grande distribution. À l'origine, l'encadrement des ruptures brutales de relations commerciales établies est rattaché aux déréférencements, eux-mêmes rattachés au secteur de la grande distribution. On peut les considérer comme l'épiphénomène d'un phénomène. En retraçant ce dernier, dans ses traits les plus saillants, on pourra apprécier l'encadrement des déréférencements proposé par le législateur.

4. L'application d'un modèle issu du fordisme. La grande distribution s'est accomplie sur un modèle économique propre : le *discount*, mais qui serait l'application d'un modèle économique existant : le fordisme⁵. Elle en reprend les marqueurs : la standardisation et la rationalisation, concernant respectivement les produits et les approvisionnements. Mais ce qui est propre au

⁵ Ph. MOATI, Vers la fin de la grande distribution ?, Revue Française de Socio-Économie 2016/1, n°16, pp. 99-118. DOI : 10.3917/rfse.016.0099, spéc. p.101, « *Son modèle économique, le « discount », est fondamentalement fordien. En favorisant une réduction drastique des coûts de distribution, son déploiement à grande échelle a largement contribué à la démocratisation de l'accès à la société de consommation. La proposition de valeur, centrée sur le prix bas, a été son arme de conquête face aux formes qui dominaient jusque-là le commerce. Elle se nourrit d'un taux de marge brute comparativement faible, reposant sur un back office mettant en œuvre les leviers d'efficacité alors de mise dans l'industrie : exploitation des effets de dimension à tous les niveaux (magasins, réseaux), substitution du capital au travail, déqualification de la main d'œuvre... Jusqu'au modèle de rentabilité où la faiblesse du taux de marge nette est compensée par une accélération de la vitesse de rotation du capital autorisant une très forte rentabilité des capitaux investis, et ce d'autant plus que les capitaux propres sont minimisés par la ressource en fonds de roulement découlant de l'optimisation de la gestion des stocks et de la pression sur les délais de paiement des fournisseurs* ».

secteur est la création de structures intermédiaires, grâce auxquelles le pouvoir de négociation des distributeurs s'est considérablement accru.

5. Des produits standardisés. Selon Philippe Moati, « *la grande distribution a inventé une distribution de masse, chaînon manquant entre la production de masse et la consommation de masse*⁶ ». Ce système de production va de pair avec la standardisation. L'accroissement des volumes produits a abouti à devoir distribuer en profusion. La Reconstruction et les Trente Glorieuses s'y sont prêtées et la grande distribution a participé à ce qui a été reconnu depuis lors comme une « *Révolution commerciale*⁷ ». L'économiste Alfred Sauvy a résumé le tandem production et distribution de masse en ayant indiqué qu'« *on ne saurait vendre au compte-goutte ce qu'on produit en série*⁸ ». À travers ses mots, on perçoit le changement d'envergure. Il est perceptible eu égard à bien des aspects de la grande distribution, à commencer par la massification de ses approvisionnements.

6. Des approvisionnements massifiés. La rationalisation fordienne, appliquée à la grande distribution, peut se concevoir concrètement dans ce qu'il est possible de désigner comme « *l'économie du volume* ». L'acquisition d'importants volumes a donné lieu à des négociations pour l'obtention de remises. Plus les volumes acquis par le distributeur étaient importants, plus son pouvoir de négociation est devenu important. Et ces volumes ont été d'autant plus considérables que les distributeurs ont regroupé leurs achats, au sein de structures dédiées. Les remises obtenues leur ont ainsi permis d'abaisser les prix de vente. Certains produits, dits d'appel, avaient une marge très faible pour appâter les consommateurs, nombreux à fouler les nouvelles grandes surfaces. Les autres produits avaient tous en commun d'être vendus avec des marges faibles. Par l'accroissement du volume de marge, et non du taux de marge⁹, les profits dégagés ont ainsi augmentés. Les fournisseurs ont également négocié des délais de paiement, tels que « *les marchandises [étaient] vendues aux consommateurs avant qu'elles [n'aient été] payées aux fournisseurs*¹⁰ ». Cela leur a permis de générer une trésorerie abondante « *suppléant l'insuffisance de fonds propres dans le financement de l'investissement*¹¹ ». Tel qu'on l'a succinctement décrit,

⁶ Ph. MOATI, *ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ J.-C., DAUMAS, L'invention des usines à vendre. Carrefour et la révolution de l'hypermarché, Réseaux 2006/1-2, pp. 59-91, spéc. p. 65. [Préface d'Alfred Sauvy à Eugène Thil, *Combat pour la distribution*, Paris, Arthaud, 1964, p. 8.]

⁹ E. CHADEAU, Entre familles et managers, les grandes firmes de commerce de détail en France depuis 1945, in J.-P. BARRIÈRE (dir.), M. DE FERRIÈRE (dir.), *Aéronautique, Marchés, Entreprises : Mélanges en mémoire d'Emmanuel Chadeau* (présentation, édition et recueil d'articles d'Emmanuel Chadeau et d'historiens, témoignages, bibliographie), nouvelle édition [en ligne], Lille : Publications de l'Institut de recherches historiques du Septentrion, 2004, <http://books.openedition.org/irhis/2930>, consulté le mer. 31 août 2022, spéc. 22.

¹⁰ J.-C., DAUMAS, *ibid.*, spéc. p. 83.

¹¹ *Ibid.*

le modèle de la grande distribution résulte d'une combinaison de méthodes, importées¹², hybrides¹³ et d'un contexte historique porteur¹⁴. Tous ces éléments importent, mais celui à retenir prioritairement est la création des structures intermédiaires, car, avant même que de subir un déréférencement, le fournisseur doit au préalable avoir été référencé par elles.

7. Des structures intermédiaires dédiées. La distribution est une activité intermédiaire et d'intermédiaire¹⁵. En tant qu'activité, elle se situe entre la production et la consommation. La grande distribution occupe cette strate intermédiaire et elle en a aussi fait une activité spécifique. L'entrée dans la production de masse s'est accompagnée du besoin de recenser tous les produits qui pouvaient être proposés à la vente. Il s'est accru à mesure que les sources d'approvisionnements ont été diversifiées et mondialisées. Ce recensement ne pouvait pas revenir isolément à chaque distributeur. Cette tâche, trop lourde pour l'un, a été confiée à une structure dédiée, qui a rassemblé plusieurs. Elle était alors en charge d'une liste de références. Elle négociait avec les fournisseurs pour y faire figurer des produits, et surtout les conditions auxquelles ils pouvaient être obtenus, pour ensuite être distribués. Sans qu'il ne soit déjà besoin de préciser les différents types de liens unissant les distributeurs à leurs structures, en fonction des formes que celles-ci pouvaient prendre, ce qui est essentiel est la mission d'approvisionnement des structures envers les distributeurs. En étant rassemblés, leur pouvoir de négociation s'est décuplé. L'effet de volume recherché a été atteint, mais il ne peut être effectif qu'une fois des produits référencés. Du côté des fournisseurs, ils y ont certainement vu l'opportunité d'écouler leurs produits en nombre et l'ont saisie. Ce système s'est progressivement mis en place, et plus les grandes surfaces étaient nombreuses à s'implanter, plus le choix des fournisseurs a été conforté. Mais cela ne s'est pas fait sans heurts. Les distributeurs ont affûté leurs armes : les négociations se sont durcies. Ils ont employé des moyens de pression : globalement, c'est le déréférencement,

¹² A. CHATRIOT, M.-E. CHESSEL, *ibid.*, spéc. pp. 72-76 : « *Des magasins à prix uniques aux supermarchés : l'influence des États-Unis* ».

¹³ J.-C., DAUMAS, *ibid.*, spéc. p. 66 et *infra*.

¹⁴ J.-C., DAUMAS, *Consommation de masse et grande distribution. Une révolution permanente (1957-2005), Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 2006/3 (n°91), pp. 57-76. DOI : 10.3917/ving.091.76, spéc. pp. 58-59, « *Progrès de l'urbanisation, salarisation croissante, développement du travail des femmes, élévation du revenu national réel moyen par tête, doublement du budget annuel moyen du consommateur entre 1950 et 1968, recul des dépenses d'alimentation, progression de l'équipement des ménages en réfrigérateurs et automobiles, autant de mutations des modes de vie des Français pendant les Trente Glorieuses ; elles sont à l'origine de l'émergence d'une « norme de consommation » favorable au développement de la consommation de masse, dont témoigne l'évolution de l'indice des prix de l'Insee qui passe de 34 articles en 1946 à 295 en 1970* ».

¹⁵ J. BEAUCHARD, *Droit de la distribution et de la consommation*, 1^{ère} éd., oct. 1996, PUF, Thémis, Droit privé, 420 p., disponible sur Gallica, spéc. p. 21 : « *La théorie économique distingue les activités de production, distribution et consommation, mises en lumière par J.-B. Say. La consommation est l'aboutissement et la finalité du processus économique visant à la satisfaction des besoins ; l'acte de consommation épuise le produit ; il est, comme le disait J.-B. Say, destructeur d'utilité (consummare, en latin signifie achever) ; mais il est la conséquence des deux autres : pour consommer il faut d'abord produire et ensuite distribuer. Chacune de ces activités correspond à de multiples tâches matérielles : concevoir, fabriquer, transporter, conditionner, stocker, répartir, qui toutes n'intéressent pas directement le Droit. L'objet du Droit, ce sont les relations entre les hommes. La distribution et la consommation, sont essentiellement des activités d'échange qui sont nécessairement juridiques. La distribution recouvre toutes les opérations d'acheminement des produits du producteur au consommateur (...), c'est une activité d'intermédiaire. Le droit de la distribution a pour objet d'étude l'ensemble de ces relations, le plus souvent contractuelles, qui se nouent entre ces intermédiaires à cette occasion* ».

mais il se décline. Il peut être total et se traduit alors par le retrait de l'ensemble des produits du fournisseur. Ils ne figurent plus sur la liste établie par la centrale. Les distributeurs ne peuvent donc plus en acquérir. Et très concrètement, les produits sont retirés des rayons. Mais le déréférencement peut aussi seulement en concerner certains. Le fournisseur développe des gammes de produits, à des prix différents, pour atteindre différentes catégories de clients. La marge du fournisseur peut être plus grande sur les produits dont le prix est plus élevé par rapport à celle, moindre, dégagée sur ceux ayant un prix plus faible. On comprend dès lors que la marge totale du fournisseur sera atteinte à condition que tous ses produits soient proposés à la vente. Si le distributeur décide d'en retirer certains¹⁶, le fournisseur va se retrouver en difficulté. La centrale le place ainsi pour le faire plier. Les fournisseurs sont ainsi pris en étau par des distributeurs dont ils ne peuvent plus se passer, pour l'écoulement de leurs produits, mais dont ils subissent les hostilités. Dans ce contexte, l'encadrement des pratiques s'est fait plus pressant. À la lecture des travaux préparatoires de la Loi Galland, le secteur a été scruté avec attention : une définition du déréférencement, ainsi qu'un exemple, ont été proposés.

8. Étude de travaux préparatoires. D'après le rapport Charié¹⁷, le déréférencement « *constitue une résiliation, par la centrale d'achat ou de référencement, du contrat la liant à un fournisseur en cours de son exécution. Le déréférencement peut porter sur un seul des produits vendus par le fournisseur dans le cadre du contrat de référencement*¹⁸ ». Cette définition rassemble ses éléments caractéristiques : l'auteur est une centrale, la victime est un fournisseur et le déréférencement peut être seulement partiel. Elle ajoute un contrat, entre la centrale et le fournisseur, lequel n'apparaît pas dans l'exemple pris.

L'exemple concerne un « (...) un groupement d'indépendants [qui] a pris pour habitude d'accorder de nombreux référencements en fin d'année afin d'encaisser des remises pour consolider ses comptes annuels, puis de déréférencer les entreprises au bout de trois ou quatre mois en début d'année suivante. L'avantage financier perçu n'est bien sûr pas remboursé car le référencement n'est pas un engagement portant sur une durée¹⁹ ». Dans ce cas de figure, on retrouve l'auteur de

¹⁶ Si les déréférencements concernent les produits au prix le moins élevés, les produits à un prix plus élevé restent en rayon, mais du fait de leur prix, ils ne s'adressent pas à tous les consommateurs et leurs ventes restent limitées, de telle façon à ce que cela ne puisse pas venir combler le manque à gagner entraîné par le retrait des premiers. À l'inverse, si les déréférencements concernent les produits au prix le plus élevés, les produits à un prix moins élevé restent en rayon, mais il faudrait qu'ils soient vendus en quantités plus importantes pour combler le manque à gagner entraîné par le retrait des produits au prix plus élevé. Cependant ils sont en concurrence avec autres produits du même segment, et présentés dans le même rayon. Or les linéaires ne sont pas extensibles et les produits encore référencés ne pourront être présentés en plus grand nombre en rayon. En outre, les consommateurs ne vont pas automatiquement se détourner des autres produits qu'ils ont l'habitude d'acheter pour en acheter un autre, même s'il est proposé à un prix comparable à celui qu'ils déboursent pour acheter la marque concurrente.

¹⁷ Rapp. fait au nom de la Commission de la Production et des Échanges, n°2595, 06 mars 1996, désigné ci-après comme le « *Rapport Charié* ».

¹⁸ *Ibid.*, spéc. pp. 178-179.

¹⁹ Rapport Charié, *ibid.*, spéc. p. 179.

la pratique, visé à travers le « *groupement* », et les fournisseurs qui la subissent, rassemblés dans une catégorie plus large : « *les entreprises* ». L'objectif poursuivi s'inscrit dans la consolidation de comptes annuels et cela atteste d'être en présence d'un groupe de sociétés. C'est une opération comptable à visée informationnelle²⁰. Elle supplée une lacune d'ordre juridico-comptable car en l'absence de droit des groupes, la connaissance de l'état financier d'un groupe de sociétés n'est pas atteinte par l'étude de tous les états financiers des sociétés liées²¹. L'enchaînement des référencements et des déréférencements a donc eu lieu au niveau d'un groupe de sociétés. Cela ne semble toutefois pas correspondre à toutes les organisations des distributeurs : certaines étant présentées comme des groupes intégrés²², et d'autres comme un mouvement de commerçants indépendants²³. Par contre, cet exemple met en exergue l'enjeu financier liés aux des référencements. Ils ont été accordés avant la clôture des comptes annuels, avant donc que ces derniers aient été consolidés, et ce, afin de permettre aux regroupements d'encaisser des remises, de les faire figurer à l'actif du bilan des comptes consolidés, envoyant le message d'une bonne santé financière, contrebalançant l'insuffisance de fonds propres dans le financement de l'investissement, inhérente au modèle de la grande distribution (*supra*). Le rapport Charié assoit les éléments caractéristiques du déréférencement et en apporte d'autres, en a-t-il été tenu compte lors de l'adoption du texte ?

9. La lettre de la loi. La loi du 1^{er} juillet 1996 modifie l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 en ces termes :

« Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan : (...) 5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte des relations commerciales antérieures ou des usages reconnus par des accords interprofessionnels. Les dispositions précédentes ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou de force majeure ».

Le législateur a fait le choix d'une terminologie généraliste. À première lecture, ce qui déconcerte est l'absence de rattachement direct à la grande distribution. Aucun des termes ne le permet. C'est presque à en faire douter que cet article est consacré aux déréférencements. En relisant, il y est fait indirectement référence dans l'indication « *même partiellement* ». La doctrine a confirmé qu'il

²⁰ T. LE THANH, Comptes consolidés et comptes sociaux : analyse des effets informationnels sur le marché financier, Thèse, Paris 9, 1995, spéc. p. 6.

²¹ *Ibid.*, pp. 83-84.

²² Rapport Charié, *ibid.*, spéc. p. 177, à propos de Carrefour : « Carrefour est un groupe intégré. Ce sont donc des entités internes à la société qui sont chargées du référencement ».

²³ *Ibid.* à propos de Système U : « *Système U est un mouvement de commerçants indépendants associés au travers de cinq centrales régionales qui sont des sociétés anonymes coopératives à capital variable* ».

s'agissait du texte de la lutte contre les déréférencements, mais en se retenant parfois d'établir une correspondance franche, en passant plutôt par l'objet²⁴, ou par déduction (si les menaces de déréférencement ressortent de l'article 36-4, les déréférencements relèvent de l'article 36-5²⁵). Si une certaine perplexité est palpable, elle revient pour partie aux termes généralistes employés. Ils commandent d'abord une certaine réciprocité, à laquelle il n'était pas évident de s'attendre après avoir pris connaissance du rapport de force en faveur des distributeurs. Selon le texte, l'auteur peut indifféremment être « *tout producteur, commerçant, industriel ou artisan* ». Fournisseur et distributeur étant tous les deux des commerçants, il n'est donc pas permis d'engager seulement la responsabilité du distributeur ; d'autant que rien n'est indiqué qui permette d'identifier la victime. Elle et l'auteur seraient dans « *une relation commerciale établie* ». Ils ne seraient donc pas liés par un contrat (?). L'expression est formée à partir de termes issus du vocabulaire courant et non à proprement parler juridique. Le triptyque a un pouvoir évocatoire en ce qu'il permet de faire apparaître à celui qui l'appréhende différentes conceptions d'une relation commerciale qu'il considérerait comme établie : des entreprises dont il sait qu'elles traitent ensemble depuis longtemps, des entreprises partenaires dans la réalisation d'un projet commun, des entreprises liées par des accords de coopération, des licenciés à qui le droit d'exploiter un titre de propriété industrielle a été concédé contre redevance, etc. Plus on se représente ce que peut être une relation commerciale établie, plus on remarque s'éloigner de la relation entre fournisseurs et distributeurs. C'est le problème en l'absence de définition et il a été cerné très tôt. Les explications contextuelles sont indispensables pour comprendre le déréférencement mais elles sont en même temps insuffisantes pour connaître l'application du texte de loi²⁶. En définitive, ce sont les mots du législateur qui vont conditionner l'application des dispositions²⁷. Cinq années seulement après avoir été ainsi rédigé, le texte a été complété par la loi relative aux nouvelles régulations économiques. L'un des ajouts le rattache à son secteur d'activité d'origine.

10. 2001, des dispositions en partie rattachées à leur secteur d'activité d'origine. La loi relative aux nouvelles régulations économiques ajoute au cinquièmement :

« Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan : 5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation

²⁴ Le Lamy Droit Économique, 1997, spéc. 1062 : « *Comme la menace de rupture abusive (voir no1057), ce délit de rupture abusive s'applique aussi bien aux fournisseurs qu'aux distributeurs, encore qu'il ait principalement pour objet de lutter contre les pratiques abusives de déréférencement commises par ces derniers* ».

²⁵ H. DEWOLF, Réflexions sur le déréférencement abusif, LPA n°17 du 02 fév. 1997, p. 13.

²⁶ J. BEAUCHARD, Stabilisation des relations commerciales : la rupture des relations commerciales continues, LPA n°2 05 janv. 1998, p. 14 : « (...) *l'explication économique du texte, indispensable pour le comprendre et le situer, ne suffit pas. L'article 36-5 est un texte de loi dont le sens et l'application sont commandés par les mots employés par le législateur. Cela nécessite et doit éclairer une analyse littérale du texte qui révèle bien des incertitudes* ».

²⁷ *Ibid.*

commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure ».

L'ajout propre au secteur de la grande distribution concerne la relation portant sur la fourniture de produits sous marque de distributeur. Elle lie un distributeur à un fournisseur, ce dernier étant lié au premier qui a établi un cahier des charges, conformément auquel les produits sont fabriqués. « *Le législateur a estimé que, dans ce cas, le producteur est plus vulnérable*²⁸ ». Hormis cette insertion rattachant le cinquièmement au secteur de la grande distribution, les autres ne l'y ancrent pas. Au moment même des commentaires livrés sur la loi NRE, l'observation a été faite de l'insuccès²⁹, du succès mitigé³⁰, des différentes dispositions prises pour moraliser les pratiques commerciales quand celles relatives à la rupture brutale semblent s'être détachées du lot. Mais l'apparence est trompeuse car son succès est « *dû à la généralité de ses termes qui permet son utilisation en dehors des relations producteurs-distributeurs pour lequel il avait été créé*³¹ ». Les premiers bilans jurisprudentiels en attestent, et avant de le voir, on poursuit la chronologie des dispositions avec leur entrée dans le Code de commerce, lors de la codification.

B. Une entrée problématique dans le code de commerce en termes de légistique

11. 2000, une codification à droit constant. La loi du 16 décembre 1999 a habilité le Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes³². Le code de commerce figure parmi eux³³. Moins d'un an après, l'ordonnance contenant

²⁸ P. ARHEL, Nouvelles règles relatives aux comportements restrictifs de concurrence, CCC n°11, nov. 2001, chron. 17.

²⁹ L. ARCELIN, Pratiques commerciales et concentrations économiques : les apports de la loi NRE, CCC n°11, nov. 2001, chron. 18.

³⁰ D. MAINGUY, L'esprit et la lettre du nouvel article L. 442-6 du Code de commerce, JCP E n°48, 28 nov. 2002, 1729.

³¹ *Ibid.*

³² L. n°99-1071 du 16 décembre 1999 portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie Législative de certains codes, JORF n°296 du 22 déc. 1999, texte n°1.

³³ *Ibid.*, art. 1 : « *Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à procéder, par ordonnances à l'adoption de la partie législative des codes suivants : 1° Livres VII et IX et mise à jour des livres Ier, II, III, IV, V, VI et VIII du code rural ; 2° Code de l'éducation ; 3° Code de la santé publique ; 4° Code de commerce ; 5° Code de l'environnement ; 6° Code de justice administrative ; 7° Code de la route ; 8° Code de l'action sociale ; 9° Code monétaire et financier. Chaque*

sa partie législative est publiée³⁴. Le rapport au Président de la République³⁵ qui l'accompagne rappelle le contexte dans lequel elle s'inscrit. Après la décodification, correspondant au développement de textes hors du Code de commerce, ceux-là y ont été rassemblés³⁶. Il compte neuf livres. Le livre quatrième regroupe l'ensemble des dispositions relatives aux prix et à la concurrence. Il est subdivisé en titres et la rupture brutale des relations commerciales établies a été insérée à l'article L. 442-6, I-4°, relevant du titre IV, intitulé « *De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées* ». Cet article a été modifié dès l'année suivante par la loi NRE. À cette occasion, il a changé de numérotation. C'était un cinquièmement dans la loi Galland, un quatrième quand la codification a eu lieu et qui est redevenu un cinquièmement avec la loi NRE. Cette numérotation a donné lieu à un problème spécifique de légistique. Elle a posé certaines difficultés d'écriture. On s'en rend compte à l'aide des différentes formes qu'il est possible de recenser. On les présente les unes à la suite des autres, sous forme de liste, afin de mieux faire apparaître les différences³⁷. On les a recensées dans les listes suivantes, la première regroupe les différentes écritures utilisées en doctrine, et la seconde, celles relevées en jurisprudence, qu'elles soient le fait des juges ou des parties.

code fait l'objet d'une ordonnance. Il regroupe et organise les dispositions législatives relatives à la matière correspondante. Les dispositions codifiées sont celles en vigueur au moment de la publication des ordonnances, sous la seule réserve des modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés et harmoniser l'état du droit. En outre, le Gouvernement peut, le cas échéant, étendre l'application des dispositions codifiées à la Nouvelle-Calédonie, aux territoires d'outre-mer, à la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon et à la collectivité territoriale de Mayotte, avec les adaptations nécessaires ».

³⁴ Ord. n°2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce, JORF n°0219 du 21 sept. 2000, texte n°22.

³⁵ Rapport au Président de la République du 18 septembre 2000 relatif à l'ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du code de commerce, JORF n°219 du 21 sept. 2000.

³⁶ *Ibid.* : « La présente ordonnance est prise en application de la loi no 99-1071 du 16 décembre 1999 portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie Législative de certains codes. L'article 1er de ce texte mentionne en effet le code de commerce et prévoit, comme pour l'ensemble des codes compris dans le champ de cette loi d'habilitation, qu'il « regroupe et organise les dispositions législatives relatives à la matière correspondante ». Tel est l'objet de l'annexe à l'ordonnance ci-jointe qui procède à une refonte globale de l'ancien code de commerce et rassemble, dans un nouveau code, les nombreuses dispositions qui, quoique relevant de la législation commerciale, étaient disséminées dans une multitude de textes épars. Le code de commerce en effet, alors qu'il comprenait lors de sa promulgation par la loi du 15 septembre 1807 six cent quarante-huit articles et rassemblait l'ensemble des dispositions applicables au commerce et au commerçant, s'est peu à peu vidé d'une grande partie de sa substance pour n'en compter plus aujourd'hui que cent cinquante environ. Cette situation, à laquelle la présente ordonnance entend mettre fin, est le fruit d'un processus ancien et constant de « décodification » du droit commercial, dont des pans entiers ont été, au fil des ans, détachés du code de commerce. Tel est, par exemple, le cas du droit des sociétés (...). Des matières nouvelles, par ailleurs, donnèrent lieu, non à des compléments apportés au code d'origine, mais à des législations autonomes. C'est ainsi que le régime juridique du fonds de commerce fut fixé par les lois de 1909 (loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce) et de 1935 (loi du 29 juin 1935 relative au règlement du prix de vente des fonds de commerce) sans être jamais codifié. Il en alla de même, par exemple, du bail commercial, objet depuis 1953 d'une réglementation spécifique (décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal), ou du droit de la concurrence, dont la substance figure dans l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence ».

³⁷ Les sources dont elles sont issues sont précisées pour chacune, sans prétendre à aucune exhaustivité, elles sont fournies à titre illustratif. Les numéros renvoyant aux notes de bas de pages sont exceptionnellement espacées à des fins de lisibilité.

– L. 442-6-I-5°	38
– L. 442-6, I, 5°	39
– L. 442-6, I, 5	40
– L. 442-6-I, 5°	41
– L. 442-6-I (5°)	42
– L. 442-6, 5°	43
– L. 442-6 I 5°	44
– L 442-6. I.5°	45
– L. 442-6-I 5°	46
– L 442-6 par. 5	47
– L 442-6 1	48
– L. 442-6-5°	49
– L. 442-6 5°	50

³⁸ L. IDOT, La deuxième partie de la loi « NRE » ou la réforme du droit français de la concurrence, JCP G n°36, 05 sept. 2001, doctr. 343. M. PÉDAMON, Sanction de la rupture brutale d'une relation commerciale établie, JCP E n°47, 22 nov. 2001, p. 1861.

³⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, Réduction des commandes et rupture partielle des relations commerciales, RDC n°2, avr. 2005, p. 392. D. MAZEAUD, Durées et ruptures, RDC n°1, janv. 2004, p. 129, spéc. 31. J. MESTRE, B. FAGES, De l'impossibilité pour une association de se prévaloir de la rupture brutale d'une relation commerciale établie, RTD Civ. 2004, p. 90.

⁴⁰ E. CHEVRIER, Rupture brutale d'une relation commerciale internationale établie et tribunal compétent, Dalloz actualité 23 mars 2007, dans le résumé : « article L. 442-6-1-5 du Code de commerce », dans le corps de l'article : « article L. 442-6, I, 5, du code de commerce »).

⁴¹ D. FERRIER, La rupture brutale des relations commerciales est condamnable en elle-même, D. 2003, p. 2432. P. ARHEL, Modernisation du droit français de la concurrence, JCP E n°23, 07 juin 2001, p. 938, spéc. 24.

⁴² CEPC, Avis n°04-04 concernant certaines clauses contenues dans des conditions d'achat : « (...) il est prévu que le fournisseur renonce à toute réparation au cas de rupture des relations commerciales à l'initiative du distributeur. Cette stipulation écarte le jeu normal de l'article L. 442-6-I (5o) du code de commerce aux termes duquel est condamnable le fait « de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie sans préavis écrit... ».

⁴³ N. DORANDEU, Rupture abusive des relations commerciales, D. 2004, p. 1159. E. CLAUDEL, Abus de dépendance économique : la notion gagne du terrain mais révèle sa « part d'empirisme et d'incertitude », RTD Com. 2004, p. 464.

⁴⁴ Cass. com., 15 sept. 2015, n°14-17.964, J.-D. n°2015-020507.

⁴⁵ CA Versailles, 12^e ch., sect. 2, 15 janv. 2004, n°01/07560, J.-D. n°2003-256237, arrêt consulté dans sa version originale (scannée) grâce à la fonctionnalité « visualiser la décision complète » disponible sur le site de l'éditeur juridique Lexis 360.

⁴⁶ CA Nîmes, 2^e ch., sect. B-Commerciale, 15 sept. 2005, n°03/00560, J.-D. n°2005-295034 : « Attendu que Maître Marc ANDRE concluant en sa qualité de liquidateur à la liquidation judiciaire de la SOCIÉTÉ D'EXPLOITATION CHOUETT BUREAU fonde en droit sa demande d'indemnisation sur les dispositions de l'article L. 442-6-I 5° du Code de commerce ». Cet arrêt peut aussi être visualisé.

⁴⁷ T. com. Paris, 3^e ch., 03 nov. 2004, RG n°2003077673, J.-D. n°2004-259903 : « En application des termes de l'article L 442-6 par. 5 du Code de commerce, le caractère brutal et donc fautif de la rupture par MONEGASQUE DES ONDES de ses relations commerciales avec elle, est établi ». Ce jugement peut être visualisé.

⁴⁸ T. com. Paris, 10^e ch., 1^{er} juill. 2005, RG n°2004016674, J.-D. n°2005-288920 : « La Sté TGT Elysées expose : qu'en application de l'article L 442-6 1 du code de commerce la Sté Ittierre a engagé sa responsabilité en donnant un délai de préavis insuffisant pour une rupture des relations commerciales, rupture qui revêt un caractère abusif ; elle sera donc tenue de réparer le préjudice causé par son fait ». Ce jugement peut être visualisé.

⁴⁹ CA Paris, 5^e ch., sect. A, 04 juin 2003, n°2001/17611, J.-D. n°2003-217831 : « (...) la société d'édition Editions Générales First l'a assignée le 9 juillet 1999 aux fins de voir constater la rupture brutale de leurs relations contractuelles au visa de l'article 36.5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 devenu l'article L. 442-6-5° du Code de commerce ». Cet arrêt peut aussi être visualisé.

⁵⁰ CA Lyon, 3^e ch. civ., 24 nov. 2005, n°03/07218, J.-D. n°2005-288908 : « Attendu en conséquence que la responsabilité de la société DALKIA apparaît engagée sur le fondement de l'article L. 442-6 5° du code de commerce, disposition applicable également lorsque la relation commerciale porte sur des prestations de services ». Cet arrêt peut être visualisé.

La succession de chiffres arabes, et l'incursion d'un chiffre romain, ont pu donner lieu à l'omission de ce dernier ou de certains autres. En ne reprenant que les écritures avec la numérotation complète, on en compte tout de même huit différentes, dans des alternances de tirets, de virgules et de points. Si ce problème relevé est sans doute le plus anecdotique de tous, il n'en sous-tend pas moins un problème dans la façon dont la loi est faite, faite de vicissitudes en l'occurrence, surtout quand on sait que l'article L. 442-6 a compté jusqu'à « *treize cas d'engagement de la responsabilité civile*⁵¹ ». La matière des pratiques restrictives de concurrence a été maintes fois modifiées et les dispositions de la rupture brutale des relations commerciales établies aussi. Pourtant il est un noyau dur, inchangé, qui a suscité un abondant contentieux.

C. La massification d'un contentieux confié à des juridictions spécialisées

12. Le bilan d'une juge en chambre spécialisée en rupture brutale. En 2015, Madame Nadine Gile, président de chambre honoraire au tribunal de commerce de Paris, a dénoncé « *les dégâts collatéraux causés aux entreprises françaises* », après avoir observé l'augmentation croissante du nombre de contentieux en la matière. En ayant passé trois années en chambre spécialisée, elle a observé que cette juridiction « *draine toujours plus de procédures avec plus de 300 jugements au fond par an*⁵² » ; une croissance aussi remarquable par la Professeure Chagny, évoquant le « *succès contentieux de la règle appréhendant la rupture brutale des relations commerciales établies*⁵³ », entre 2006 et 2016. C'est durant cette décennie que le principe de spécialisation des juridictions a été instauré : en 2008, par la loi de modernisation de l'économie⁵⁴. La spécialisation des juridictions sera abordée, mais en laissant de côté l'aspect disciplinaire du contentieux auquel elle a donné lieu⁵⁵, pour davantage se concentrer sur les problèmes relevés au fond, qui ont été tels que la Cour d'appel de Paris a publié plusieurs fiches méthodologiques afin de mieux les résoudre.

⁵¹ M. CHAGNY, L'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations, D. 2011, 392, « En dépit de la réécriture partielle à laquelle la loi du 15 mai 2001 a procédé, cette interprétation sclérosante ne s'est pas démentie, tandis que les lois postérieures, tirant les conséquences de cet échec, procédaient à un enrichissement constant de l'article L. 442-6 du code de commerce, aujourd'hui gros de treize cas d'engagement de la responsabilité civile et de cinq cas de nullité de plein droit ».

⁵² N. GILE, *ibid.* : « Depuis 2012, le nombre de contentieux en matière de rupture brutale ne cesse d'augmenter au tribunal de commerce de Paris, alors même que les procédures de contentieux général sont en baisse ; la chambre spécialisée, chargée à 100% avec les ruptures brutales, les ruptures abusives de contrat et les ruptures de pourparlers précontractuels, draine toujours plus de procédures, avec plus de 300 jugements au fond par an ».

⁵³ C. CHAGNY, Dix ans de droit de la concurrence : Rétrospectives et perspectives, rapport introductif, CCC n°6, juin 2016, dossier 11, spéc. 9.

⁵⁴ C.-A. MAETZ, Rupture brutale de relations commerciales établies, JCI Concurrence – consommation, fasc. 300, maj sept. 2019, spéc. 66. L. n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JORF n°0181 du 05 août 2008. D. n°2009-1384 du 11 nov. 2009 relatif à la spécialisation des juridictions en matière de contestations de nationalité et de pratiques restrictives de concurrence, JORF n°0265 du 15 nov. 2009.

⁵⁵ G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, Déséquilibre significatif, in É. SAVAUX (dir), Rép. de droit commercial, Dalloz, janv. 2022, spéc. 176.

13. Un « effet d'aubaine ». Madame Gile l'a dénoncé en ces termes : « *Les montants réclamés devant le juge explosent eux aussi. Au début des années 2010, rares étaient les sociétés françaises qui engageaient des contentieux sur la base de la nouvelle loi. En 2013 et 2014, le tout-venant se situe dans la catégorie des 300 K€ à 900K€, et les sociétés prétendant subir un préjudice supérieur à 5 M€ et allant jusqu'à plus de 100M€ se comptent par dizaine. Certains avocats profitent de ce nouveau créneau et incitent leurs clients à introduire des procédures, montant parfois de toutes pièces un dossier contentieux en refaisant l'histoire a posteriori pour profiter de l'effet d'aubaine* ». « *Les cabinets d'avocats qui occupent désormais le terrain sont des cabinets d'affaires plus importants. Ils disposent parfois d'une équipe « dédiée », qui génère un substantiel chiffre d'affaires (...)* ». Cet « effet d'aubaine » a ultérieurement été repris par la doctrine. Les auteurs ont entre autres critiqué ouvertement l'extension du domaine d'application des dispositions : « *les justiciables (et leurs conseils) ont profité de l'aubaine de cette rédaction très générale pour invoquer le 5° à la place du droit commun de la responsabilité civile dans des litiges qui n'étaient pas du tout ceux envisagés par le législateur*⁵⁶ ». D'aucuns ont aussi déploré la sanction de la brutalité d'une rupture prévisible⁵⁷

14. Une diversité de demandeurs. Les demandeurs ont été de plus en plus nombreux, des indications ont été fournies pour mieux savoir de qui il s'agit : « (...) *on voit aussi un nombre croissant de petites et grosses PME attaquant d'autres PME ou de grandes entreprises* ». Parmi les entreprises visées, on saisit l'asymétrie des forces en présence entre une PME (qu'elle soit grande ou petite) et une grande entreprise. Il est encore possible de la concevoir entre petite et une grande PME, bien que cela exige de considérer l'une dans un rapport d'infériorité par rapport à l'autre alors qu'elles appartiennent toutes deux à une et même catégorie d'entreprise. Néanmoins, en référence aux critères de définition de ladite catégorie, fournis par l'INSEE, on conçoit que des différences puissent bel et bien exister entre une PME employant quelques salariés, et dégageant un chiffre d'affaires annuel inférieur à un million d'euros, et une PME employant 249 salariés, avec un chiffre d'affaires annuel avoisinant aussi le plafond, tout en lui en étant strictement inférieur, des 50 millions d'euros. L'asymétrie, le déséquilibre, la dépendance, la subordination, quel que soit ce qui correspond à la désignation de ce rapport de force inégal, n'ont jamais constitué une condition d'application des dispositions. Par conséquent, des entreprises, sinon de taille, mais de force équivalente peuvent donc se livrer bataille sur le fondement.

15. L'internationalisation du contentieux. Les relations entre entreprises ne doivent plus être envisagées strictement à l'échelle nationale, lorsqu'elles sont de plus à plus à s'étendre au-

⁵⁶ R. AMARO, La relation commerciale établie au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce ou les vents contraires de la jurisprudence, AJ contrat 2019, 8, spéc. 3. N. FERRIER, Concurrence – Distribution, D. 2022, p. 725.

⁵⁷ C. MOULLY-GUILLEMAUD, La brutalité d'une rupture prévisible, D. 2016, 2203.

delà. Madame Gile pointait déjà certains des risques liés à la présence d'éléments d'extranéité, avec parmi eux : « *la multiplication des sociétés demanderesse étrangères (...) [qui] viennent attaquer les sociétés françaises, grosses sociétés ou PME, sur leur sol et devant leur tribunal* ». Et, à l'opposé : « *les sociétés étrangères assignées en France sont très rares et peuvent échapper à l'application de la loi quand le juge se déclare incompétent ou refuse de faire application de la loi si le droit français n'est pas applicable* ». Cela interroge plus largement sur l'effectivité des clauses processuelles, dépendant du fait de savoir s'il faut considérer les dispositions comme une loi de police. La question fait toujours débat, autant que celle liée à la nature de la responsabilité engagée depuis que la CJUE a, en 2016, rendu une solution aux antipodes de celle retenue en droit interne. Les difficultés soulevées s'inscrivant en droit international privé seront traitées dans un chapitre dédié. Pour clore la chronologie dédiée aux modifications survenues dans l'encadrement des dispositions de la rupture brutale, on s'intéresse à celui ayant eu lieu en 2019.

D. Une énième modification suite aux États généraux de l'alimentation

16. EGAlim. En 2018, l'article 17 de la loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable, et accessible à tous⁵⁸ a habilité le Gouvernement à procéder, par voie d'ordonnance, à la modification du titre IV du livre IV du code de commerce. Elle consiste dans la réorganisation du titre et la clarification de ses dispositions. En 2019, L'ordonnance prise vise à « *simplifier et préciser les pratiques mentionnées à l'article L. 442-6, en ce qui concerne notamment la rupture brutale des relations commerciales*⁵⁹ ». En lieu et place des pratiques visées à l'ancien article L. 442-6, trois pratiques ont été maintenues : l'avantage obtenu sans aucune contrepartie, le déséquilibre significatif et la rupture brutale des relations commerciales établies. Elles ont été placées dans l'article L. 442-1.

⁵⁸ L. n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, JORF n°0252 du 1^{er} nov. 2018, texte n°1, spéc. art. 17 : « *I. - Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de six mois à compter de la publication de la présente loi, toute mesure relevant du domaine de la loi nécessaire pour modifier le titre IV du livre IV du code de commerce afin : 1° De réorganiser ce titre et clarifier ses dispositions, notamment en supprimant les dispositions devenues sans objet et en renvoyant le cas échéant à d'autres codes ; (...) 6° De simplifier et de préciser les définitions des pratiques mentionnées à l'article L. 442-6, en ce qui concerne notamment la rupture brutale des relations commerciales, les voies d'action en justice et les dispositions relatives aux sanctions civiles* ».

⁵⁹ Ord. n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, JORF n°0097 du 25 avr. 2019.

Les dispositions de la rupture brutale des relations commerciales établies figurent à l'article L. 442-1, II, qui dispose :

« II. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels.

En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois.

Les dispositions du présent II ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure ».

Les modifications les plus notables sont relevées dans l'ordre dans lequel elles se rencontrent.

L'auteur n'est plus visé tant que « *producteur, commerçant, industriel ou artisan* », mais comme « *toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services* ». L'élargissement rend compte de celui ayant eu lieu en jurisprudence. Dans cette voie, 2021 marque l'introduction de la notion d' « *entreprise* » dans le code de commerce⁶⁰. L'article L. 410-1 prévoit que « *Les règles définies au présent livre s'appliquent aux entreprises entendues comme les entités, quelle que soit leur forme juridique et leur mode de financement qui exercent une activité de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ». L'amorce précitée s'y rapporte explicitement pour ce qui est des activités et implicitement pour le reste, étant donné que l'article L. 410-1 ouvre le livre quatrième et circonscrit le champ d'application *rationae personae* des dispositions qu'il contient à l'entreprise. Il reste que les dispositions de la rupture brutale ont pu être appliquées à des associations, à des mutuelles, dont il faudra se demander si elles peuvent alors en relever.

⁶⁰ L. n°2020-1508 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, dite « Loi DDADUE », JORF n°0293 du 04 déc. 2020, texte n°2, art. 37. Ord. n°2021-649 du 26 mai 2021 relative à la transposition de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 déc. 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, JORF n°0121 du 27 mai 2021, texte n°11.

La profonde transformation apportée par l'ordonnance est résolument l'ajout du paragraphe intermédiaire entre l'objet des dispositions et les cas de faculté de résiliation sans préavis. L'insertion d'un préavis légal de dix-huit mois vient en réponse aux dérives⁶¹ observées lors de la mise en œuvre étendue des dispositions. Mais peut-il à lui seul toutes les endiguer ? Le respect par l'auteur d'un préavis de dix-huit mois le garde de voir sa responsabilité engagée dans le cadre d'une action indemnitaire. L'indication d'une telle durée de préavis pallie une certaine carence en termes de sécurité juridique⁶², les juges ayant allongé les préavis octroyés dans des temps de plus en plus longs, jusqu'à trente-six mois, en des circonstances exceptionnelles⁶³. Sa fixation à dix-huit mois a d'ores et déjà été appréciée comme se situant dans une fourchette haute, faisant hésiter certains : « *ces dix-huit mois sont peut-être longs*⁶⁴ », quand d'autres affirment déjà que ce préavis est « *un peu haut*⁶⁵», ou même « *très élevé*⁶⁶ ». Ce qui nous pousse à soulever la question du *trop*. Ces réserves font de plus en plus douter sur le fait que le préavis légal puisse seul venir à bout des dérives. Il faudra apporter des éléments supplémentaires permettant de se positionner plus précisément. Le raisonnement sera mené en mêlant des données issues de la jurisprudence à de plus théoriques. Étant donné que le préavis de dix-huit mois empêche toute action pour insuffisance de préavis devant les juges, il ne faut pas s'attendre à ce que les questions qu'ils soulèvent puissent toutes être réglées devant les juges qui ne sont pas voués à en avoir connaissance. En outre, et compte tenu des modifications survenues en 2019, même un potentiel contentieux sur ce fondement, et aussi pour inexécution ou force majeure, est encore rare devant la Cour de cassation. Cela nécessite par ailleurs de fournir quelques précisions sur l'application dans le temps des dispositions nouvelles de l'article L. 442-1, II.

Le Professeur Deshayes indique que « *L'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 ne fixe pas sa propre date d'entrée en vigueur. Par application de l'article premier du code civil, cette date est donc celle du lendemain de la publication du texte au Journal officiel, laquelle est intervenue le 25 avril 2019. On notera par ailleurs que l'ordonnance ne contient pas non plus de précision quant à*

⁶¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ord. n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, JORF n°0097 du 25 avril 2019, texte n°15.

⁶² Y. PICOD, Le nouveau droit des pratiques abusives de l'article L. 442-1 du code de commerce, AJ contrat 2019.

⁶³ X. HENRY, Les principes jurisprudentiels mal établis de la rupture brutale de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, RTD Com. 2018, p. 523, spéc. 52 : « (...) si la durée d'un préavis pu être fixée à trente-six mois, les circonstances étaient exceptionnelles (durée des relations de soixante ans, dépendance économique et reconversion rendue difficile pour le distributeur en raison de la spécificité de l'activité et des produits et par l'absence d'un fournisseur de remplacement, de sorte que pour le distributeur il s'agissait d'« une réorientation importante de son activité et non le remplacement d'un simple fournisseur » ».

⁶⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, La réorganisation du titre IV, Le déséquilibre significatif, figure centrale des pratiques commerciales déloyales dans l'ordonnance du 24 avril 2019 ? in V. MALASSIGNÉ, O. DESHAYES, M. MICHINEAU, Les pratiques déloyales (La réécriture du Titre IV du Livre IV du code de commerce - Nanterre, 4 avril 2019), septembre 2019, Concurrences n° 3-2019, art. n° 90892, spéc. 3 (p. 10).

⁶⁵ Y. PICOD, Le nouveau droit des pratiques abusives de l'article L. 442-1 du code de commerce, *ibid.*

⁶⁶ N. FERRIER, Concurrence – Distribution, D. 2020, 789.

*l'application dans le temps du droit nouveau*⁶⁷ ». Il s'est alors posé la question de savoir si l'article L. 442-1, Il s'applique aux ruptures survenues à compter du 25 avril 2019 ou aux relations commerciales établies nouées à partir de cette même date. On le rejoint dans sa position en faveur de la première solution, étant donné que retenir la seconde reviendrait à retarder, selon ses propres termes, l'application des dispositions, surtout que confrontés à des relations entre entreprises qui s'inscrivent dans le temps ce n'est qu'à l'issue de celles-ci que les dispositions ont vocation à être appliquées.

§2. Les problèmes engendrés

17. À la recherche d'un traitement unitaire. Les vicissitudes dans l'encadrement des ruptures brutales posent une pluralité et une diversité de problèmes (A), dont on postule qu'ils peuvent être liés les uns aux autres (B).

A. Une pluralité et une diversité de problèmes

18. Un traitement illimité et limité en doctrine. Les modifications successives apportées aux dispositions encadrant la rupture brutale des relations commerciales établies ont soulevé des difficultés lorsqu'elles ont été appliquées. La doctrine les a scrutées. Parcourir les intitulés des articles renseigne sur l'étendue des problèmes. Ils se posent dès la démonstration des relations commerciales établies. Positivement le Professeur Beauchard envisage « *la rupture des relations commerciales continues*⁶⁸ », tandis que, négativement, le Professeur Chantepie s'intéresse à « *la précarité des relations commerciales*⁶⁹ ». Elle inspire une réflexion shakespearienne au Professeur Henry : « *relations commerciales : être établies ou ne pas l'être*⁷⁰ », une tirade intemporelle

⁶⁷ O. DESAYES, La rupture brutale des relations commerciales (à peine) réformée, in V. MALASSIGNÉ, O. DESHAYES, M. MICHINEAU, *ibid.*, spéc. 1, p. 51 : « D'où la question suivante : le texte qui remplace l'ancien article L. 442-6, I, 5° du code de commerce s'applique-t-il à toute rupture survenue à compter de la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance ou bien s'applique-t-il uniquement aux ruptures des relations commerciales elles-mêmes entamées à compter de cette date ? En faveur de la première solution, on peut invoquer un argument pratique et un argument théorique. L'application immédiate de la loi nouvelle aux relations commerciales antérieures est la solution la plus facile à mettre en œuvre. Elle est aussi la solution classique des conflits de lois dans le temps en matière extracontractuelle ; or la jurisprudence (du moins interne) considère que la responsabilité encourue pour rupture d'une relation commerciale est précisément de nature extracontractuelle. Ces arguments ne sont certes pas décisifs, mais ils nous semblent l'emporter sur ceux que l'on pourrait présenter au soutien de la solution inverse, laquelle retarderait beaucoup l'application concrète de la loi nouvelle et reviendrait à traiter la rupture brutale d'une relation commerciale comme un droit sur lequel les parties peuvent compter parce qu'elles seraient censées en contempler le bénéfice au moment d'engager ou de reconduire une « relation » commerciale, ce qui est probablement excessif ».

⁶⁸ J. BEAUCHARD, Stabilisation des relations commerciales : la rupture des relations commerciales continues, LPA n°2 du 05 janv. 1998, p. 14, PA199800207.

⁶⁹ G. CHANTEPIE, La précarité des relations commerciales, CCC n°11, nov. 2012, ét. 11.

⁷⁰ X. HENRY, Relations commerciales : être établies ou ne pas l'être, LPA n°070 du 06 avr. 2018, p. 9, LPA134h3.

trouvant toujours à s'appliquer : en 2021, Madame Cayot indique qu'il n'y a « *pas de « relations commerciales établies » pour les professionnels de santé*⁷¹ ». D'autres complexités font jour avec la caractérisation de la rupture brutale, nécessitant de cerner la « *notion de brutalité*⁷² », de confronter les « *usages et préavis*⁷³ », d'appréhender « *l'anticipation raisonnable de la rupture des relations commerciales*⁷⁴ ». L'application du régime est aussi tortueuse, tant en ce qui concerne « *la règle sur la rupture brutale entre [le] droit spécial de la concurrence et [le] droit commun de la responsabilité civile*⁷⁵ », que ses cas exonératoires : celui de la force majeure, face au : « *poids de la crise dans l'appréciation de la rupture des relations commerciales, ou l'irruption du contexte économique*⁷⁶ », et la « *rupture justifiée par les fautes d'une partie*⁷⁷ ». Ce tour d'horizon n'est que la face émergée d'un ensemble plus vaste, car les problèmes soulevés sont plus nombreux, et les articles doctrinaux plus nombreux encore. Ils sont livrés à partir de la jurisprudence, et dans cette matière éminemment casuistique, tous abondent. Prenant en compte l'ajout des commentaires et des analyses de la part des professionnels, la littérature en la matière est trop importante pour pouvoir prétendre à tout moment de cette recherche être exhaustif. L'intérêt est ailleurs, car ce qui paraît être illimité peut en fait se révéler être limité, car contraint. En effet, l'abondante jurisprudence nourrit la littérature, en lui donnant l'occasion de soulever des problèmes, mais sans lui donner les moyens de ne serait-ce qu'en esquisser la résolution. La limitation des caractères en fonction de la rubrique dans laquelle le commentaire va s'insérer va nécessairement influencer sur les développements qu'il contient. Mais même celles offrant les plus grands espaces d'expression contiennent une limitation. Elles empêchent de lier un problème à un autre. Elles permettent d'en étayer un, mais au détriment d'un autre. Les analyses doctrinales participent à approfondir l'étude de la pratique, tout en lui conférant, malgré elles, une vision parcellaire. Les études encyclopédiques et les ouvrages spécialisés offrent un spectre d'étude plus large, mais la longueur des développements varie aussi, tout en soulevant la question de savoir où situer la pratique.

19. Les situations possibles de la pratique vis-à-vis des autres pratiques et dans le droit.

Les dispositions de la rupture brutale des relations commerciales établies se trouvent dans le code de commerce, non pas dans un article qui lui est strictement dédié mais sous lequel d'autres

⁷¹ M. CAYOT, Pas de « relations commerciales établies » pour les professionnels de santé, *Revue droit & santé* n°102, juill. 2021, pp. 608-610.

⁷² F. BUY, Notion de brutalité : La Cour de cassation décide que le caractère prévisible de la rupture d'une relation commerciale établie ne prive pas, en lui-même, celle-ci de son caractère brutal (US Import Export /Sniw), 06 sept. 2016, *Concurrences*, n°4-2016, art. n°81931, p. 125.

⁷³ Ph. GRIGNON, Usages et préavis, *AJ Contrat* 2018, p. 356.

⁷⁴ L.-M. AUGAGNEUR, L'anticipation raisonnable de la rupture des relations commerciales À propos d'un non-revirement de la Cour de cassation, *JCP E* n°42, 15 oct. 2009, 1969.

⁷⁵ M. CHAGNY, Jurisprudence : La règle sur la rupture brutale entre droit spécial de la concurrence et droit commun de la responsabilité civile, *RTD Com.* n°04 du 19 janv. 2017, p. 719.

⁷⁶ H. BARBIER, Le poids de la crise dans l'appréciation de la rupture des relations commerciales, ou l'irruption du contexte économique dans l'article L. 442-6, *RTD Civ.* 2013, p. 375.

⁷⁷ N. MATHEY, Rupture justifiée par les fautes d'une partie, *CCC* n°3, mars 2020, 44.

pratiques sont aussi insérées. Mais ni cette situation, ni ce voisinage ne renseigne complètement sur les autres domaines que la pratique a été ou est encore susceptible d'atteindre.

20. *La situation de la pratique vis-à-vis des autres pratiques.* Un ouvrage dédié aux pratiques commerciales déloyales isole la rupture brutale des relations commerciales établies des autres pratiques⁷⁸. Il lui réserve un traitement conséquent : ses développements représentent, en volume, plus du double de ceux dédiés au déséquilibre significatif⁷⁹. La pratique se singularise par l'abondant contentieux qu'elle a suscité⁸⁰.

21. *Les situations de la pratique dans le droit.* Pour situer la pratique dans le droit, on a recensé des encyclopédies chez plusieurs éditeurs. Même si elle ressort d'un domaine commun à tous, l'un diffère, et chacun la place sous des intitulés porteurs de différences.

Chez Lexis 360, la rupture brutale des relations commerciales établies fait l'objet de deux encyclopédies distinctes : l'une placée dans le jurisqueleur « *Concurrence – Consommation* », l'autre dans le jurisqueleur « *Contrats – Distribution* ».

Chez Dalloz, elle forme un paragraphe du chapitre rassemblant les « Pratiques restrictives de concurrence », au sein de l'encyclopédie « *Transparence tarifaire et pratiques restrictives* » du Répertoire de droit commercial.

Chez Wolters Kluwer, la pratique figure dans un chapitre du Lamy droit économique, dans le titre intitulé « *Le droit des pratiques restrictives de concurrence* », appartenant à la partie spécialement dédiée au « Droit des relations commerciales ».

Les éditeurs Dalloz et Wolters Kluwer placent la pratique au sein des pratiques restrictives de concurrence, conformément à sa situation dans le code de commerce (*supra*), tandis qu'elle peut plus globalement se rattacher au droit de la concurrence en référence au premier jurisqueleur cité. En ce cas, une alternative s'ouvre car le droit de la concurrence peut se définir de façon restrictive

⁷⁸ E. KERQUELEN, J.-L. FOURGOUX, L. DJAVADI, Les pratiques commerciales déloyales, sept. 2021, Concurrences.

⁷⁹ *Ibid.*, spéc. « Sommaire ». Les développements dédiés à la rupture brutale des relations commerciales établies couvrent les pages 13 à 17, tandis que ceux relatifs au déséquilibre significatif s'étendent des pages 223 à 300, soit respectivement 162 pages et 77 pages.

⁸⁰ *Ibid.*, spéc, 47 : « Ce manquement est certainement celui qui a produit le plus de jurisprudence car il est essentiellement mis en œuvre par les entreprises elles-mêmes, contrairement aux autres manquements comme l'avantage sans contrepartie ou le déséquilibre significatif. En effet, la relation commerciale rompue, le demandeur ne peut plus subir d'éventuelles mesures de rétorsion, à l'inverse des autres dispositions qui peuvent être mises en œuvre au cours de la relation commerciale. Ces dispositions s'appliquent ainsi que la rupture soit due à la décision du client ou à celle de son fournisseur en produits ou en services ».

et extensive⁸¹. Ces deux conceptions partagent la doctrine, et s'il ne nous appartient pas de trancher dans le cadre de cette étude, il faudra toutefois justifier le choix de l'une par rapport à l'autre. Enfin, la pratique située dans le jurisclassueur « *Contrats – Distribution* » pousse à élargir le domaine d'étude qu'il conviendra toutefois de circonscrire.

22. Dans le droit de la concurrence. L'encyclopédie placée au sein du jurisclassueur « *Concurrence – Consommation* » côtoie, pour ce qui est du droit de la concurrence, le *grand* et le *petit*. Par opposition, le droit des pratiques restrictives de concurrence serait le *petit*⁸² – parfois même « *doublement petit*⁸³ » – du *grand*⁸⁴ droit des pratiques anticoncurrentielles. Ce serait aussi le *faux* du *vrai*⁸⁵. Par filiation, il serait « *ce cousin un peu excentrique souvent regardé de haut par ses prestigieux parents*⁸⁶ ». La question de déterminer si ce sont les deux branches d'un même droit divise les auteurs. Elle est pourtant cruciale afin de savoir s'il est réellement possible d'envisager la protection de la concurrence à travers celle des concurrents et d'ainsi concevoir que la rupture brutale des relations commerciales puisse concomitamment protéger les entreprises et le marché.

Dans sa thèse, M. Aurélien Fortunato a fourni une clé de lecture entre les conceptions restrictive et extensive du droit de la concurrence et envisage, respectivement, le rejet et l'admission des pratiques restrictives de concurrence en son sein⁸⁷. Leur rejet peut être catégorique car le droit de la concurrence « *aurait pour seul objet la protection du marché. Ainsi, les pratiques restrictives de concurrence n'[y] auraient pas leur place (...) en raison de l'absence de prise en compte de leur effet sur le marché*⁸⁸ ». Ce à quoi il est déjà possible de rétorquer que ce n'est pas parce que la démonstration d'un effet sur le marché n'est pas requise pour la qualification de telles pratiques que celles-ci n'y ont pour autant aucun effet. Pour nous, il faudrait par contre rejeter la position

⁸¹ C. NOURISSAT, B. DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR, *Droit de la concurrence – Libertés de circulation*, 6^e éd., sept. 2020, Dalloz, spéc. 269.

⁸² A. FORTUNATO, *Clauses et pratiques restrictives de concurrence*, th., Lille 2, 2016, consultable en ligne, spéc. 18, n^o 113.

⁸³ M.-A. FRISON-ROCHE, J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, 2^e éd., avr. 2022, Dalloz, Précis, spéc. 40 : « *L'on oppose souvent le « grand droit de la concurrence », celui des marchés concurrentiels et le « petit droit de la concurrence », celui des concurrents. Le premier est d'autant plus prestigieux qu'il est saisi par des expertises, des textes de l'Union européenne, de la jurisprudence de l'Union européenne et bénéficie du droit antitrust américain. Le second serait plus modeste car demeurant français, donc désormais petit, et centré sur le rapport bilatéral entre deux commerçants, donc doublement petit. Mais cela tient plus à une habitude qu'à une différence de nature et à l'importance donnée aux sources formelles du droit* ».

⁸⁴ A. FORTUNATO, *ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ G. CERUTTI, *Quel avenir pour les pratiques restrictives de concurrence ? Exposé*, in *Vingtième anniversaire de l'ordonnance du 1er décembre 1986 Évolutions et perspectives*, Colloque, sous la dir. de G. CANIVET et L. IDOT, Paris : Lexis-Nexis Litec, Coll. Colloques et débats, 2007, pp. 101-107.

⁸⁷ A. FORTUNATO, *Clauses et pratiques restrictives de concurrence*, th., Lille 2, 2016, consultable en ligne, spéc. 17 : « *La distinction entre les pratiques anticoncurrentielles et les pratiques restrictives de concurrence constitue la distinction entre deux parties du droit de la concurrence. Elle semble tenir pour acquis l'appartenance de ces deux parties au droit de la concurrence, alors même que l'intégration du droit des pratiques restrictives de concurrence dans le droit de la concurrence ne va pas sans poser question. Elle suppose de dépasser une conception restrictive du droit de la concurrence pour en adopter une conception plus extensive* ».

⁸⁸ A. FORTUNATO, *ibid.*, spéc. 18.

inverse, consistant à y voir une présomption d'effet sur le marché⁸⁹. Ce ne peut pas être le cas et l'abus de dépendance économique en est l'exemple topique : sa démonstration achoppe le plus souvent sur celle de l'effet sur le marché. De façon opposée, une conception extensive du droit de la concurrence se conçoit. Elle engloberait « *aussi bien l'ensemble des règles ayant pour objet la protection du marché, [que] « l'ensemble des règles relatives au contrôle de la loyauté des actions des opérateurs économiques »* »⁹⁰. Cette position est soutenable car malgré des finalités distinctes entre les droits⁹¹, celles-ci peuvent être imbriquées⁹². La protection du marché, celle des entreprises et celle *in fine* des consommateurs convergent. Il s'agirait alors d'articuler le droit des pratiques anticoncurrentielles avec celui des pratiques restrictives de concurrence. Monsieur Lénaïc Godard y a consacré ses recherches de doctorat⁹³. En observant un phénomène de rapprochement partiel des droits, leurs finalités propres se brouillent et les droits empiètent chacun sur des domaines d'application qui ne leur sont pas réservés⁹⁴. Parmi les exemples pris à l'appui de cette affirmation, figure l'action du ministre en matière de pratiques restrictives de concurrence. Il a d'un intérêt à agir sur le fondement de l'article L. 442-1 du Code de commerce, y compris donc sur celui de la rupture brutale. Cette action s'inscrit dans le cadre de l'ordre public de direction. Cet exemple, parmi d'autres, d'empiètement et de rapprochement, est insuffisant pour pouvoir affirmer la coexistence de deux branches en droit de la concurrence. Si d'aucuns tranchent en proposant la reconstruction du droit des pratiques restrictives de concurrence en dehors du droit de la concurrence⁹⁵, d'autres inviteraient à suspendre la question tant que le droit de la concurrence ne connaît pas son objet : la concurrence.

Dans son article consacré à l'épistémologie du droit de la concurrence, le Professeur N. Petit pose la question de savoir ce que le droit de la concurrence sait de la concurrence⁹⁶. En s'appuyant sur

⁸⁹ *Contra* L. GODARD, *Droits des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence*, 1^e éd., Bruxelles, Bruylant, déc. 2021, ISBN n°978-2-8027-7034-3, spéc. 138, s'appuyant sur certaines jurisprudences et certains auteurs, l'auteur envisage « (...) *une présomption irréfragable de nuisance pour le marché et la concurrence qui ne peut être combattue par une entreprise en prouvant l'existence de gains d'efficience qui contrebalancent les effets imputés à la pratique. L'approche per se du droit des pratiques restrictives de concurrence se distingue donc de l'approche per se qui a pu, un temps, être retenue pour le droit des pratiques anticoncurrentielles. En effet, une entreprise est toujours en droit de se prévaloir de l'exemption individuelle et de combattre la qualification envisagée de pratique anticoncurrentielle* ».

⁹⁰ A. FORTUNATO, *ibid.*, spéc. 19 et n°119.

⁹¹ J.-C. RODA, *Réflexions sur les objectifs du droit français de la concurrence*, D. 2018, p. 1504, spéc. 5 : « *Réunis dans le livre quatrième du code de commerce, le droit des pratiques restrictives, le droit des pratiques anticoncurrentielles et le droit des concentrations n'ont pas le même « ADN » : tandis que les deux derniers se focalisent sur le marché et sont parfois marqués par une forte influence européenne, le premier est purement français et se préoccupe surtout de rééquilibrer les rapports de force entre producteurs et fournisseurs* ».

⁹² A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, *Les interactions entre le droit des pratiques anticoncurrentielles, le droit des pratiques restrictives de concurrence et le droit de la concurrence déloyale* » in G. GODIVEAU (dir.), *La systématique des contentieux concurrence en Europe*, 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, nov. 2021, ISBN n°978-2-8027-6693-3, p. 25-36.

⁹³ L. GODARD, *Droits des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence*, 1^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2021.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ N. PETIT, *Épistémologie du droit de la concurrence*, in C. LEMAIRE et F. MARTUCCI (dir.), *Laurence IDOT Liber amicorum – Concurrence & Europeen*, vol. 1, 06 juill. 2022, *Concurrences*, 674 p., ISBN n°979-10-94201-39-8, pp. 557-567.

les ententes et les concentrations, les observations formulées seraient à même d'intéresser seulement le grand droit de la concurrence. Néanmoins, il est possible d'appliquer au moins l'un des éléments de sa réflexion aux dispositions de la rupture brutale, en envisageant le droit comme régulateur de comportements sociaux. « *[Le droit de la concurrence] connaît les faits qui dénotent l'existence de la concurrence, ou des déviations de celle-ci*⁹⁷ ». Le terme *concurrence* a pour étymologie latine le préfixe « *cum-* » et le verbe « *currere* », qui signifie *courir avec*⁹⁸ (et non *courir contre*). La concurrence est sociale, ses conceptions varient de la lutte aux relations qu'elle engendre. Le droit de la concurrence les régule. Il pourrait être considéré qu'il fasse de même avec les ruptures brutales de relations commerciales établies. Dans l'hypothèse où elles menacent les entreprises évincées de disparaître du marché, alors que le marché est concurrentiel à condition que plusieurs entreprises y soient présentes ; le droit de la concurrence entend préserver ces conditions de marché et un préavis suffisant pourrait ainsi trouver à être justifié. Mais la rupture brutale, en tant que prohibition *per se*, exclut nécessairement certains comportements. Elle n'ignore pourtant pas que certaines ruptures puissent être brutales⁹⁹, mais elle en ignore délibérément d'autres : celles par lesquelles leur auteur souhaite obtenir sur le champ tel produit ou tel service d'une entreprise, autre que celle avec laquelle ils sont déjà en relation, et ce, pour quelle raison que ce soit (parce qu'il est moins cher, parce qu'il dispose de nouvelles propriétés suite à une innovation incrémentale). L'auteur ne peut en avancer aucune en étant déjà lié ailleurs, même si le produit pourrait en définitive être proposé à des conditions qui satisferaient le consommateur final (que ce soit en termes de prix ou de propriétés)¹⁰⁰. En encadrant les ruptures de relations commerciales établies, de façon à les rendre licites, le droit de la concurrence en rend d'autres illicites eu égard des finalités poursuivies. Cela pourrait attester de la protection de certaines entreprises par les comportements dictés à d'autres. Cette protection nous pousse à commencer par embrasser une conception extensive du droit de la concurrence, de façon à y placer les pratiques restrictives de concurrence. Telle une toile de fond, elle interroge toutefois sur le fait qu'elle puisse demeurer au terme de nos recherches.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 558.

⁹⁸ B. MARIS, Chapitre 2. L'entreprise et la destruction créatrice ou Joseph Schumpeter, in B. MARIS (dir) Houellebecq économiste, Paris, Flammarion, « Champs - Essais », 2016, p. 51-68.

⁹⁹ L'article L. 442-1, II du Code de commerce prévoit deux cas exonérateurs de responsabilité, cas dans lesquels la rupture sera brutale mais elle ne pourra pas être imputée à l'auteur (dernier alinéa : « Les dispositions du présent II ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure »).

¹⁰⁰ N. PETIT, *ibid.*, spéc. p. 559 : « *Mais le droit ne sait pas tout. Comme l'explique le professeur Frederick Schauer, les objectifs de prévisibilité et de sécurité juridique, l'encadrement de la discrétion et la limitation de l'arbitraire, ou encore la recherche de légitimité et d'expertise par répartition des rôles, exigent de la part du système juridique qu'il s'intéresse à un univers de faits fini, limité, partiel. Des choix gouvernent la nature ou l'étendue des faits considérés par le droit de la concurrence. Par exemple, les ententes tarifaires sont proscrites per se, quand bien même elles soutiendraient, en engendreraient, une réduction de l'empreinte carbone de ses participantes. De même, les réductions de masse salariale consécutives aux opérations de concentration sont soit ignorées, soit considérées comme des gains d'efficacité au bénéfice des consommateurs, en dépit de leurs coûts économiques et sociaux* ».

23. Dans le droit de la distribution. La seconde encyclopédie que l'éditeur Lexis 360 dédie à la rupture brutale des relations commerciales établies est placée dans le juriscasseur « *Contrats – Distribution* ». Relativement au droit de la distribution, un parallèle peut être fait avec son étude dans l'ouvrage précité¹⁰¹. Des développements spécifiques ont été rassemblés, dans un chapitre intitulé « *Les contrats de franchise, de distribution sélective et d'affiliation*¹⁰² ». Tous sont des contrats de distribution, et au-delà des spécificités propres à chacun, ils lient les têtes de réseaux aux distributeurs. Les auteurs envisagent l'hypothèse dans laquelle l'organisation réticulaire va évoluer, pour s'adapter au marché, et les conséquences que cela peut entraîner sur les obligations contractuelles. La mise en garde adressée à la tête de réseau est triple. D'abord, ils distinguent selon qu'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée ou d'un unique contrat à durée déterminée car, selon eux, sa marge de manœuvre sera moindre dans le cas du premier¹⁰³. Les auteurs recommandent particulièrement au franchiseur de déployer progressivement les changements dans le cadre d'une relation à durée indéterminée, en tenant compte notamment de l'ancienneté des relations commerciales établies¹⁰⁴, car une rupture brutale pourrait être caractérisée si le temps laissé au distributeur pour procéder aux changements est insuffisant. L'importance des changements convoque ensuite la double dimension de la rupture brutale : totale ou partielle. À l'origine, ce sont les déréférencements qui pouvaient être seulement partiels (*supra*), mais l'hypothèse a été développée en jurisprudence. Lorsque les modifications sont substantielles, elles peuvent caractériser des ruptures partielles et il faudra dès lors examiner plus précisément en quoi elles peuvent consister et comment elles se traduisent. Les têtes de réseaux doivent enfin être d'autant plus vigilantes qu'elles entretiennent, le plus souvent, une relation de dépendance avec leurs distributeurs, en raison des différentes exclusivités qui les lient. Pour ces trois raisons, une attention toute particulière sera apportée aux ruptures brutales dans les réseaux de distribution. Ces nouvelles formes d'organisation se trouvent à la base de « *droits spéciaux* », eu égard auxquels la Professeur Chagny nous rappelle que « *les professeurs Didier et Nicolas Ferrier, dans leur ouvrage sur le droit de la distribution, soulignent que celui-ci, loin de constituer une branche spécifique du droit, s'alimente à bien des disciplines juridiques : non seulement le droit commun des contrats bien sûr, mais aussi tout un maquis de dispositions spéciales, se rattachant, selon les cas, au droit civil, au droit des affaires, mais encore au droit social ou au droit pénal*¹⁰⁵ ».

¹⁰¹ E. KERGOULEN, J.-L. FOURGOUX, L. DJAVADI, Les pratiques commerciales déloyales, *ibid.*

¹⁰² *Ibid.*, spéc. pp. 169-174.

¹⁰³ *Ibid.*, spéc. 693 : « *Si la relation commerciale est régie par un unique contrat à durée déterminée, de quelques années non renouvelé à son terme, le franchiseur n'aura pas l'obligation de donner un préavis particulier en cas de rupture à l'échéance du contrat* ».

¹⁰⁴ *Ibid.*, spéc. 694 : « *Cependant, dans le cadre d'une relation à durée indéterminée, il est nécessaire que le franchiseur déploie progressivement ces changements, en tenant compte notamment de l'ancienneté des relations commerciales établies, et ce, quand bien même l'évolution du cadre contractuel soit liée à une réglementation, ou à la cession de la branche d'activité d'un concurrent, ou encore à la volonté du fabricant de distribuer lui-même les produits à sa marque* ».

¹⁰⁵ M. CHAGNY, Questions de méthodologie Droit commun et droits spéciaux, RLDA n°117, 1^{er} juill. 2016.

L'immixtion de la rupture brutale dans les contrats de distribution invite ainsi à étendre la réflexion au droit commun.

24. Dans le droit commun. « Par « droit commun », il faut entendre à n'en pas douter le droit commun du contrat issu de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations¹⁰⁶ ». Parmi les modifications apportées, deux nous intéressent particulièrement, en raison des liens qu'il est possible d'établir avec la rupture brutale des relations commerciales établies. Il s'agit d'articles issus de la section consacrée à la durée du contrat, avec en premier lieu, les articles 1213, 1214 et 1215 contenant les mécanismes pour inscrire le contrat dans le temps et, en second lieu, l'article 1211, qui « énonce la libre rupture du contrat à durée indéterminée dans le respect du préavis contractuel¹⁰⁷ ». On rend ainsi compte de deux confrontations : entre la relation commerciale établie et les contrats inscrits dans le temps, et entre les préavis exigés par chacune des ruptures.

25. La relation commerciale établie face à l'inscription du contrat dans le temps. Lorsque les auteurs de l'ouvrage consacré aux pratiques commerciales déloyales ont précédemment proposé de distinguer entre les contrats à durée déterminée et les contrats à durée indéterminée, et qu'en plus ils évoquent « la relation à durée indéterminée¹⁰⁸ », c'est que les différentes notions en présence se rencontrent. Une précision doit cependant être apportée car dans la précédente distinction, il s'est agi d'opposer les contrats selon qu'ils comportent, ou non, un terme, mais ainsi conçue, elle serait réductrice. Or les auteurs ont pris soin d'indiquer s'intéresser à la relation « régie par un unique contrat à durée déterminée¹⁰⁹ ». L'adjectif est important car il couvre seulement une partie d'un ensemble de situations, en sachant que toutes les autres ne correspondent pas aux contrats à durée indéterminée. En effet, certains contrats à durée déterminée se succèdent. Et des successions de contrats à durée déterminée et à durée indéterminée peuvent aussi avoir lieu. L'ensemble des hypothèses est conséquemment plus vaste, plus encore s'il faut aussi tenir compte des relations informelles. On sait que la relation commerciale établie en ressort et il peut sembler alors surprenant de vouloir la confronter au contrat. Mais depuis que la réforme des obligations a prévu des mécanismes permettant d'inscrire le contrat dans le temps, et en sachant déjà que tous les éléments constitutifs de la relation commerciale établie se vérifient aussi à l'épreuve du temps, l'entrechoquement entre les deux est désormais encore plus à envisager que par le passé. C'est pourquoi, on proposera de démontrer la relation commerciale établie à partir des contrats et non plus en les tenant à distance.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ C. MOULY-GUILLEMAUD, L'actualité de la rupture brutale d'une relation commerciale en application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, JCP E n°47, 23 nov. 2017, 831.

¹⁰⁸ E. KERGUELEN, J.-L. FOURGOUX, L. DJAVADI, Les pratiques commerciales déloyales, *ibid.*, spéc. 691.

¹⁰⁹ *Ibid.*

26. La rupture brutale face à la libre rupture du contrat à durée indéterminée dans le respect du préavis contractuel. Tel qu'il a été inséré par l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations¹¹⁰, l'article 1211 du Code civil prévoit que « *Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable* ». Le principe de la rupture unilatérale avait précédemment été dégagé par la jurisprudence et des règles spéciales lui préexistaient¹¹¹. Son entrée dans le Code civil a été saluée¹¹². Mais la chronologie veut que le terrain ait déjà été balisé¹¹³, si bien que son application soulève non seulement des questions propres¹¹⁴, mais aussi, et surtout, relatives à l'articulation avec les solutions existantes¹¹⁵. Parmi ces dernières, celles intéressant spécifiquement le préavis ont déjà été mises en jeu. L'article 1211 du Code civil fait la part belle à la liberté contractuelle¹¹⁶, en conditionnant la rupture du contrat à durée indéterminée au respect du préavis tel qu'il a été prévu par les parties. C'est seulement s'il n'y en a pas qu'un délai raisonnable devra être respecté. Mais la distribution ainsi faite entre les préavis semble fragile face à l'engouement suscité par les dispositions de la rupture brutale, dont l'application permet au

¹¹⁰ Ord. n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 fév. 2016.

¹¹¹ M. LATINA, G. CHANTEPE, *Le nouvel droit des obligations*, 2^e éd., juin 2018, Dalloz, spéc. 583 : « *L'article 1211 du Code civil affirme le principe d'une rupture unilatérale, « l'une ou l'autre des parties [pouvant] y mettre fin à tout moment* ». Bien que la jurisprudence ait généralité, par induction de certains textes spéciaux, un droit de résiliation unilatérale, et que le Conseil constitutionnel en ait renforcé la portée, il est important que le droit commun du contrat le contienne expressément ».

¹¹² *Ibid.* V. également, entre autres, L. BETTONI, *Les nouvelles dispositions du code civil consacrées au prolongement du lien contractuel*, RTD Civ. 2022, 309, spéc. 24 : « *Il faut rappeler que la réforme du droit des contrats a permis d'inscrire le principe de libre rupture de ce type de contrat dans le code civil (...)* ». B. DONDERO, *La réforme du droit des contrats – Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016*, JCP E n°19, 12 mai 2016, 1283, spéc. 79 : « *On saura tout d'abord gré aux rédacteurs de l'ordonnance d'avoir affirmé dans les dispositions générales tant la prohibition de l'engagement perpétuel que la sanction d'un tel engagement (le contrat à durée perpétuelle n'est pas nul, mais peut prendre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée, V. article 1210 nouveau). Il n'est pas non plus inutile d'avoir indiqué que mettre fin à un contrat à durée indéterminée supposait de respecter « le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable » (article 1211 nouveau)* ».

¹¹³ M. LATINA, G. CHANTEPE, *Le nouvel droit des obligations*, *ibid.*, spéc. 582 : « *L'article 1211 du Code civil pose les jalons d'un droit commun de la rupture des contrats à durée indéterminée, sans en régler toutes les difficultés. Pouvait-il en être autrement, s'agissant d'une question largement balisée par des règles spéciales ?* ».

¹¹⁴ *Ibid.* : « *Le texte ne définit pas le contrat à durée indéterminée, qui s'inscrit dans la catégorie des contrats à exécution successive, « les obligations d'au moins une partie s'exécut[ant] en plusieurs prestations échelonnées dans le temps » et s'oppose au contrat à durée déterminée, visé par l'article 1212. C'est d'ailleurs dans ce dernier texte que l'on trouve évoqué le critère de démarcation entre les deux, le terme* ».

¹¹⁵ *Ibid.*, spéc. 584 : « *L'articulation du texte permet de résoudre une question classique dans le droit spécial de la rupture des contrats d'affaires. Pour l'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, le respect d'un préavis contractuel ne suffit pas à écarter l'appréciation par le juge du caractère brutal de la rupture. En revanche, l'article 1211 invite à n'envisager le caractère raisonnable qu'à défaut de préavis contractuel. Les parties auront donc intérêt à prévoir initialement un tel délai, à peine de laisser au juge le soin d'apprécier son caractère « raisonnable ». Si l'emploi de ce standard est courant dans la réforme, à s'en tenir même au « délai raisonnable », il n'en demeure pas moins flou* ».

¹¹⁶ M. IGNATOFF, *L'impact de la réforme du droit des contrats sur la notion de rupture brutale des relations commerciales établies*, AJ contrat 2017, p. 203 : « *À la lecture dudit article, la liberté contractuelle en sort gagnante ! Mais si l'on ne peut qu'imaginer l'influence de la jurisprudence en matière de rupture brutale des relations commerciales établies pour déterminer le délai raisonnable édicté par la réforme, un doute subsiste quant à l'influence de cette réforme sur l'application d'un délai contractuel dans les relations commerciales établies* ».

préavis contractuel d'être neutralisé et au juge d'apprécier le préavis suffisant¹¹⁷. C'est ce dernier auquel l'on va intéresser, en ce qu'il doit tenir compte « *notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels* » d'après l'article L. 442-1, II du Code de commerce. Il constitue en tant que tel une notion propre, s'insérant dans les recherches menées sur la rupture brutales des relations commerciales établies. Il ne sera pas confronté au « *délai raisonnable* » de l'article 1211 du Code civil compte tenu du peu de jurisprudences, et de l'emploi dans celles existantes d'autres terminologies, telles que le « *juste préavis* », qui surajouteraient des développements, davantage à même de mener à la mécompréhension plutôt qu'à la compréhension de ce qu'est le préavis suffisant ; de même qu'il ne s'agira pas d'aborder de manière très limitée la rupture abusive puisqu'elle a fait l'objet d'une précédente thèse.

27. Une actualisation nécessaire. La rupture brutale a déjà fait l'objet d'au moins une thèse et de plusieurs mémoires. La thèse de Monsieur Petit, intitulée « *la rupture abusive des relations commerciales* » a été soutenue en 2007, elle couvre ainsi les vingt premières années d'application des dispositions (1996-2006). Les modifications survenues depuis forcent à actualiser le sujet, d'autant qu'elles ont été d'envergure avec l'ordonnance de 2019 et la solution jurisprudentielle européenne dite *Granarolo* qui rebat les cartes. D'après nos recherches, une autre thèse serait en cours de réalisation sur le sujet : « *La rupture brutale des relations commerciales établies, instrument de moralisation des échanges commerciaux* ¹¹⁸ ». Les mémoires réalisés sont consacrés à des aspects particuliers de la pratique, que l'on a dit vouloir rassembler pour donner à voir une pratique dans sa globalité.

B. Des problèmes à lier les uns aux autres

28. Notre approche. Face aux problèmes engendrés par l'encadrement de la rupture brutale des relations commerciales établies, et pour tous les traiter, une hypothèse de départ a été formulée, consistant, en substance, à tous les lier les uns aux autres (1). Pour pouvoir la confirmer, ou l'infirmier, une démarche dédiée doit être mise en œuvre (2). Il s'est aussi agi d'établir les différentes relations de causes à effets (3), afin de préciser, et de situer, les différents éléments entrant dans notre problématique générale, fournie avec le plan de résolution y afférent (4).

¹¹⁷ C. MOULY-GUILLEMAUD, L'actualité de la rupture brutale d'une relation commerciale en application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, JCP E n°47, 23 nov. 2017, 831 : « *Certains articles [issus de l'ord. n°2016-131] sont donc inadaptés aux contrats qui établissent une relation commerciale. Tel est le cas, bien sûr, de l'article 1211 du Code civil, qui énonce la libre rupture du contrat à durée indéterminée dans le respect du préavis contractuel, alors que celui-ci est privé d'efficacité par le caractère d'ordre public du préavis attendu pour rompre une relation* ».

¹¹⁸ K. M. ASSOUMOU, La rupture brutale des relations commerciales établies, instrument de moralisation des échanges commerciaux, th. en préparation, Lyon.

1. La formulation d'une hypothèse de départ

29. Une hypothèse unificatrice. Ce qu'il manque aux dispositions de la rupture brutales des relations commerciales établies c'est une étude critique d'ensemble, qui permettrait de traiter les problèmes posés par lors de leur application et de les rattacher à des axes généraux, selon qu'ils se rapportent à ses conditions d'application ou à son régime. Mais les dispositions contiennent aussi des notions propres qui, confrontées à celles, cardinales, du droit, appellent des développements nécessitant de jeter des ponts entre matières. Ils n'ont pas pu toujours l'être dans la littérature déjà existante, ou, lorsque cela a été le cas, ils l'ont été différemment de ce que l'on va proposer. On a souhaité élaborer une étude prenant la hauteur nécessaire pour donner à comprendre les problèmes posés par les dispositions non seulement en les organisant, mais aussi en se demandant s'ils peuvent tous être liés les uns aux autres. On en a fait notre hypothèse de départ : **chaque problème soulevé lors de l'application des dispositions de la rupture brutale des relations commerciales établies peut être rattaché à un problème plus global, et originel, de conception de celles-ci.** Pour pouvoir l'infirmer ou la confirmer, au terme de notre recherche, il faudra mettre en exergue, tout au long de celle-ci, les éléments propres à la façon dont été conçues les dispositions et il faut dès à présent redonner les étapes clés de l'élaboration de la norme.

2. Une démarche nécessitant de s'intéresser à l'élaboration de la norme

30. De la loi à la norme. Notre hypothèse de départ est formulée eu égard aux dispositions étudiées mais se rapporte plus généralement à la conception de toute disposition confondue. C'est pourquoi on souhaite désormais expliquer plus précisément notre démarche, en rappelant qui participe à l'élaboration de la norme et comment.

31. La loi. Pour l'expliquer succinctement, et concrètement, on a choisi d'emprunter à la sculpture son vocabulaire, même si l'on verra qu'il ne lui est pas réservé. À l'état brut sont les mots. Le législateur en emploie pour formuler des règles. Les mots sont pour lui une matière première inépuisable, mais encore faut-il qu'il les assemble pour leur donner du sens, pour qu'ils prennent en quelque sorte forme. En 1996, dans le cadre de la loi Galland, le législateur a édicté différentes règles. Ce sont des mesures prises pour la conduite loyale et morale dans les relations commerciales. Ne pas rompre brutalement une relation commerciale établie peut ainsi être considéré comme un comportement loyal. C'est une prescription de ne pas faire. En édictant des règles, le législateur exerce une certaine influence sur les comportements ; il va en prescrire et en proscrire. L'effet ne sera atteint que si les mots choisis sont les bons. Mais les règles édictées par

le législateur ont-elles le sens qui leur a été conféré par lui ? La question a déjà été posée : lorsque le déclin de la loi est évoqué, la faible qualité de celle-ci a pour effet d'accélérer celui-là¹¹⁹. C'est en cela un phénomène endogène, qui ne pourrait concerner que le législateur, en prise avec ses mots. Mais c'est également un phénomène exogène, car une fois la loi édictée, c'est comme si elle ne lui appartenait plus. Il l'a faite pour qu'elle soit appliquée, mais lorsqu'elle rencontre des obstacles pour l'être, c'est alors qu'intervient le juge.

32. La loi interprétée. Le juge connaît des lois car leur application, ou leur inapplication, peuvent être réclamées devant eux. Ce sera ainsi à eux de déterminer entre l'une et l'autre. On ne pourrait s'intéresser qu'à la loi, en en livrant l'exégèse, mais on ne peut rester aveugle à la jurisprudence à laquelle les dispositions ont pu donner lieu si l'on veut en avoir une compréhension totale. L'étude de la pratique ne peut se faire qu'avec l'une et l'autre. Dans cette voie, il faut revenir sur les trois sens de la loi, tels qu'ils ont été présentés par le Professeur Millard. *« La loi peut ainsi être comprise en trois sens. D'abord comme acte juridique : une énonciation selon la procédure législative. Ensuite comme un énoncé : un texte. Enfin comme une norme : une signification. Nous confondons souvent les trois choses, et prêtons que tout texte adopté par la procédure législative dispose d'une signification relativement claire. Un des présupposés d'un guide légistique est que les qualités rédactionnelles d'un texte contribuent à rendre la loi claire, donc à éviter les problèmes d'interprétation, autant que de contradiction. Or ce présupposé est un présupposé politique (la loi doit être claire) qui ne résiste à aucune analyse linguistique disponible depuis au moins 100 ans (aucun texte n'est jamais clair, c'est-à-dire doté d'une et une seule signification). Si la linguistique a raison de dire que toute signification suppose l'interprétation, il est possible que les guides de légistiques contribuent à réduire la part d'indéterminé, mais ils ne la feront jamais disparaître. Un travail d'interprétation est toujours nécessaire. La notion d'application de la loi est un non-sens dès lors que le texte à appliquer n'a pas une seule signification. Toute application suppose une interprétation et à vrai dire toute application est interprétation¹²⁰ »*. Dans son sens courant, interpréter c'est expliquer ce qu'il y a d'obscur ou d'ambigu dans un texte, c'est en éclairer le sens¹²¹. En droit, si l'application de la loi donne lieu à interprétation, on souhaiterait ajouter que les inapplications y donnent aussi lieu. Et si toutes deux donnent lieu à interprétation, il va nécessairement y avoir plusieurs significations. Les applications et les inapplications des dispositions de la rupture brutale des relations commerciale lui en confèreraient ainsi plusieurs, qui sont autant de façons de les comprendre. On va en prendre connaissance tout au long de la

¹¹⁹ B. MATHIEU, La loi, 2^e éd., 2004, Dalloz, spéc. 71.

¹²⁰ É. MILLARD, Les limites des guides de légistique : L'exemple du droit français, in A. FLÜCKIGER et C. GUY-ECABERT (dir), Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer ? Le rôle des guides de légistique, Schulthess Medias Juridiques SA (Genève), pp.117-128, 2008, Pratique du droit administratif, spéc. 14.

¹²¹ Dic. de l'Académie fr. [en ligne], entrée « interpréter ».

recherche mais après avoir cerné qui élabore la loi et qui l'interprète, on s'est demandé comment la loi était interprétée.

33. La loi interprétée conformément à la volonté du législateur. « *L'interprétation est selon Suarez une déclaration du sens de la loi, c'est-à-dire une recherche de la volonté du législateur à travers ses mots, laquelle constitue la forme de la loi. Sans doute cette volonté est-elle exprimée rationnellement, puisque la loi contient une ratio, l'interprétation ne concerne que le sens des mots par rapports à la volonté du législateur. Il faut donc privilégier la recherche du sens des mots par rapport à la recherche de la ratio legis et il est inutile de référer cette dernière à autre chose qu'à l'intention du législateur. Le sens des mots peut d'ailleurs suffire à indiquer directement la volonté¹²²* ». Le Professeur Bastit présente dans cet extrait ce qu'est l'interprétation, pour le jésuite et théologien espagnol, Francisco Suárez. Elle commande une double recherche : celle du sens des mots, à partir de celle de la volonté du législateur. Elle est strictement limitée à cette dernière. Dans le cadre de la loi Galland, la volonté du législateur transparissait dans son intitulé. Il a pris les mesures nécessaires à la loyauté et l'équilibre dans les relations commerciales. La formulation pourrait être plus évocatrice avec un verbe. Mais dès que l'on part à sa recherche, on se rend compte que différents peuvent convenir, à l'instar de *garantir, soutenir, préserver, maintenir, instaurer, pérenniser, protéger, assurer, défendre, établir, sauvegarder, défendre, entretenir*, etc. Aucun n'a le même sens. Certains peuvent néanmoins être regroupés, mais les groupes donnent des visions très différentes. Un premier laisserait entendre que la loyauté et l'équilibre des relations commerciales existent, mais qu'ils sont menacés, et qu'il faut dès lors les préserver¹²³. Dans un second, ni la loyauté ni l'équilibre n'existe, et il conviendrait donc de les instaurer¹²⁴. Ce dernier cas peut paraître extrême et ne pas embrasser toutes les réalités. Mais même en se plaçant dès lors dans le cadre du premier, choisir l'un des verbes qui s'y trouve plutôt qu'un autre s'accompagne d'hésitations. Elles sont telles qu'elles peuvent faire douter de la *ratio legis*. Ce qui pourrait faire envisager la situation dans laquelle elle n'est pas exprimée.

34. L'entreprise périlleuse d'interprétation en l'absence de ratio legis exprimée. Le Professeur Bastit a poursuivi, en ajoutant qu'« *entreprendre de la rechercher est une entreprise très aléatoire et arbitraire qui ne peut qu'aboutir à une opinion doctrinale sans grande valeur¹²⁵* ». Cela semble s'adresser à ceux qui dédient leurs travaux à la loi, qui en font un objet d'étude à part entière. Mais cela peut-il s'envisager plus largement, et concerner les juges, lorsqu'ils doivent décider de l'application d'une loi, en l'interprétant, mais sans pouvoir se référer, avec certitude, à

¹²² M. BASTIT, *Naissance de la loi moderne*, 1990, PUF, Léviathan, spéc. p. 351.

¹²³ Premier groupe rassemblant *garantir, soutenir, préserver, maintenir, pérenniser, protéger, assurer, défendre, sauvegarder, défendre, entretenir*.

¹²⁴ Second groupe rassemblant *instaurer* et *établir*.

¹²⁵ M. BASTIT, *ibid.*, spéc. p. 352.

sa *ratio legis* ? Est-ce que l'entreprise dans laquelle ils se lancent alors est *très aléatoire et arbitraire* ? Y répondre par l'affirmative en ne se fondant que sur les dérives observées dans l'application de dispositions paraît incomplet. Il manque des étapes, rendant nécessaire d'établir les différentes relations de cause à effets en présence.

3. Les relations de cause à effets

35. La connaissance de ses effets et la méconnaissance de la cause. De la pratique de rupture brutale des relations commerciales établies on connaît déjà certains des problèmes d'application qu'elle engendre, et des dérives qu'elle crée, notamment : un contentieux de masse, avec une pluralité de demandeurs de forces inégales ou équivalentes, une extension de son domaine d'application, un « *effet d'aubaine* », etc. Ils correspondent à des « *effets* », dans la mesure où ils résultent de l'application des dispositions. S'il a déjà été tenté d'en rechercher les causes, les réponses apportées semblent insuffisantes. En effet, il ne nous est pas permis de répondre précisément à la question de savoir ce qui fait que les dispositions ont trouvé à s'appliquer si diversement, en créant autant de dérives. La réponse directement apportée consiste à les rattacher aux dispositions. Or ce ne sont plus celles d'origine, en ayant été modifiées à différentes reprises, sur plusieurs aspects. En outre, les applications auxquelles elles ont donné lieu sont le fait du juge, dont on sait qu'il interprète quand il applique, et qu'il interprète plus ou moins conformément à la *ratio legis*, quand celle-ci n'est pas clairement exprimée. La réponse est diffuse et imprécise car, sans nier la relation de cause à effet, on ne sait pas ce qui dans les dispositions est susceptible de provoquer de tels effets. Il faut s'intéresser à la cause. Cela implique donc de se pencher au plus près de la pratique et de cerner comment elle a été conçue, en se demandant si elle est modelable. L'adjectif utilisé se rencontre rarement hors du domaine avec lequel on raisonne par analogie. Il nous revient d'en éclairer le sens avant de formuler notre problématique.

4. La problématique générale et le plan de résolution

36. La recherche de la signification de l'adjectif « *modelable* ». Il n'est défini ni par le dictionnaire de l'Académie française, ni par le Littré, ni par le Larousse, ni par le Robert. Par contre, il l'est dans le dictionnaire Cordial, comme un adjectif signifiant « *qui peut être modelé*¹²⁶ ». On retrouve cette signification, à l'identique, dans le Trésor de la Langue Française, dans une remarque insérée dans la définition du verbe « *modeler*¹²⁷ ». L'adjectif *modelable* est construit à

¹²⁶ Dic. Cordial [en ligne], entrée : « *modelable* ».

¹²⁷ TLFi [en ligne], entrée : « *modeler* », remarque.

partir du verbe « *modeler* » et du suffixe « *-able* ». Cette suffixation sert à former des adjectifs à partir de verbes ; elle exprime la possibilité¹²⁸. Plus précisément, ce suffixe formateur d'adjectifs l'est à partir de verbes transitifs directs et exprimant la possibilité passive : « « *que l'on peut* » + *infinitif*¹²⁹ ». *Modelable* signifierait ainsi *que l'on peut modeler*. Le dictionnaire Cordial donne quatre définitions du verbe, *modeler* c'est : (i) donner une forme, (ii) donner une forme en pétrissant une substance, sculpter, (iii) mettre des formes en relief et (iv) conformer, régler. Le dictionnaire de l'Académie française donne plusieurs sens au verbe *modeler*, à partir de celui utilisé pour lui conférer une signification : *façonner*¹³⁰. Conformément aux sens fournis, en considérant que *modeler* c'est *façonner*, il peut se rapporter indifféremment au concret et à l'abstrait, on les aborde successivement.

37. Le concret. Une première façon d'appréhender ce qui est modelable est de le faire à partir de l'activité à laquelle le terme se rapporte le plus directement : la sculpture. Le bronze est une matière commune à plusieurs sculpteurs bien que leurs œuvres soient toutes différentes ; que l'on compare *L'homme qui marche* de Giacommetti à l'un des animaux du bestiaire de Barry Flanagan ou à *La Joueuse de flûte*, de Camille Claudel. Le *César du Cinéma*, du sculpteur César est différent de *Éloge du pas de côté*, de Philippe Ramette, alors qu'elles proviennent de la même fonderie. Ce qui est modelable peut se rapporter plus indirectement au corps humain et le droit pose alors la question de savoir s'il est modelable¹³¹. « *La philosophe Stéphanie Perruchoud Gonzalez explique, dans sa contribution « Le corps au XXI^e siècle : un principe malmené », que la prééminence d'une conception du corps qui le représente comme une ressource exploitable et modelable par la technique est peut-être liée à une ambiguïté propre au corps lui-même. Source de possibilités, le corps humain, de par son inscription dans le monde, est en même temps une source d'impossibilités et par là ce dont on tend à vouloir repousser les limites*¹³² ». Il y aurait quelque chose propre au corps, qui le rendrait modelable, bien qu'il ne le serait que dans certaines limites, même si sous leur aspect incompressible, elles semblent toujours être poussées plus loin. Ces premiers éléments explicatifs permettent de saisir que ce qui peut être modelé, l'est à partir d'une matière, à laquelle il est possible de donner diverses formes, mais jusqu'à un certain point. Il est possible de les retrouver en expliquant abstraitement ce qui peut être modelé, en abandonnant cette fois le corps humain pour son esprit.

¹²⁸ CNRTL, lexicographie [en ligne], entrée : « *-able* ».

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ Dic. Académie fr., entrée : « *modeler* ».

¹³¹ V. LASSERRE, Quels risques et quelles responsabilités juridiques liés à l'artificialisation du corps ?, Archives de philosophie du droit 2017/1, pp. 99-123 : « *Premièrement, le corps est-il un objet modelable ? En d'autres termes, « le cerveau de l'homme est-il disponible ? ».*

¹³² SCHUMACHER B. N., Corps vulnérable : des limites à accueillir, in SCHUMACHER B. N. éd., L'éthique de la dépendance face au corps vulnérable. Toulouse, Érès, « Espace éthique - Poche », 2019, p. 7-19. DOI : 10.3917/eres.schum.2019.02.0007. URL : <https://www-cairn-info.passerelle.univ-rennes1.fr/--9782749263458-page-7.htm>

38. L'abstrait. « *L'humain n'est plus figé dans des caractéristiques immuables, il est modelable à partir de l'éducation, de la culture et de la société qui sont autant de fonctions de réalisation. En fait, l'être rationnel que nous pensons être n'est rien s'il n'est originellement un être relationnel, ainsi que l'a confirmé l'étude du langage. Et cela implique que cette humanité ne peut être atteinte qu'à travers et par le changement parce que l'homme n'a pas ses caractères d'espèce invariablement acquis. Il appartient par conséquent de comprendre l'humain non à partir d'une substantialité donnée et figée mais à partir de ce qui le définit tout aussi bien, ce qu'il n'est pas, ce qu'il a à être et qui fait qu'il s'apparaît comme mouvement de réalisation continue et, pourrait-on dire, inépuisable*¹³³ ». Cet extrait débute par une opposition entre ce qui est immuable et ce qui peut être changé. Elle se confirme ensuite avec l'utilisation du terme « *changement* ». Cela éclaire sur le sens à donner à l'adjectif *modelable* : ce à quoi il se rapporte peut changer. Il lui confère en cela une propriété. Il impose aussi une chronologie, puisque ce qui va changer ne sera plus dans l'état dans lequel il était initialement. L'état final est certes important, mais il n'est cependant pas certain qu'il soit définitif puisque la propriété ne se perd pas quand elle mise en œuvre (à moins qu'il n'en soit décider autrement). Après avoir plus précisément cerné le sens à donner à l'adjectif utilisé à propos de la pratique de rupture brutale, on ajoute un exemple de son utilisation en droit civil.

39. L'utilisation de l'adjectif « modelable » en droit civil. Une recherche de l'adjectif *modelable* dans l'éditeur juridique Dalloz ne donne qu'un très faible nombre de résultats (cinq pour être exact), l'un est présent dans une encyclopédie et c'est celui-ci que l'on a choisi pour confirmer que le sens exposé est aussi celui pour lequel il a été utilisé. L'encyclopédie intéresse la donation et ses conditions de validité. Elles sont présentées par le Professeur Najjar. Le principe est l'irrévocabilité des donations, mais il connaît des exceptions¹³⁴. La donation peut être stipulée avec une clause de retour conventionnel¹³⁵. Pour Maître Merle, le droit de retour de l'article 951 du Code civil est « *un droit conventionnel*¹³⁶ », et le Professeur Najjar d'ajouter que « *le retour conventionnel est modelable par contrat*¹³⁷ ». En ce sens, « *le donateur peut révoquer la donation, reprendre le bien qu'il donne, à son seul profit, par le jeu de l'organisation conventionnelle d'un droit de retour*¹³⁸ ». Il peut le faire dans les limitations imposées par la loi¹³⁹. Maître Merle l'explique : « *l'article 951 du Code civil prévoit que « le donateur pourra stipuler le droit de retour des objets*

¹³³ J.-P. COUJOU Jean-Paul, Principes de la paix européenne et devenir historique chez Luis Vivès, Archives de philosophie du droit 2019/1, pp. 339-372.

¹³⁴ I. NAJJAR, Donation, in E. SAVAUX (dir), Rép. de droit civil, maj fév. 2022, 515-564.

¹³⁵ *Ibid.*, spéc. 516.

¹³⁶ W. MERLE, Le droit de retour de l'article 951 du Code civil : un droit conventionnel, JCP N n°41, 13 oct. 2000, p. 1477.

¹³⁷ I. NAJJAR, *ibid.*, spéc. 518.

¹³⁸ *Ibid.*, spéc. 519. C. civ., art. 951 : « *Le donateur pourra stipuler le droit de retour des objets soit pour le cas de prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants. Ce droit ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur seul* ».

¹³⁹ *Ibid.*, spéc. 518.

donnés », ce qui n'implique pas sur tous les objets donnés, le donateur pouvant à son gré limiter les effets du droit de retour¹⁴⁰ ». La possibilité pour le donateur de retirer seulement certains objets lui est conférée par le droit de retour. Cela montre que ce dernier suit sa volonté, dans les limites que la loi lui impose. Ainsi, la donation telle qu'elle a été faite par le donateur est susceptible de modifications, relativement à son contenu, mais celles-ci ne peuvent avoir lieu que dans les limites prévues par la loi.

40. L'appréciation du périmètre des changements. Les éléments explicatifs du sens à donner à l'adjectif « *modelable* » ayant été rassemblés, il peut désormais servir à caractériser la pratique de rupture brutale des relations commerciales établies, dont on sait qu'elle a changé, mais dont on souhaite désormais savoir comment. Il y a dans les dispositions des éléments qui permettent à la pratique de changer, et un fois qu'on les aura identifiés, il faudra s'interroger sur l'étendue des changements. L'emploi de l'adjectif « *modelable* » implique que l'objet auquel il s'applique change, mais il change dans certaines limites. Il faudra donc apprécier les limites dans lesquelles les diverses applications des dispositions s'inscrivent. Ces limites ont-elles été repoussées ? La question subséquente est de savoir jusqu'à quel point. Est-ce que la pratique a diversement été appliquée au point d'être déformée ? L'une des déformations de la pratique de la rupture brutale des relations commerciales établies consiste dans le fait d'avoir été créée pour lutter contre les déréférencements brutaux, mais de ne trouver application dans le secteur de la grande distribution qu'en de rares occasions¹⁴¹. Cette déformation est la plus flagrante mais on peut se demander s'il en existe d'autres.

41. La problématique d'ensemble. Le fait que la pratique soit ainsi susceptible de modifications doit être expliqué, ainsi que les conséquences que cela entraîne. Il est probable que les déformations sous-tendent un risque plus important que les déformations elles-mêmes. **En tant que pratique restrictive de concurrence, placée dans la conception extensive du droit de la concurrence, la rupture brutale des relations commerciales établies devrait protéger à la fois les concurrents et la concurrence, mais les déformations engendrées par la diversité de ses applications ne mettent-elles pas ce dessein en péril ?**

42. Plan de l'étude. Telle qu'elles ont été conçues, les dispositions de la rupture brutale des relations commerciales établies en feraient une pratique modelable (première partie), qui l'auraient ainsi amenée à la détourner de son but, voire à l'empêcher désormais de l'atteindre, et qui feraient une pratique déformée (seconde partie).

¹⁴⁰ W. MERLE, *ibid.*

¹⁴¹ L. VOGEL, La dérive du droit de la rupture brutale de relations commerciales établies. Plaidoyer pour une réforme, in *Mélanges offerts en l'honneur du professeur Michel German*, 2015, LGDJ, LexisNexis, spéc. p. 855.

PREMIERE PARTIE : UNE PRATIQUE MODELABLE

43. La modulation progressive de la pratique. Le législateur modèle d'abord la loi à partir d'une situation. S'agissant de la loi Galland, elle pourrait être considérée comme une loi en réaction ; en l'occurrence, en réaction à la puissance d'achat et à l'impossibilité de l'encadrer à l'aide des instruments du *grand droit* de la concurrence. Le législateur modèle ensuite la loi à partir des mots. Ils constituent sa matière première. Il choisit ceux se rapportant à la situation identifiée. Soit il en crée, soit il en choisit d'assez descriptifs, d'assez évocateurs. Il doit opérer un choix. À défaut d'avoir élu un vocabulaire technique, le législateur a privilégié une terminologie généraliste. Il a notamment repris l'expression « *relation commerciale établie* », telle qu'elle avait été insérée dans l'article 8 de l'ordonnance de 1986 relatif aux abus de domination. C'est donc dans les jurisprudences rendues sur ce fondement qu'il faudra commencer à rechercher à quoi elle se rapporte. La « *relation* » se définit comme un rapport entre deux personnes. Or le législateur n'en a indiqué qu'une : l'auteur. La seconde est partie à la relation, sans avoir été précisément déterminée. La lettre de la loi relative à la rupture brutale des relations commerciales établies peut ainsi paraître, non pas foncièrement incomplète, mais insuffisamment précise, en ce qu'elle impose des recherches, des délimitations. Certaines de ces dernières sont ainsi revenues au juge. Il faudra identifier ce qui lui a permis d'en même temps appliquer la loi et d'aussi la modeler.

Le législateur a modelé la loi et le juge l'a appliquée. Mais le juge s'en est-il tenu à l'appliquer ou bien l'a-t-il aussi, à son tour, modelée ? En quoi les choix rédactionnels permissifs du législateur (Titre 1) peuvent-ils être considérés comme à l'origine de l'empreinte laissée par les juges sur les dispositions de la rupture des relations commerciales établies (Titre 2) ?

TITRE 1 : LES CHOIX RÉDACTIONNELS PERMISSIFS DU LÉGISLATEUR

44. De manifestation à pratique à part entière. La rupture brutale des relations commerciales établies a des origines entremêlées entre le *grand* et le *petit* droit de la concurrence. La rupture de relations commerciales établies est la manifestation d'une pratique anticoncurrentielle et la rupture brutale des relations commerciales établies est une pratique restrictive de concurrence, soit aujourd'hui une catégorie parmi les pratiques commerciales déloyales entre entreprises. D'un point de vue strictement terminologique, seul l'ajout de l'adjectif « *brutal* » à l'une, la différencie de l'autre. Elles ressortent chacune de domaine propre, susceptible d'ajouter des éléments permettant de les distinguer. Toutefois, on sait leurs frontières moins infranchissables qu'il n'y paraît et des voies pourraient être empruntées pour lier l'une à l'autre. De façon chronologique, la plus récente emprunte certains traits caractéristiques à celle qui l'a précédée ; il faudra déterminer lesquels en recherchant à quelles applications l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a pu donner lieu. Il sera tout aussi important de s'intéresser à la rupture qu'à la relation qui est rompue. Ces deux éléments constituent la pratique, même si ni l'un ni l'autre n'ont été précisément cernés par le législateur. Il a puisé dans les origines entremêlées de la rupture brutale des relations commerciales établies pour en faire une pratique à part entière (chapitre 1), qui peine pourtant à être considérée comme telle compte tenu de son domaine indéfini (chapitre 2).

45. Dans le *grand droit de la concurrence*. La rupture brutale des relations commerciales établies a été créée en 1996. Mais l'expression « *rupture de relations commerciales établies* » figure déjà dans l'ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence du 1^{er} décembre 1986¹⁴², parmi les pratiques anticoncurrentielles. Elle est l'une des manifestations possibles de l'exploitation abusive d'une position dominante et de l'état de dépendance économique, prohibée à l'article 8¹⁴³ :

« *Est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises :*

- 1. D'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ;*
- 2. De l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente.*

Ces abus peuvent notamment 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. »

Au dernier alinéa, les exemples fournis permettent d'appréhender les abus. L'appartenance de la rupture à cette liste guide de premières recherches dans le droit des pratiques anticoncurrentielles : d'abord sur le fondement cité, élargi ensuite aux ententes. La rupture se rencontre fréquemment en jurisprudence, dépassant le cas particulier du texte. Elle emprunte différentes formes et fait partie des relations entre entreprises. Mais la rupture n'est pas suffisante pour qualifier une pratique anticoncurrentielle. Elle doit avoir été décidée par une entreprise en position dominante, ou résulter de comportements coordonnés, et affecter la concurrence. Seulement quelques arrêts en attestent, leur analyse est surtout fructueuse pour mettre en exergue les caractéristiques communes des relations en cause.

46. Dans le *petit droit de la concurrence* Les débats de la loi Galland retracent la modernisation économique depuis 1986¹⁴⁴, année charnière du passage de l'économie administrée à l'économie de marché. L'essor s'accompagne de dysfonctionnements. L'exemple

¹⁴² Ord. n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, JORF n°285 du lun. 08 et mar. 09 déc. 1986, pp. 14773-14778, spéc. art. 8 p. 14774, 23.

¹⁴³ *Ibid.*, art. 8, reproduit et nous soulignons l'expression. M. GLAIS, Chronique de la concurrence – L'exploitation abusive d'un État de dépendance économique (Analyse économique du droit et de la jurisprudence française de la concurrence), Revue d'économie industrielle, vol. 68, 2^e trim. 1004, pp. 81-98.

¹⁴⁴ A.N., C.R., 27 mars 1996, 2^{ème} séance, p. 41 et s.

topique est la grande distribution. Les distributeurs ont menacé, rudoyé les fournisseurs. Les tensions ont été exacerbées dans leurs relations. La rupture brutale des relations commerciales établies entend obvier les déréférencements abusifs. Malgré l'intervention du législateur, l'équilibre ne semble jamais avoir été instauré. Les mesures prises se poursuivent, non seulement à l'échelle nationale, mais d'autres ont aussi été initiées au niveau européen et font partie d'un encadrement sectoriel.

Tirée des pratiques anticoncurrentielles (section 1), la rupture brutale y puise ses traits caractéristiques, jalonnant la poursuite de son étude dans son contexte d'adoption et depuis lors (section 2).

SECTION 1 : UNE MANIFESTATION DE PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE

47. Une pratique dérivée. Le choix d'un marché concurrentiel s'est imposé avec la construction de l'Union européenne. La protection des conditions de concurrence engendre une réglementation des comportements¹⁴⁵. Les pratiques anticoncurrentielles sont identiquement poursuivies en droit de l'Union européenne et interne. Les ruptures de relations commerciales sont d'abord recherchées dans cette base commune : se retrouvant dans les ententes et dans les abus de position dominante. Mais ces pratiques ne parviennent pas à contrer les abus de la puissance d'achat. En réponse, la domination est dédoublée. Elle se conçoit de manière absolue et relative. L'abus de dépendance économique est introduit en droit interne, mais comme pour les pratiques anticoncurrentielles de portée locale, l'atteinte au marché est une condition difficile à vérifier, si bien que des ruptures nuisent à certaines entreprises sans que celles-ci puissent être protégées.

La rupture des relations commerciales établies ressort de la base commune des pratiques anticoncurrentielles du droit de l'Union européenne (§1), elle en dérive et relève ensuite de pratiques relevant du seul droit interne (§2). Son dessein protecteur n'a semble-t-il été atteint ni dans les unes ni dans les autres.

¹⁴⁵ M. MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, 2019, 8^e éd., Dalloz, Sirey, Coll. Université, ISBN n°978-2-247-19756-9, 470, p. 217.

§1. Les ruptures dans les pratiques anticoncurrentielles du droit de l'Union européenne

48. La rupture, pratique révélatrice de pratiques anticoncurrentielles. Cette approche conduit à la présenter sous un jour négatif alors qu'une rupture peut s'avérer être un choix logique sur un marché. Elle est contrainte par application des dispositions du droit de la concurrence. Elle fait connaître de dysfonctionnements : dans les comportements de connivence et d'affrontements, respectivement sanctionnés dans le cadre du droit des ententes (A) et dans celui des abus de position de dominante (B). Les deux types de pratiques doivent être examinés car si les ruptures sont explicitement envisagées dans les abus de domination, elles le sont aussi implicitement parmi les buts anticoncurrentiels des ententes.

A. La rupture dans le droit des ententes

49. Son caractère unilatéral, aspect caractéristique de la rupture. De son seul fait, l'auteur peut mettre fin à une relation commerciale. Comment dès lors concevoir qu'une rupture puisse constituer un concours de volontés, nécessaire à la caractérisation d'une entente ? Elle ne devrait plus émaner d'une seule entreprise mais de plusieurs. L'accord doit être recherché du côté des auteurs, qu'ils soient ou non en situation de concurrence. L'exclusion de comportements unilatéraux des ententes ne se vérifie pas en pratique. Si des ruptures peuvent indirectement être constitutives d'ententes entre concurrents (1), elles trouvent un terrain d'élection au sein des réseaux (2).

1. Un comportement unilatéral coordonné entre concurrents

50. Une distinction inopérante. Le principe sous-jacent à la prohibition des ententes est l'autonomie avec laquelle les entreprises doivent agir sur le marché¹⁴⁶. La garantie du jeu concurrentiel repose sur l'indépendance des comportements. La Commission oppose le comportement unilatéral à la coordination de comportements (ou collusion entre entreprises¹⁴⁷). Selon elle, le premier relève uniquement de la prohibition de l'exploitation abusive d'une position dominante. Mais en pratique, des ententes entre concurrents peuvent avoir pour origine les comportements unilatéraux de chacun d'eux, à condition qu'ils aient été coordonnés, car un parallélisme de comportements demeure envisageable.

¹⁴⁶ Commission, lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, 2004/C 101/08, JOUE du 27 avr. 2004, C 101/97, pt. 14.

¹⁴⁷ *Ibid.*

51. L'affaire des laminés de zinc¹⁴⁸. Deux entreprises concurrentes ont cessé leurs livraisons à une troisième, après que des salariés de l'une d'elles ont découvert un procédé de réétiquetage des produits fournis. Destinés à être vendus en Égypte, ils étaient en fait distribués en République Fédérale d'Allemagne¹⁴⁹. Dans le cadre d'exports hors Europe, l'entreprise cliente avait obtenu des tarifs plus bas, ce qui lui permettait de répercuter cette baisse lors de la revente en RFA. La Commission reproche aux fournisseurs d'avoir échangé des informations, dans le cadre d'une pratique concertée, afin de maintenir un certain niveau de prix en RFA. Mais au regard des éléments justificatifs fournis par les requérantes, la CJCE n'a pu aller dans le sens de la Commission. La charge de la preuve incombant à l'autorité poursuivante, la Commission n'a pas réuni des éléments de preuve suffisamment précis et concordants pour établir que le comportement parallèle résultait d'une concertation¹⁵⁰.

52. La rupture comme comportement unilatéral coordonné. Lorsque des entreprises concurrentes cessent d'approvisionner une entreprise cliente, elles peuvent être à l'origine de son éviction du marché, sur lequel toutes sont présentes. La structure de la concurrence s'en trouve modifiée, une atteinte au marché est caractérisée. La rupture met en évidence ce qui est prohibé par le droit des ententes. Lorsque plusieurs entreprises s'entendent, pour mettre fin à une relation commerciale que chacune d'entre elles entretient avec une autre et même entreprise, alors elles renoncent à une part de leur indépendance décisionnelle. L'accord, défini comme *la volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée*¹⁵¹, se matérialise dès le moment où les entreprises décident de coordonner leurs comportements. Si cela donne lieu à des échanges d'informations, alors ils pourraient déjà constituer une pratique concertée, sans que la rupture doive nécessairement être mise en œuvre.

À l'instar d'une rupture, une pratique unilatérale ne devrait pas être automatiquement exclue de la prohibition des ententes, justement parce qu'elle présente un caractère unilatéral. Sous cette apparence d'unilatéralité, le comportement peut très bien être coordonné. C'est une pratique à partir de laquelle la démonstration de l'entente peut être conduite, de manière inductive.

2. La diversité des ruptures dans les réseaux

53. Les ruptures dans les réseaux. Des ruptures de relations commerciales établies peuvent particulièrement s'envisager dans les relations verticales. Une tête de réseau organise sa

¹⁴⁸ CJCE, 28 mars 1984, aff. C-29/83 et 30/83, CRAM et Rheinzink c/ Commission.

¹⁴⁹ La République Fédérale d'Allemagne est désignée ci-après par l'acronyme, communément admis, « RFA ».

¹⁵⁰ CJCE, 28 mars 1984, *ibid*, pt. 20.

¹⁵¹ En référence à la jurisprudence de la CJCE, *not.* CJCE, 15 juill. 1970, aff. 41/69, ACF Chemiefarma, pt. 112.

production : incluant le fait de se fournir auprès d'une entreprise, puis d'une autre. Son adaptation est fonction d'innovations, de rupture ou incrémentales¹⁵². Dans le secteur automobile par exemple, les fabricants ont découpé la chaîne de production : recourant à d'autres entreprises, qui, comme Valéo, sont des équipementiers, c'est-à-dire des partenaires plutôt que des sous-traitants¹⁵³. La possibilité pour les têtes de réseaux de se passer de leurs approvisionnements va avoir une incidence négative sur leurs activités, parfois jusqu'à menacer leur pérennité. La jurisprudence dépasse, de nouveau, l'unilatéralité de la rupture¹⁵⁴. Confondant d'autres pratiques, elle s'observe comme une pratique protéiforme.

54. Le refus d'agrément. La CJCE a reconnu l'existence d'accords entre une tête de réseau de distribution et ses revendeurs lorsqu'elle refuse d'agréer un nouveau distributeur¹⁵⁵. D'emblée, un tel refus ne saurait être envisagé comme une rupture car en son absence, la distribution n'a vraisemblablement pas pu commencer. *A contrario*, si le refus s'insère dans des relations commerciales déjà entamées, alors il pourrait constituer une rupture. C'est l'hypothèse du non-renouvellement d'agrément, potentiellement rupture et siège d'entente. La première sera plus aisément caractérisée que l'entrave portée à la concurrence, nécessaire pour démontrer l'illicéité de la seconde. En jurisprudence, un refus isolé d'agrément n'a pas d'effet anticoncurrentiel¹⁵⁶. Un distributeur ne peut pas davantage mettre en cause la décision de son fournisseur de faire cesser leurs relations et lui reprocher d'avoir fomenté une entente avec le nouveau distributeur¹⁵⁷.

¹⁵² A. WEINBERG, Vocabulaire de l'innovation, *in* Les Grands Dossiers des Sciences Humaines, 2005/3, n°38, p. 21.

¹⁵³ J. ASCHENBROICH, Le métier d'équipementier automobile du futur, *Annales des Mines – Réalités industrielles*, 2014/2, mai 2014, pp. 35-39. L'auteur – directeur général de Valéo – explique qu'une part importante des innovations dans le développement d'une automobile revient aux équipementiers. Il prend pour exemple le *Stop-Start*, les projecteurs à LED au *design* moderne, l'éclairage intelligent et aussi le système de parking semi-automatique (spéc. p. 36). Leur conception revient aux équipementiers.

¹⁵⁴ G. GOURNAY, Rupture fautive d'un contrat de distribution et pratiques anticoncurrentielles, *Droit et Patrimoine* n°116, 1^{er} juin 2003, envisageant la rupture comme un « acte unilatéral ».

¹⁵⁵ CJCE, 25 oct. 1984, aff. C-107/82, pt. 38, 39. C. PRIETO, Ententes, synthèse *in* JCI Europe Traité, maj 29 sept. 2020, 21 : « [...] La Cour de justice a rapidement considéré que ce refus s'insérerait dans les relations contractuelles avec tous les distributeurs agréés dans la mesure où il s'agissait de faire respecter la base du contrat conclu entre eux ».

¹⁵⁶ CA Paris, 23 janv. 2019, n°16/16856, J.-D. n°2019-024918. G. DECOCQ, Le refus d'agrément constitue un accord de volontés et non une pratique unilatérale, CCC n°4, avr. 2019, 72 : « La cour d'appel estime aussi que la société Palau ne rapporte pas la preuve que le refus d'agrément de la société Mazda, avait un objet ou un effet anticoncurrentiel et considère celui-ci comme étant conforme à l'alinéa 1^{er} de l'article 101 TFUE et à l'article L. 420-1 du Code de commerce. Pour la Cour, la pratique en cause « consiste dans un refus isolé d'agrément opposé par la société Mazda à la société Palau en février 2016, à la suite de la résiliation ordinaire du contrat de réparateur agréé au 12 juin 2016 » ». N. ERÉSÉO, Distribution sélective : La Cour d'appel de Paris juge que le refus d'agrément n'est pas un acte unilatéral exclusif de la qualification d'entente (*Automobiles Palau / Mazda Automobiles France*), *Concurrences* n°2-2019, « Ainsi, pour la Cour, le caractère isolé du refus ne signifie pas qu'il correspond à une pratique unilatérale, mais seulement qu'il doit être pris en considération pour apprécier l'objet ou l'effet anticoncurrentiel du refus ».

¹⁵⁷ Cons. conc., déc. n°01-D-42 relative à une saisine de la Société anonyme des établissements André Barbot concernant les pratiques des sociétés BAT et Rebel sur le marché de l'approvisionnement des cigarettes dans l'île de la Réunion, « un fournisseur est libre de choisir le mode de distribution de ses produits et de modifier son réseau de distribution sans que ses cocontractants bénéficient d'un droit acquis au maintien de leur situation [...] le simple fait pour un producteur de rationaliser le mode de distribution de ses produits ne caractérise pas, en soi, une entente de nature anticoncurrentielle entre ce producteur et le nouveau distributeur ».

55. Des refus de livraison dans le cadre d'une concession ont été qualifiés d'entente¹⁵⁸. En l'espèce, Ford faisait distribuer ses voitures en RFA : certaines avec la conduite à gauche, d'autres avec la conduite à droite. À cause de fluctuations monétaires, des clients britanniques achetaient leurs véhicules en RFA. Pour contrecarrer les exportations parallèles, menaçant l'organisation réticulaire aussi mise en place au Royaume-Uni, le fabricant refuse de livrer les véhicules avec conduite à droite aux distributeurs de la RFA. La CJCE reconnaît l'accord de volontés, contenu dans les relations contractuelles entre Ford et ses revendeurs¹⁵⁹. Leur admission dans le réseau implique l'acceptation de sa politique commerciale. L'effet anticoncurrentiel est le cloisonnement des marchés nationaux. La CJCE a ultérieurement précisé sa jurisprudence eu égard à un contingentement de vente décidé par une firme pharmaceutique, mais en dehors d'un réseau de distribution¹⁶⁰. Imposé de façon unilatérale, en raison d'une différenciation tarifaire nationale, les grossistes ont usé de subterfuges¹⁶¹ pour maintenir leurs commandes. La Cour a alors considéré qu'ils ne pouvaient avoir consenti à la politique du fabricant et qu'aucun accord ne pouvait dès lors être caractérisé. Hors d'un réseau de distribution, l'acquiescement à une mesure unilatérale ne peut se déduire de l'existence de relations commerciales continues¹⁶². À défaut d'accords, de tels refus de livraison pourraient être appréhendés comme des ruptures partielles, à condition d'entraîner une baisse significative des volumes fournis.

56. Boycott et déréférencement. Les déréférencements des centrales d'achat caractérisent des ententes lorsqu'ils ont pour effet de limiter l'accès du fournisseur au marché. La jurisprudence fournit des cas de boycotts, une pratique présentant un haut degré de gravité. Dans les deux décisions du Conseil de la Concurrence sélectionnées, des produits ont soudainement été éliminés des linéaires¹⁶³ et du catalogue d'un franchiseur¹⁶⁴. A l'instar des refus de livraison, de telles pratiques constituent sinon des ruptures partielles, du moins des ruptures temporaires dans les

¹⁵⁸ Déc. Comm. n°83/560/CEE du 16 nov. 1983 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/30.696 – Système de distribution de Ford Werke AG), JOCE du 24 nov. 1983, L 327/31, confirmée par CJCE, 17 sept. 1985, aff. jointes 25 et 26/84.

¹⁵⁹ CJCE, 17 sept. 1985, aff. jointes 25 et 26/84, pt. 21.

¹⁶⁰ CJCE, 06 janv. 2004, aff. jointes C-2/01 et C-3/01 P, *préc.* Déc. Comm., 10 janv. 1996, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE, JOCE 09 août 1996, L 201/1, TPICE, 26 oct. 2000, *Bayer c/ Commission*, aff. T-41/96. L. IDOT, Concurrence, Europe n°3, mars 2004, comm. 84 : « [...] la Commission avait condamné Bayer pour entrave aux importations parallèles sur l'Adalat. importations parallèles rendues intéressantes par les fortes différences de prix résultant des différents systèmes de sécurité sociale entre le Royaume-Uni, d'une part, la France et l'Espagne, d'autre part ».

¹⁶¹ CJCE, 06 janv. 2004, aff. jointes C-2/01 et C-3/01 P, *ibid.*, pt. 154 : « [...] les grossistes ont continué à essayer d'obtenir des boîtes d'Adalat pour l'exportation et ont persisté dans cette ligne d'activité, même si, à cette fin, ils ont estimé plus utile d'utiliser différents systèmes pour être livrés, à savoir, d'une part, le système de la répartition des commandes destinées à l'exportation sur les différentes agences et, d'autres part, celui consistant à passer indirectement les commandes par le biais de petits grossistes ». C. VILMART, Importations parallèles – La Commission désavouée la CJCE (6 janv. 2004) qui confirme la conception restrictive des ententes prohibées déjà adoptée par le TPICE, JCP E n°19, 06 mai 2004, 691.

¹⁶² CJCE, 06 janv. 2004, aff. jointes C-2/01 et C-3/01 P, *ibid.*, pt. 141, *in fine* : « [...] le seul fait qu'une mesure adoptée par un fabricant, qui a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, s'inscrit dans le cadre de relations commerciales continues entre ce dernier et ses grossistes ne saurait être suffisant pour conclure à l'existence d'un tel accord ». L. IDOT, *ibid.*

¹⁶³ Cons. conc., décision n°94-D-60 du 13 déc. 1994 relative à des pratiques relevées dans le secteur des lessives.

¹⁶⁴ Cons. conc., décision n°99-D-01 du 05 janv. 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Distri club médical.

relations de distribution. Le terme « discontinuation » employé par la CJCE¹⁶⁵ décrit les situations transitoires de déréférencements.

57. Différentes manifestations de ruptures. L'arrêt soudain de partenariats, les non-renouvellements d'agrément à l'échéance d'un accord de distribution, les cessations intempestives de livraisons, les déréférencements et les boycotts subits sont autant de manifestations de ruptures. Elles participent de son caractère protéiforme au sein des ententes, un caractère qui tend à se vérifier dans les abus de domination.

B. Les ruptures dans le droit des abus de position dominante

58. Confirmation et reconsidération. Les manifestations d'abus de position dominante sous la forme de ruptures confirment son caractère protéiforme. Mais la rupture seule ne peut suffire à sanctionner cette pratique anticoncurrentielle. En l'absence d'atteinte à la concurrence, la rupture abusive se révèle insuffisante (1). Cela nous amène à la considérer différemment, tant une rupture peut s'avérer être un choix logique pour l'entreprise. En revenant à ce qu'est la concurrence et au modèle choisi pour l'établissement du marché commun, la rupture en révèle certains dysfonctionnements. Ils se rencontrent également lors de la délimitation du marché pertinent, étape qui se confond parfois avec la détermination même de la position dominante. En réponse, les différents intérêts de la théorie du partenaire obligatoire sont présentés (2).

1. L'insuffisance de la rupture abusive en l'absence d'entrave au marché

59. Des ruptures protéiformes. L'article 102 du TFUE prohibe l'exploitation d'une position dominante puis l'illustre¹⁶⁶ : non au moyen de pratiques, mais en précisant en quoi elles peuvent consister. Cela signifie qu'elles se manifestent par l'un des effets énumérés des alinéas a) à d)¹⁶⁷.

¹⁶⁵ CJCE, 17 sept. 1985, aff. jointes 25 et 26/84, pt. 12 et 14.

¹⁶⁶ C. PRIETO, Abus de position dominante. – Notion d'abus en droit communautaire, JCI Concurrence – Consommation, fasc. 561, maj 1^{er} fév. 2018, 3. Interprétation téléologique pour une approche compréhensive : « *La notion d'exploitation abusive n'est pas définie, dans le traité, en des termes généraux. Les rédacteurs de l'article 86 du traité CEE (article 102 TFUE) ont procédé à une définition par illustration* ».

¹⁶⁷ TFUE, art. 102, « *Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à : a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables, b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs, c) 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, d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats* ».

En jurisprudence, diverses pratiques ont été relevées et spécifiquement pour ce qui est des ruptures : des refus de livraisons¹⁶⁸, des réductions substantielles de livraisons¹⁶⁹, des résiliations unilatérales de contrat d'approvisionnement¹⁷⁰. Toutes confirment son caractère protéiforme.

60. Des ruptures abusives. Ces pratiques sont sanctionnées car elles manifestent l'exploitation abusive de la position dominante détenue par leurs auteurs. Leurs effets contreviennent au jeu de la concurrence sur le marché. Elles ne sont donc pas sanctionnées en elles-mêmes. Les juges ont précisé qu'une entreprise en position dominante a la « *responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par son comportement, à une concurrence effective et non faussée sur le marché*¹⁷¹ ». L'entreprise doit dès lors s'abstenir de certains comportements, même si cela la contraint à renoncer à certains choix logiques.

61. Une rupture logique mais contrainte. Reprenons les faits ayant donné lieu à l'arrêt en date du 6 mars 1974¹⁷² : le monopoleur d'un produit chimique le vend à un client, pour que ce dernier produise des médicaments antituberculeux. Lorsque le premier décide d'en fabriquer lui-même, il cesse les approvisionnements. Quoi de plus logique que de ne plus approvisionner un concurrent pour que celui-ci cesse d'en être un. Les dispositions du droit de la concurrence n'empêchent pas ce type de décisions mais les sanctionnent si le marché est atteint. Elles peuvent les contrer lorsque les entreprises averties modifient leurs comportements en considération de la réglementation. Au lieu de refuser d'approvisionner son concurrent, le monopoleur aurait pu l'absorber¹⁷³. Le droit de la concurrence influence les comportements des entreprises, là où la concurrence en commanderait d'autres.

62. La rupture en concurrence. Exercée, la concurrence entraîne sa propre disparition. C'est un affrontement duquel sortiront quelques entreprises, voire une seule. Pour y parvenir, l'entreprise agrège tout ce qui lui est profitable et rompt avec ce qui l'en empêche. Dans la même conception

¹⁶⁸ CJCE, 14 fév. 1978, aff. 27/76, United Brands, pt. 163 et s.

¹⁶⁹ CJCE, 29 juin 1978, aff. 77/77, Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV e.a. c/ Comm., pt. 19. *Préc. Déc. de la Comm.* du 19 avr. 1977 relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/28.841-ABG/Entreprises pétrolières opérant aux Pays-Bas) (77/327/CEE), JOCE du 09 mai 1977, n°L 117/11. La CJCE annule la décision de la Commission ayant retenu l'exploitation abusive d'une position dominante par le fournisseur BP à l'encontre d'une entreprise cliente, ABG.

¹⁷⁰ CJCE, 06 mars 1974, aff. jointes 6 et 7-73, *Instituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents c/ Comm.* B. DHAeyer, L'application de l'article 86 du Traité de Rome au refus d'approvisionnement, *Journal des Tribunaux*, 12 oct. 1974, n°4883, pp. 541-544 (archives disponibles par année, par numéros, depuis l'URL : https://jt.larcier.be/archives/jt-1996-fr/jt_1996_5784, consulté le ven. 03 juin 2021). L'arrêt du 6 mars 1974 illustre un refus de vente : le monopoleur d'un produit chimique le vend à un client pour que ce dernier produise un médicament antituberculeux. Lorsque le premier décide de le fabriquer lui-même, il cesse les approvisionnements. L'acheteur demande à la Commission de constater l'infraction à l'article 86. L'autorité communautaire sanctionne le monopoleur, la CJCE suit.

¹⁷¹ CJCE, 09 nov. 1983, n° 322/81, NBIM, pt. 57.

¹⁷² CJCE, 06 mars 1974, 6 et 7-73, *Instituto Chemioterapico Italiano S.P.A et Commercial Solvents Corporation c/ Commission.*

¹⁷³ Les concentrations font également l'objet d'un contrôle, cette fois *a priori*, mais qui ne se solde pas automatiquement par des refus.

comportementaliste, la connivence entre entreprises a été mise en évidence. En ce cas, la coopération prime sur la compétition. La concurrence est alors préservée mais faussée. Les désunions résultent d'accords, entraînant, à terme, la disparition des entreprises écartées. En conséquence, que ce soit dans l'une ou l'autre situation, la concurrence n'est plus. La promotion du jeu concurrentiel, choisi lors de la mise en place du marché commun, est celle d'une concurrence effective¹⁷⁴. Ce modèle n'est pas justifié en réponse à la présentation sommaire de ce que peut être la concurrence. Il l'est en tant que moyen pour parvenir à des objectifs. L'objet de notre réflexion n'est absolument pas de remettre en cause le paradigme choisi, mais de remettre en perspective l'appréciation qui est faite de la rupture au sein de celui-ci. Étant inhérente aux comportements de connivence ou d'affrontements, et le droit de la concurrence devant les encadrer, il va nécessairement confronter la rupture.

L'interruption d'une relation commerciale par une entreprise en position dominante peut avoir pour effet de priver l'entreprise évincée de se maintenir sur un marché, ou à d'autres d'y accéder. Les effets sur le marché sont évalués à l'aune de la possibilité pour les autorités poursuivantes de sanctionner, ou de ne pas le faire. C'est en adoptant la logique propre à la matière : par la démonstration d'une position dominante sur un marché pertinent que sont constatés certains écueils dans sa délimitation. Ils ont fait émerger la théorie du partenaire obligatoire. Elle souligne le degré de dépendance en certaines relations commerciales. De là, pourra s'opérer, pour la suite la distinction entre les positions dominantes absolue et relative.

2. L'émergence du partenaire obligatoire

63. L'écueil dans la délimitation de certains marchés en cause. Au centre de controverses, la délimitation est attaquée pour son caractère artificiel¹⁷⁵. Cette étape nécessaire à la démonstration de la puissance de marché n'apparaît nulle part dans les législations. De création prétorienne, elle est pragmatique tout en mettant en évidence des interrogations légitimes. La reconnaissance d'abus sur des marchés connexes revient à « *condamner un abus de position dominante sans position dominante*¹⁷⁶ ». La délimitation de certains marchés peut aussi être mise en cause du fait de cadres légaux les faisant exister, notamment pour les services de contrôle de

¹⁷⁴ CJCE, 25 oct. 1977, *Metro c/ Commission*, aff. 26/76, pt. 20 : « [...] la concurrence non faussée visée aux articles 3 et 85 du traité CEE implique l'existence sur le marché d'une concurrence efficace (*workable competition*), c'est-à-dire de la dose de concurrence nécessaire pour que soient respectées les exigences fondamentales et atteints les objectifs du traité et, en particulier, la formation d'un marché unique réalisant des conditions analogues à celles d'un marché intérieur ».

¹⁷⁵ P. HOET, *Domination du marché ou théorie du partenaire obligatoire*, *Revue du marché commun*, mars 1989, n°325, pp. 135-157.

¹⁷⁶ A.-S. CHONÉ, *Les abus de domination*, *Economica* 2010, p. 247.

conformité automobile¹⁷⁷ et les prestations de services gérant des droits d'auteur¹⁷⁸. En ces cas, les positions dominantes ne peuvent qu'être caractérisées car ce sont des monopoles. Lorsque les monopoleurs viennent à mettre fin à certaines relations commerciales, ce qui heurte la concurrence efficace n'est pas tant la rupture opérée que la situation de monopole occupée. La délimitation de marché peut tout aussi être superflue¹⁷⁹ lorsqu'elle sert la mise en évidence de rapports de dépendance¹⁸⁰.

64. Intérêts la théorie du partenaire obligatoire. La confusion entre la délimitation du marché et la détermination de la position dominante fait émerger la théorie du partenaire obligatoire¹⁸¹. Des entreprises peuvent ignorer tomber sous le coup de la prohibition des abus de position dominante tant que le marché n'a pas été déterminé. En dépit du fait d'essayer par elles-mêmes de le délimiter – et de le défendre en tant que tel – les autorités poursuivantes peuvent en donner une délimitation différente. En réponse, il faudrait considérer qu'en certains cas, des entreprises sont des partenaires obligatoires en vérifiant différents indicateurs sans que l'un d'eux n'exige de délimiter préalablement un marché pertinent. Ils sont au nombre de trois¹⁸² : (i) un indicateur de flux d'échanges, mesurant notamment la part du chiffre d'affaires réalisé avec l'entreprise dominante, (ii) un indicateur de la substituabilité du flux d'échanges et (iii) un indicateur « *d'essentialité* » pour estimer la survie de l'entreprise dépendante en cas d'arrêt des relations. L'intérêt réside dans le fait de conserver une démonstration cohérente en passant outre la délimitation du marché en cas de partenaire obligatoire. Du côté des entreprises, l'intérêt n'est pas de leur faire prendre conscience qu'elles occupent une position hégémonique car c'est ce qu'elles recherchent. Elles sont mues par la volonté de poursuivre leurs activités en se différenciant les unes des autres. Cela peut les amener à détenir des titres de propriété industrielle dont elles savent qu'ils leur octroient un monopole légal d'exploitation. Elles peuvent très bien concevoir une innovation incrémentale qui leur confèrera une situation monopolistique. Ces deux situations ont en commun d'être limitées dans le temps. En comparaison, le titre de propriété industrielle s'ancre dans le temps alors que l'avantage monopolistique est temporaire. Pendant ces périodes, les entreprises doivent avoir conscience que de s'être ainsi hissée jusqu'à des positions hégémoniques, il en découle pour elles

¹⁷⁷ CJCE, 11 nov. 1986, aff. 226/84, *British Leyland Public Limited Company c/ Comm.*

¹⁷⁸ CJCE, 02 mars 1982, aff. 7/82, *Gesellschaft zur Verwertung Von Leistungsschutzrechten MBH (GVL) c/ Comm.*, 02 juin 1971, IV/26760 – GEMA, JOCE 20 juin 1976, n° L 134/15. CJCE, 21 mars 1974, aff. 127/73, SABAM.

¹⁷⁹ P. HOET, *ibid.* spéc. p. 156.

¹⁸⁰ CJCE, 29 juin 1978, aff. 77/77, *ibid.* la part de marché retenue pour caractériser la position dominante est inférieure à 9% (p. 1517). La formule employée par la Commission (Déc. de la Comm. du 19 avr. 1977, *ibid.*, p. 9. : « *chacune de ces sociétés s'est trouvée dans une position dominante vis-à-vis de ses clients* ») jette un doute sur la méthode employée. C'est la délimitation d'un marché qui doit révéler cette position, elle ne se détermine pas eu égard aux entreprises clientes. En l'occurrence, le rapport de dépendance verticale est mis en évidence. Le contexte particulier de pénurie a justifié l'absence d'abus, mais sans remettre en cause la position dominante.

¹⁸¹ P. HOET, *ibid.* M. GLAIS, P. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1983, ISBN n°2-13-037774-2, spéc. pp. 344-349, s'appuyant sur travaux du chercheur Michel MARCHESNAY. Il retient

¹⁸² M. GLAIS, P. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, *ibid.*, pp. 345-346.

une « responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par [leur] comportement, à une concurrence effective et non faussée sur le marché¹⁸³ ». L'intérêt est donc dans l'adaptation de leurs comportements.

65. Du partenaire obligatoire à la dépendance économique. Diverses jurisprudences se réfèrent au « partenaire obligatoire¹⁸⁴ », traduisant des rapports de dépendance. Ils sont envisagés dans les abus de domination en considération des effets portés au marché. Il s'agit toujours de veiller à rendre effective la concurrence sur le marché et non protéger certaines entreprises. Mais une évolution est notable dans plusieurs systèmes. Dans le droit anti-trust des États-Unis, la section 2 du Sherman Act a été appliquée à des actions unilatérales prédatrices¹⁸⁵, notamment lorsque la délimitation¹⁸⁶ du marché correspondait à un domaine skiable¹⁸⁷. En 1973, l'Allemagne avait ajouté la position dominante relative à la position dominante absolue dans l'article 26 du GWB prohibant des pratiques discriminatoires injustifiées ou inéquitables au sein des pratiques anticoncurrentielles¹⁸⁸. La solution du droit interne mêle deux conceptions de la dépendance économique : d'abord au sein des pratiques anticoncurrentielles, puis dans les pratiques restrictives de concurrence.

L'examen de la « rupture des relations commerciales établies » se partage entre la « rupture » et les « relations commerciales établies ». La « rupture » au sein des pratiques anticoncurrentielles permet d'appréhender les différentes formes qu'elle peut prendre. Les pratiques anticoncurrentielles nationales, permettant, quant à elles, d'aborder plus précisément les « relations commerciales établies ». Le rapport de subordination suggéré *in fine* dans l'article 8 de l'ordonnance de 1986 : « *au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* » lui est consubstantiel.

¹⁸³ Not. CJCE, 9 nov. 1983, aff. 322/81, NBIM, pt. 57.

¹⁸⁴ Not. CJCE, 13 fév. 1979, aff. 85/76, Hoffmann-La Roche c/ Comm., pt. 41 ; TPICE, 06 oct. 1994, *Tetra Pack*, aff. T-83/91, pt. 109 ; CJCE, 16 mars 2000, aff. C-395/96 P, Compagnie maritime belge transports SA, pt. 132. Depuis la base InfoCuria, la recherche par « mots du texte » en saisissant l'expression « partenaire obligatoire » donne 24 résultats : dont 14 arrêts rendus en matière de position dominante.

¹⁸⁵ P. HOET, *ibid.*, spec. p. 139.

¹⁸⁶ J.-M. DE BERMOND DE VAULX, Contribution à l'étude de la méthodologie comparée du marché du produit en cause (relevant product market) entre le droit américain et le droit européen, JCP E n°33, 11 sept. 1986, 14765.

¹⁸⁷ *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, (1985): « [...] *the relevant market product market was "[d]ownhill skiing at destination ski resorts," that the "Aspen area" was a relevant geographic submarket, and that during the years 1977-1981, Ski Co. possessed monopoly power, defined as the power to control prices in the relevant market or to exclude competitors* », <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/585/>, consulté le lun. 07 juin 2021. F. DAUDRET-JOHN, F. SOUTY, Infrastructures essentielles et effet de levier : la Cour Suprême américaine rend un arrêt de principe (Trinko), Concurrences n°1-2004, pp. 97-102 : « [...] *la Cour suprême a confirmé un arrêt de Cour fédéral d'Appel retenant un grief d'infraction à la section 2 du Sherman Act. [...] si elle a validé cette décision, elle ne l'a pas fait en reprenant le motif relatif aux infrastructures essentielles. Elle s'est bornée à appréhender le comportement en cause sous l'angle classique du refus « ordinaire d'un monopoliste de contracter avec un concurrent* ». D. BOSCO et C. PRIETO, Droit européen de la concurrence, 1^{ère} éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1019, npb n°867 : « [t]he high value that we have placed on the right to refuse to deal with other forms does not mean that the right is unqualified ».

¹⁸⁸ J. RIFFAULT-SILK, Le déséquilibre significatif, une approche comparatiste, in *Approches plurielles du déséquilibre significatif* (Dossier), Concurrences n°2-2011, mai 2011, 11.

§2. Les relations commerciales établies dans les pratiques anticoncurrentielles nationales

66. La mise en évidence de relations de dépendance. L'abus de dépendance économique s'inscrit en réaction à l'impossibilité de sanctionner certaines pratiques d'opérateurs n'occupant pas une position dominante absolue. Différentes relations de dépendance sont mises en évidence au moyen d'éléments caractéristiques. Ils permettent de se rendre compte que de telles relations peuvent exister en dehors de structures de marché propres à les faire émerger. Leur analyse se resserre autour du rapport strictement bilatéral. Ce faisant, cela délie les relations du marché et met en exergue l'absence d'effet qu'elles peuvent avoir sur celui-ci. Placé au sein des pratiques anticoncurrentielles, l'abus de dépendance économique en respecte la démonstration, exigeant la preuve d'une atteinte au marché. Il est très difficile de la rapporter. Même abusive, la pratique constatée entre entreprises, sans effet sur le marché, ne pourra être sanctionnée. L'atteinte à la concurrence demeure une condition le plus souvent invérifiée dans les abus de dépendance économique (A). La question s'est alors posée de savoir si la difficulté persistait en matière de pratiques anticoncurrentielles de portée locale (B).

A. Dans l'abus de dépendance économique

67. Un ajout. En 1986, à la prohibition de l'exploitation abusive d'une position dominante s'ajoute celle de l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique¹⁸⁹. Le Professeur Pédamon observe l'élargissement des abus de domination et procède à la distinction de deux notions : « *cela concerne non seulement des entreprises qui détiennent un pouvoir de marché absolu, calculé en pourcentage du chiffre d'affaires, mais aussi celles qui détiennent un pouvoir de marché relatif, c'est-à-dire qui placent leurs partenaires dans un état de dépendance dont ils ne peuvent se défaire*¹⁹⁰ ». La dépendance pour cause de relations d'affaires, mise en évidence en droit allemand, pose de solides bases pour apprécier ses spécificités (1). Mais la caractérisation de l'état de dépendance économique, et plus encore l'atteinte à la concurrence, demeurent des conditions insatisfaites dans la grande majorité des cas alors que c'est à l'occasion de ruptures que ce fondement est mobilisé (2).

¹⁸⁹ Ord. n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *ibid*, art. 8, 2.

¹⁹⁰ J.-M. MOUSSERON, V. SELINSKY et D. FERRIER, Le mort saisit le vif Commentaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, JCP E n°1, 8 janv. 1987, 14840, 29.

1. La dépendance pour cause de relations d'affaires

68. La dépendance économique liée à la puissance d'achat. La mise en place d'une économie de marché s'accompagne de revers, la puissance d'achat en est une. Analysée en RFA, ses deux causes principales tiennent dans la surproduction de l'industrie et la concentration des distributeurs¹⁹¹. Ces regroupements ne sont pas à l'origine mal perçus, leurs effets sont mêmes bénéfiques¹⁹² ¹⁹³. En outre, la législation d'après-guerre soutenait l'essor du commerce, par de nouvelles formes de distribution, et ne permettait donc pas, inversement, de les sanctionner¹⁹⁴. Saisie pour une demande d'avis à titre consultatif¹⁹⁵, la Commission de la concurrence livre son appréciation des comportements des grands distributeurs eu égard à la législation des pratiques anticoncurrentielles existante en 1985¹⁹⁶. La définition préalable du marché pertinent ne permet pas d'appréhender les rapports de domination bilatéraux. Elle forme alors le souhait de se doter, comme la RFA l'a fait, de moyens juridiques permettant le contrôler des comportements entre dominants et dominés¹⁹⁷.

69. Notion et typologies. La dépendance économique désigne « *une relation commerciale dans laquelle l'un des partenaires n'a pas de solution alternative s'il souhaite refuser de contracter dans les conditions que lui impose son client ou son fournisseur*¹⁹⁸ ». Différentes situations en

¹⁹¹ 5es Journées juridiques franco-allemandes (Paris, 20-21 novembre 1987), in : Revue internationale de droit comparé, Vol. 40, n°2, Avril-Juin 1988, pp. 465-479, http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1988_num_40_2_1245, spéc. p. 471.

¹⁹² 5es Journées juridiques franco-allemandes (Paris, 20-21 novembre 1987), *ibid.*

¹⁹³ M. PÉDAMON, 20 ans de répression des abus de puissance d'achat, RLC n°10, janv. mars 2007, 728, pp. 104-110, spéc. p. 104 : « [...] à première vue, il [le phénomène de la puissance d'achat] n'apparaît pas comme suspect comme la puissance de l'offre. Il présente même des aspects positifs : il contraint les fournisseurs à améliorer leurs performances, à produire des articles de meilleure qualité et à des coûts inférieurs ; il stimule la concurrence entre les distributeurs dans la mesure où ceux qui achètent moins cher répercutent au niveau de la revente les remises et rabais qu'ils obtiennent. Il soutient ainsi la lutte contre l'inflation et sauvegarde en principe le pouvoir d'achat des consommateurs ».

¹⁹⁴ *Ibid.* : « La fameuse trilogie légale qu'avaient instituée les décrets des 9 août 1953 et 24 juin 1958 (Ord. 30 juin 1945, art. 37) : à savoir l'interdiction des prix minima imposés, l'interdiction du refus de vente et celles des majorations discriminatoires de prix poursuivait un tout autre objectif ; elle était destinée essentiellement à libérer le commerce de la tutelle de l'industrie, à lui redonner les moyens de remplir un rôle économique actif, en bref à encourager le développement de nouvelles formes de distribution. Elle ne pouvait donc pas jouer en sens inverse, sanctionner les abus de puissance d'achat ».

¹⁹⁵ L. n°77-806 du 19 juill. 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, JORF n°166, mer. 20 juill. 1977, p. 3833-3836, art. 1.

¹⁹⁶ Commission de la concurrence, avis du 14 mars 1985 sur la situation des centrales d'achat et leurs groupements, BOCCRF 19 avr. 1985, p. 128.

¹⁹⁷ *Ibid.* : « Une certaine contrainte résulte de la lettre même de la loi. Elle tient à ce que le marché à prendre à considération est défini en termes géographiques : il doit s'agir du marché intérieur français ou d'une partie substantielle de celui-ci. En l'état du texte, la simple domination d'un partenaire commercial sur l'autre dans leur rapport bilatéral ne saurait être appréhendée sur ces bases. Il peut paraître souhaitable de s'affranchir de cette contrainte dans l'avenir et de se doter de moyens juridiques permettant, comme en République fédérale d'Allemagne, de contrôler les comportements d'entreprises ou groupes d'entreprises qui, sans détenir une position dominante, sont, en raison de leur poids sur le marché, des partenaires obligés (soit pour les fournisseurs, soit pour leurs clients), mais de telles évolutions supposeraient des modifications législatives [...] ».

¹⁹⁸ Rapp. fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan (1) sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale après déclaration d'urgence, portant amélioration de la concurrence, par J. COLIN (ci-après « Rapp. COLIN »), JO doc. Sénat 1985-1986, n°54, annexe au procès-verbal de la séance du 30 oct. 1985, p. 24.

répondent, donnant lieu à l'établissement de plusieurs typologies¹⁹⁹. En droit allemand, quatre situations de dépendance économique ont été identifiées : pour cause d'assortiment, de relations d'affaires, de pénurie et de puissance d'achat²⁰⁰. Pour chacune d'elles, nous proposons d'y associer ce qui peut en être à l'origine, respectivement : la notoriété d'un produit, des investissements spécifiques, la conjoncture et la structure de marché. Le fait que la dépendance économique pour cause de relations d'affaires soit distincte de celle pour cause de puissance d'achat renseigne sur l'existence de la première en dehors d'un certain secteur d'activité : celui de la grande distribution couramment combinée avec la seconde²⁰¹. Si les deux peuvent s'assimiler, elles peuvent très bien également se rencontrer l'une indépendamment de l'autre.

70. La dépendance pour cause de relations d'affaires caractérise « *la situation dans laquelle une entreprise s'est engagée avec son partenaire commercial dans une coopération de longue durée l'ayant conduit à investir dans des actifs à ce point spécifiques qu'une rupture des relations lui causerait un grave préjudice*²⁰² ». Cette proposition de définition fournit différents éléments permettant l'identification de ces relations. Elles commandent une certaine réciprocité de la part des entreprises, opérant conjointement. Elles s'ancrent dans le temps. Elles mobilisent des facteurs de production dédiés, qui représentent d'importants coûts, si bien que mettre un terme à cette relation porterait nécessairement atteinte aux intérêts de l'entreprise qui s'en est dotés. Ce cas particulier éclaire sur une conception qui peut être faite de la dépendance, mais ces critères ne sont pas ceux retenus parmi les éléments constitutifs de la pratique anticoncurrentielle du droit interne.

71. Les éléments constitutifs. La démonstration de l'abus de dépendance économique requiert la réunion de trois conditions : l'existence d'une situation de dépendance économique, son exploitation abusive, et l'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence sur le marché. Elles sont nécessairement cumulatives et suivent cet ordre logique empêchant que l'une ne puisse être identifiée avant une autre. Malgré des conditions rigoureusement identifiées, en pratique, elles sont difficilement satisfaites en raison de contradictions avec le paradigme choisi.

¹⁹⁹ Rapp. COLIN, *ibid.*, fournit une classification de situations de dépendance s'agissant du commerçant spécialisé, du producteur lié à une centrale d'achat, du sous-traitant.

²⁰⁰ M. GLAIS, Chronique de la concurrence - L'exploitation abusive d'un État de dépendance économique (Analyse économique du droit et de la jurisprudence française de la concurrence, *in* : Revue d'économie industrielle, vol. 68, 2e trimestre 1994, pp. 81-98, spéc. p. 85, attribuant cette typologie à la jurisprudence allemande, tandis que d'autres l'attribue à la doctrine allemande (Le Lamy Droit Économique, 2017, n°1202).

²⁰¹ A. BIENAYMÉ, Principes de concurrence, Economica, 1998, ISBN n°2-7178-3440-0, pp. 73-77, le monopsonne et la puissance d'achat, spéc. p. 76-77.

²⁰² M. GLAIS, Chronique de la concurrence - L'exploitation abusive d'un État de dépendance économique (Analyse économique du droit et de la jurisprudence française de la concurrence, *ibid.*

72. La recherche d'absence d'alternative en économie de marché. Dès l'origine, l'état de dépendance économique s'identifie en l'absence de solution équivalente²⁰³. Bien que cette condition ait été supprimée de la loi lors de modifications ultérieures²⁰⁴, la jurisprudence la conserve²⁰⁵. En la replaçant dans le contexte de l'essor de l'économie de marché, une contradiction surgit. D'un côté : la promotion de la concurrence libre et effective, de l'autre : l'absence d'alternative. Cela se résume à tout mettre en œuvre pour assurer l'entrée et le maintien d'entreprises sur les marchés mais cependant chercher l'impossibilité qu'aurait une entreprise de se tourner vers elles. Hormis quelques monopoles ou marchés avec des infrastructures essentielles, cette condition ne se vérifie pas théoriquement. Très attachée à cette modélisation, l'Autorité a parfois amputé ses décisions de l'analyse concrète des alternatives.

73. Des alternatives concrètes. Le Conseil de la Concurrence affirme de façon générale la possibilité pour des concessionnaires automobiles de passer d'un réseau à l'autre, après la résiliation de leurs contrats²⁰⁶. Son refus de considérer un état de dépendance économique est catégorique. Il le serait sans doute moins si les alternatives avaient été envisagées de façon concrète. Il ne s'agirait pas seulement d'approfondir positivement l'étude des possibilités pour l'entreprise évincée de continuer sur le marché mais de considérer négativement ce qui l'en empêche. L'attention doit être portée sur les conditions imposées lors de la sortie du réseau : clause de non-concurrence, absence de reprise de stock, clause compromissaire. Si la validité de certaines des clauses doit être contrôlée, elles ressortent toute d'un arsenal juridique légal, mis à la portée d'entreprises très bien conseillées. Les franchisés Carrefour en ont subi les conséquences, l'Autorité refusant de considérer leur intégration au réseau et leur subordination à la tête de réseau comme un état de dépendance économique²⁰⁷.

²⁰³ Ord. n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *ibid*, art. 8 : « *Est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises : [...] 2. De l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente* ».

²⁰⁴ L. n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF n°113 du 16 mai 2001, texte n°2, art. 66. Le législateur gomme toute référence à la « solution équivalente » dans l'article L. 420-2 du Code de commerce.

²⁰⁵ Cons. Conc., décision n°01-D-49 du 31 août 2001 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Concurrence concernant la société Sony : « [...] *la disparition de la référence formelle à la notion de solution équivalente dans les dispositions du texte précité [art. L. 420-2 C. Com.] ne peut dispenser de l'examen du point de savoir si l'entreprise qui se prétend en situation de dépendance économique dispose d'une solution alternative* », citée par M. GLAIS, La sanction des abus de dépendance économique : entre désillusion et espoir, CCC n°12, déc. 2006, 25 ; confirmée par CA Paris, 1^{ère} ch. sect. H, 9 avr. 2002, n°2001/17568, BOCCRF 24 juin, p. 391, J.-D. n°2002-248796. Cette interprétation est aussi celle de la Cour de cassation : Cass. Com., 09 avr. 2002, n°00-13.921, J.-D. n°Ø. V. aussi pour des jurisprudences ultérieures y faisant directement référence : not. Cass. Com., 12 fév. 2013, n°12-13.603.

²⁰⁶ Décision n°89-D-16 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques anticoncurrentielles reprochées par la société Chaptal S.A. à la société Mercedes Benz France, BOCCRF n°12 du 30 mai 1989.

²⁰⁷ Aut. conc. Décision n°10-D-08 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité. L. BOY, Abus de dépendance économique. Reculer pour mieux sauter ? RLC, mai/juin 2010, n°23, 1618, pp. 93-99.

74. Précision des critères. L'état de dépendance économique se caractérise par la réunion de quatre critères cumulatifs²⁰⁸. L'impossibilité pour le revendeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents demeure, tout en ayant été précisée. Elle doit s'apprécier à l'aune de conditions techniques et économiques comparables et dans des délais raisonnables²⁰⁹. Elle rejoint tardivement la conception allemande faite à propos des alternatives « suffisantes » et « supportables »²¹⁰. Malgré les précisions, la démonstration reste vaine en raison de critères supplémentaires exigés en jurisprudence et de l'impossibilité de considérer l'atteinte à la concurrence dans le cadre de relations bilatérales.

2. Des ruptures bilatérales sans atteinte à la concurrence

75. « Des conditions d'applications cumulatives très strictes²¹¹ ». Aux critères posés pour la démonstration de l'état de dépendance économique, la jurisprudence en a ajouté d'autres, déduits des premiers. Elle exige un rapport de client à fournisseur²¹². L'état de dépendance économique ne sera pas retenu s'il peut être rattaché à un choix délibéré de l'entreprise dominée²¹³. À force d'ajouts, la lecture de certaines décisions ne permet pas de déterminer quel critère est vérifié ou s'il s'agit de la caractérisation de l'abus. Dans l'hypothèse où l'état de dépendance économique n'est pas caractérisé, la démonstration ne devrait pas se poursuivre.

²⁰⁸ Cons. Conc., décision n°01-D-49 du 31 août 2001, *ibid.* : « [...] la dépendance économique [...] résulte de la notoriété de la marque du fournisseur [1°], de l'importance de la part de marché du fournisseur [2°], de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, à condition que cette part ne résulte pas d'un choix délibéré de politique commerciale de l'entreprise cliente [3°], enfin, de la difficulté pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents [4°] ; que ces conditions doivent être simultanément vérifiées pour entraîner cette qualification ».

²⁰⁹ Cass. Com., 03 mars 2004, n°02-14.529, J.-D. n°2004-022753. M. MALAURIE-VIGNAL, Par une interprétation contra legem de l'article L. 420-2, alinéa 2 du Code de commerce, la cour de cassation rétablit la condition tenant en l'absence de solution équivalente supprimée par la loi du NRE, CCC n°7-8, juill. 2004, comm. 108.

²¹⁰ P. HOET, Domination du marché ou théorie du partenaire obligatoire, *Revue du marché commun*, mars 1989, n°325, pp. 135-157, spéc. p. 140 : « [B. Droit antitrust de l'Allemagne] La preuve de l'existence d'une relation de dépendance exige un double examen. Il y a d'abord la question de savoir s'il existe des alternatives « suffisantes » (ausreichende), en d'autres termes s'il existe d'autres produits ou services substituables à l'objet de la relation commerciale sans qu'il en résulte un désavantage concurrentiel pour l'entreprise dépendante. Il faut ensuite examiner dans quelle mesure les alternatives sont « supportables » (zumutbar) pour cette dernière. On prend en considération le coût et le risque économique d'une réadaptation entraînée par un changement éventuel de partenaire. La solution alternative ne peut donc être une réponse valable que dans la mesure où elle n'entraîne pas d'affaiblissement sérieux de la position de concurrence de l'entreprise en question ».

²¹¹ J.-C. RODA, Vers une nouvelle définition de l'abus de dépendance économique, D. 2016, p. 1304, à propos de la proposition de loi de M. B. ACCOYER, visant à mieux définir l'abus de dépendance économique. C. GRYFONGEL, Droit français des abus de domination. – Article L. 420-2 du Code de commerce, JCI Commercial, Fasc. 260, maj 13 fév. 2017, spéc. 156 : « Mais elle n'a pas été retenue par la loi Macron, au motif qu'elle aurait empiété sur le domaine de l'article L. 442-6 du Code de commerce qui permet au ministre de l'économie d'agir devant les juridictions commerciales pour faire sanctionner l'abus de puissance d'achat via la notion de « déséquilibres significatifs » ».

²¹² CA Versailles, 12^{ème} ch., 22 nov. 2001, D. du 13 juin 2002, p. 1824.

²¹³ Cons. conc., décision n°01-D-49 du 31 août 2001 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Concurrence concernant la société Sony, décision n°02-D-77 du 27 déc. 2002 relative à une saisine de la Société anonyme Daniel Grenin à l'encontre des sociétés Imphy Uguine Précision, Sprint-Métal et Usinor Achats.

76. Un cas de rupture prévisible. Dans sa décision du 11 septembre 2001²¹⁴, le Conseil rattache point par point les critères de l'état de dépendance au cas d'espèce. Il fait ensuite remarquer que l'extension des activités de l'entreprise saisissante lui a permis d'atténuer la baisse de son chiffre d'affaires global. La diversification des activités résulte d'un choix rationnel opéré par l'entreprise, si bien que l'état de dépendance ne devrait alors être observable qu'en de très rares cas. Dans la même décision, bien que l'état de dépendance économique ne soit pas caractérisé, le Conseil poursuit avec la caractérisation de l'abus. D'après son rapport annuel²¹⁵, « *la dénonciation prévisible, dans des conditions stipulées dans le contrat, d'un contrat de distribution exclusive n'est pas en soi constitutive d'un abus de dépendance économique* ». *A contrario*, la rupture imprévisible serait abusive. Des cas de ruptures sont envisagés au titre des abus de dépendance économique.

77. Les ruptures abusives. L'article L. 420-2 du Code de commerce fournit une liste non-exhaustive²¹⁶ des pratiques susceptibles d'être abusives²¹⁷. Dans son avis du 31 mars 2015²¹⁸, l'Autorité précise qu'elles « *consistent essentiellement en des ruptures brutales de relations commerciales (sous la forme de déréférencements) ou la renégociation sans contrepartie de conditions commerciales, notamment à la suite d'opérations de concentrations entre distributeurs* ». Elle retient l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique d'un client vis-à-vis de son fournisseur lorsque ce dernier a mis fin « *brusquement et sans délai* » aux livraisons²¹⁹. Les spécificités de l'espèce justifient la solution, livrée dans le secteur de la collecte et de la vente de produits sanguins à usage non thérapeutique. L'entreprise saisissante a essuyé des refus de livraisons du fournisseur en situation de quasi-monopole. Selon l'Autorité, elle ne pouvait promptement réorganiser ses approvisionnements, notamment en raison des exigences réglementaires propres aux conventions de cession des produits concernés. Elle ajoute la difficulté encore plus grande de mettre en place des importations. Ainsi, les conditions discriminatoires et la rupture à l'initiative du fournisseur ont entraîné la disparition du client du marché. Les modifications

²¹⁴ Cons. conc., décision n°01-D-42 du 11 septembre 2001 relative à une saisine de la Société anonyme des établissements André Barbot concernant les pratiques des sociétés BAT et Rebel sur le marché de l'approvisionnement des cigarettes dans l'île de la Réunion.

²¹⁵ Cons. conc., rapp. d'activité 2001, 17 juill. 2002.

²¹⁶ Aut. conc., avis n°15-A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution, pt. 273.

²¹⁷ Art. L. 420-2 C. Com., *in fine*, « *Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées aux articles L. 442-1 à L. 442-3 ou en accords de gamme* ». Les accords de gamme ont été ajoutés par la loi n°2005-882 du 02 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, JORF n°0179 du 03 août 2005.

²¹⁸ Aut. conc., avis n°15-A-06 du 31 mars 2015, *ibid*, pt. 274.

²¹⁹ Cons. conc., décision n°04-D-26 du 30 juin 2004 relative à la saisine de la SARL Reims Bio à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupement d'intérêt public Champagne Ardenne ; confirmée par CA Paris, 1^{ère} ch., sect. H, 25 janv. 2005, n°2004/13142, BOCCRF 23 juin, J.-D n°2005-267355, Cass. Com., 28 fév. 2006, n°05-12.138, Bull. civ. IV, n°49, p. 49, J.-D. n°2006-032440. A. RONZANO, Rupture brutale des relations commerciales : La Cour d'appel de Paris confirme la sanction de l'abus de position dominante décidée par le Conseil de la concurrence dans le secteur des produits sanguins (Établissement français du sang), 25 janvier 2005, Concurrences n° 2-2005, art. n° 61945.

subséquentes sur la structure du marché caractérisent l'atteinte à la concurrence. Mais dans la plus grande majorité des cas, la démonstration n'aboutit pas²²⁰ faute d'effet sur le marché.

78. Une condition requise et confondante. Dans l'ordonnance de 1986, l'article 8 des abus de domination renvoie à l'article 7 des ententes, du fait de l'expression : « *dans les mêmes conditions* », c'est-à-dire « *lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché* ». L'effet sur le marché est observable en cas d'abus de position dominante, rarement en cas d'abus de dépendance économique²²¹. Lorsqu'il l'est, les entreprises poursuivies ont en commun de détenir une position dominante²²². Elle se vérifie au moyen d'un faisceau d'indices, dont au moins deux d'entre eux sont communs avec la caractérisation de l'état de dépendance économique : l'importance de la part de marché du fournisseur et la notoriété de ses produits ou services. Le rapprochement des abus ampute partiellement la dépendance économique. Leur différence se maintient en considération du moment de l'appréciation de la dépendance économique tel que suggéré en doctrine, mais l'issue semble invariable en cas de pouvoir de marché relatif.

79. Les dépendances exogènes et endogènes. En doctrine, la situation de la dépendance économique est différemment appréciée selon qu'elle l'est lors de l'entrée en relations commerciales ou lors de leur exécution²²³. Dans le premier cas, elle correspond à la position dominante car la recherche d'une solution alternative revient à sonder l'existence de concurrents et pondérer la réponse selon l'importance de chacun. En ce cas, la dépendance est exogène. Dans le second cas, elle est endogène car elle est propre à la relation en cause et provient des mécanismes contractuels liant le dominé au dominant. Il faudrait ajouter à cette configuration le terme des relations contractuelles, ce moment paroxysmique où d'autres stipulations vont encore s'ajouter et produire leurs effets. Néanmoins, ces effets contenus entre entreprises ne seront pas susceptibles d'affecter le marché en l'absence d'une position dominante détenue par l'entreprise à l'initiative des stipulations.

80. L'absence d'effet sur le marché. Des relations bilatérales n'ont pas foncièrement d'effet sur le marché, la difficulté réside dans ce passage de la dimension microéconomique à la

²²⁰ Not. Aut. conc., décision n°08-D-31 du 10 déc. 2008 relative à une saisine de la société Concurrence, M. MALAURIE-VIGNAL, Abus de dépendance économique – Détermination du caractère abusif d'une rupture de relations commerciales, CCC n°2, fév. 2009, comm. 49. Aut. conc., décision n°04-D-26

²²¹ Cons. conc., décision n°93-D-21 du 08 juin 1993 relative à des pratiques mises en œuvre lors de l'acquisition de la Société européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora.

²²² A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, Les géants du numérique face à l'interdiction des abus de dépendance économique : Les Français contre-attaquent, Concurrences n°4-2020, pp. 84-92, pt. 13 : « [...] la quasi-totalité des décisions qui ont retenu la qualification d'abus de dépendance économique vise des entreprises dont on a, par ailleurs, estimé qu'elles détenaient une position dominante ».

²²³ *Ibid.*

dimension macroéconomique. La disparition d'une entreprise du marché ne modifie pas nécessairement sa structure ; laquelle peut demeurer concurrentielle. En ce cas, l'effet sur le marché est relativisé, du fait de la place de moindre importance qu'occupait l'entreprise qui disparaît. Mais le législateur a trouvé la parade²²⁴, ne résolvant pas la difficulté, il s'en extrait en prévoyant de sanctionner des pratiques indépendamment de leur effet sur le marché. Avant d'analyser les commencements de la rupture brutale en tant que pratique restrictive de concurrence dans la seconde section du présent chapitre, relevons qu'en 2020 l'Autorité prend position en faveur de la potentialité des effets sur la structure ou le fonctionnement de la concurrence, limitée à une partie du marché²²⁵. Pour nous, la limitation des effets à une partie du marché fait écho à la possibilité pour l'Administration de lutter contre des pratiques anticoncurrentielles de portée locale.

B. Dans les pratiques anticoncurrentielles de portée locale

81. Évolution des dispositions. Depuis 2008²²⁶, la DGCCRF lutte contre les pratiques anticoncurrentielles locales : entente, abus de position dominante, exploitation abusive d'un état de dépendance économique, prix abusivement bas. Dans le dispositif d'origine, trois conditions cumulatives devaient être observées. Après la suppression de l'affectation d'un marché local par la loi DADDUE²²⁷, subsistent : l'inapplication des articles 101 et 102 TFUE et des plafonds de chiffres d'affaires²²⁸. Elles attestent de l'envergure limitée des pratiques, même s'il faut se souvenir que la jurisprudence communautaire a déjà retenu que des pratiques nationales puissent affecter le commerce entre États membres²²⁹. La même observation peut être faite à l'échelle inférieure :

²²⁴ E. CLAUDEL, Nouvelles régulations économiques, RTD Com. n°03 du 15 sept. 2000, p. 606 : « Une parade avait été trouvée par le législateur en 1996, qui consistait à élargir le champ de l'article 36 afin qu'il englobe les pratiques de déréférencement abusif, de menaces abusives de ruptures des relations commerciales et de ruptures brutales de relations commerciales établies (L. n° 96-588 du 1er juill. 1996, sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales). La victime d'une pratique abusive était ainsi invitée à agir sur le fondement du titre IV de l'ordonnance plutôt que sur celui du titre III. Constat d'échec sans doute, mais d'un échec prévisible tant il relève de la logique du titre III de requérir une atteinte à la concurrence ».

²²⁵ Aut. conc., décision n°20-D-04 du 16 mars 2020, *ibid.*, pt. 1118 : « [...] il n'est pas nécessaire pour retenir une méconnaissance du deuxième alinéa de l'article L. 420-2 du code de commerce, de démontrer une affectation effective de la concurrence, mais seulement une affectation potentielle du fonctionnement ou de la structure de la concurrence. Au surplus, il n'est pas exigé que les pratiques d'abus de dépendance économique aient eu un impact sur le marché dans son ensemble ».

²²⁶ L. n°2008-776 du 04 août 2008 de modernisation de l'économie, JORF n°0181 du 05 août 2008. Ord. n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, JORF n°0265 du 14 nov. 2008, art. 2, XIII. Le dispositif est inséré à l'article L. 464-9 du Code de commerce.

²²⁷ L. n°2020-1508 du 03 déc. 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, JORF n°0293 du 04 déc. 2020, texte n°2, art. 37, III, 10°.

²²⁸ Art. L. 464-9 C. Com., al. 1, *in fine* : « sous réserve que le chiffre d'affaires que chacune d'entre elles a réalisé en France lors du dernier exercice clos ne dépasse pas 50 millions d'euros et que leurs chiffres d'affaires cumulés ne dépassent pas 200 millions d'euros ».

²²⁹ C. GRYNFOGEL, Ententes en droit européen de la concurrence – Article 101 du TFUE, JCI Concurrence – Consommation, fasc. 542, n°68 pour des exemples d'ententes internes ayant affecté le commerce entre États membres, notamment par verrouillage du marché national : CJCE, 24 sept. 2009, aff. jtes C-125/07, C-133/07, C 135/07 et C-137/07, Erste Group Bank AG :

relativement à certaines pratiques traitées comme locales mais dont les effets étaient susceptibles de se produire au-delà d'un département ou d'une région²³⁰. Même supprimée (1), la condition relève d'un « concept flou²³¹ », qu'il faut impérativement distinguer de la démonstration de l'entrave à la concurrence. Cette condition inhérente aux pratiques anticoncurrentielles est une difficulté persistante faisant de ces fondements d'imparfaits substituts (2) en laissant certaines pratiques persister.

1. La suppression de l'affectation du marché local et le maintien de l'atteinte à la concurrence

82. Une répartition souple des dossiers. L'affectation du commerce entre États membres détermine l'application du droit communautaire de la concurrence. De la même façon, l'affectation d'un marché local aboutit-elle à l'application d'un droit local ? En existe-t-il un ? En substance, les pratiques poursuivies sont les mêmes mais le cadre processuel diffère. L'administration a un pouvoir d'injonction et de transaction, mais le rapporteur général de l'Autorité est informé des investigations de l'Administration avant qu'elles ne soient déclenchées²³². L'Autorité peut donc se saisir d'office, comme elle peut ne pas le faire. La sélection s'opère d'après l'importance de l'affaire (la taille des entreprises, le poids du secteur, l'ampleur des pratiques), l'intérêt jurisprudentiel et la charge de travail²³³. Les critères n'étant pas strictement quantitatifs, la DGCCRF peut alors rester en charge d'affaires *nationales*. L'affectation d'un marché local n'était donc pas une condition permettant une répartition des affaires ²³⁴. Les plafonds de chiffres d'affaires viennent subséquemment remplir cette fonction : celui des 50 millions d'euros correspond à la définition d'une PME au sens du droit européen²³⁵. Mais ils présentent le défaut de s'opposer à l'imputabilité de la pratique d'une entreprise filiale à sa société mère.

Rec. CJCE 2009, p. I-8681, *Réseau Lombard* ; ententes entre brasseurs belges (Comm. CE, déc. 5 déc. 2001, PO/interbrew et Alken-Maes : JOCE n° L 200, 7 août 2003), entre brasseurs français (Comm. CE, déc. 29 sept. 2004, Brasseries Kronenbourg-Brasseries Heineken : JOUE n° L 184, 15 juill. 2005). L. DESAUNETTES-BARBERO et E. THOMAS, *Droit matériel européen des ententes*, Éd. Bruylant, Coll. Competition Law, 11 déc. 2019, 86 : « *Sont ainsi susceptibles d'affecter le commerce entre États membres : [...] Des accord mis en place dans un seul État membre, voire une partie seulement de cet État membre [...]. Cette catégorie peut à première vue ne pas paraître évident. Cependant un accord entre producteurs d'un même État membre peut avoir pour objet ou pour effet de cloisonner ce marché et ainsi empêcher l'entrée sur ce dernier d'opérateurs économiques venant d'autres États membres* ».

²³⁰ A. RONZANO, *L'Actu-concurrence*, 17 sept. 2018, prenant l'exemple des « *différentes affaires concernant la commercialisation des vins de Savoie [2015], du Languedoc [2015], de la Loire [2015] et celle des saucisses de Morteau et de Montbéliard [2015]* », auxquelles nous pouvons ajouter celles des affaires impliquant des déménageurs : en Guadeloupe (2019), à Saint-Dizier (2018), en Isère (2016), dans l'Ain (2014).

²³¹ D. FERRÉ, K. BIANCONI et L. FRANÇOIS-MARTIN, *Le nouveau traitement des micro-pratiques anticoncurrentielles en droit français*, RLDA, fév. 2009, n°35, n°2138, pp. 45-49.

²³² Art. L. 450-5. C. Com.

²³³ Le Lamy Droit Économique [en ligne], maj nov. 2021, n°1670. A. MARIE, *Pratiques anticoncurrentielles de dimension locale*, JCI Concurrence – Consommation, fasc. 315, maj 15 fév. 2016, n°62.

²³⁴ Les chiffres d'affaires viennent subséquemment remplir cette fonction, en ne réglant pas le problème d'imputabilité des pratiques.

²³⁵ Règlement (CE) n°800/2008 du 06 août 2008, annexe I.

83. Classification des micro-PAC. La majorité des transactions obtenues par la DGCCRF concerne des ententes, et parmi elles des ententes sur les prix, relevant de restrictions de concurrence par objet, pour lesquelles aucune démonstration d'effets anticoncurrentiels n'est requise²³⁶. Quelques abus de domination ont été relevés dans le secteur réglementé des services funéraires. Toutes ces pratiques ont fait l'objet de poursuites en considération des atteintes portées à la concurrence. La suppression de la condition de l'affectation d'un marché local n'a pas entraîné celle de l'atteinte à la concurrence. Cette dernière demeure car les pratiques relèvent des pratiques anticoncurrentielles. Minorer la portée de la pratique n'ôte pas la difficulté de rapporter l'entrave au marché.

Aucune exploitation d'un état de dépendance économique n'a jusqu'à présente été relevée. Néanmoins une affaire élevée sur un possible abus d'exploitation met en exergue la difficulté de démontrer l'entrave au marché, alors qu'une rupture est effective.

2. Aux limites des fondements : d'imparfaits substitués

84. Les abus d'éviction et d'exploitation. Dans l'affaire des déchets des activités de soin à risque infectieux²³⁷ en Corse, à la transaction proposée par la DGCCRF l'entreprise n'a fourni aucune réponse, l'Autorité a donc été saisie²³⁸. Relevant un monopole de fait, les griefs sont notifiés sur la base de l'article L. 420-2 du Code de commerce²³⁹. Ce fondement se dédouble²⁴⁰. D'une part, les autorités peuvent démontrer que les entreprises utilisent leur hégémonie pour empêcher des concurrents de pénétrer le marché (abus d'éviction) et d'autre part, apprécier si les conditions commerciales ne sont pas « manifestement abusives » (abus d'exploitation)²⁴¹. En l'occurrence, il est reproché au monopoleur d'avoir augmenté de manière brutale, significative, persistante et injustifiée les prix de ses services. Si une même pratique peut caractériser l'un et

²³⁶ *Not.* Décision n°19-D-12 du 24 juin 2019 relative à des pratiques mises en œuvre par des notaires dans le secteur de la négociation immobilière, pts 82-86.

²³⁷ Déchets des activités de soin à risque infectieux, ci-après « DASRI ».

²³⁸ Décision n°18-D-17 du 20 septembre 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'élimination des déchets d'activités de soins à risque infectieux en Corse. A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, Abus d'exploitation : le retour ? LEDICO nov. 2018, n°111r6, p. 5.

²³⁹ Décision n°18-D-17 du 20 septembre 2018, *ibid.* Deux griefs sont notifiés (p. 17) mais l'Autorité décide que l'entreprise poursuivie n'a enfreint que le premier fondé sur l'article L. 420-2 du Code de commerce. En revanche, elle n'établit pas la pratique de discrimination reprochée au prestataire eu égard d'un centre hospitalier.

²⁴⁰ *Ibid.*, pt. 119 et s.

²⁴¹ *Ibid.*, pt. 119 et s., spéc. pt. 122.

l'autre des abus²⁴², l'Autorité a concentré sa décision sur l'abus d'exploitation. Sa décision a été réformée par la Cour d'appel de Paris²⁴³.

85. Les conditions de l'abus d'exploitation. La Cour d'appel de Paris revient sur les deux conditions nécessaires à sa caractérisation²⁴⁴. Malgré leur accord sur le lien causal entre la position dominante et l'avantage abusif retiré²⁴⁵, l'Autorité et les juges sont en profonde opposition sur le caractère inéquitable de l'avantage²⁴⁶. Il est indispensable à la caractérisation de l'abus d'exploitation mais le raisonnement ne devrait pas en terminer par là. L'Autorité consacre une partie de ses développements à l'absence d'alternative des clients du prestataire, pour révéler le dysfonctionnement porté à la concurrence. C'est donc en réfutant la position prise par la Cour d'appel que la démonstration pourrait être poursuivie. La Cour d'appel « *douche*²⁴⁷ » l'Autorité en lui rappelant qu'elle ne peut se substituer à l'entreprise qui fixe la politique tarifaire. La libre fixation des prix est l'un des principes cardinaux de l'économie de marché et les juges d'appel s'en font les ardents défenseurs. Dans cette voie, ils posent une présomption simple selon laquelle les prix sont équitables, à charge pour l'Autorité de démontrer le contraire. Elle aurait donc dû vérifier si les prix rehaussés étaient sans rapport avec la valeur économique de la prestation fournie. La logique de ce raisonnement est implacable mais les rapports d'équivalence suggérés par la juridiction du second degré peuvent être discutés.

86. La recherche du caractère équitable par la décomposition du prix. Les juges d'appel formulent un postulat selon lequel une augmentation tarifaire est en fait la fixation d'un prix²⁴⁸. Or l'action d'augmenter se réalise nécessairement à partir d'une valeur initiale (qu'elle soit du reste un volume, une grandeur, un prix). Il y aurait trois temps à considérer : le prix initial, l'augmentation tarifaire et le prix relevé ; la prestation ayant déjà été rendue au prix initial. La Cour poursuit avec un autre rapport d'identité : si le prix haussé est inéquitable alors l'augmentation l'est également. En revanche, si le prix relevé est équitable, alors l'augmentation l'est aussi²⁴⁹. Tant qu'il n'est pas démontré que le prix relevé est non-équitable alors l'augmentation ne pourra pas l'être. Il n'existe

²⁴² CA Paris, Pôle 05, Ch. 07, 14 nov. 2019, n°18/23992, J.-D. n°2019-020856, pt. 34. M. CAYOT, Le « retour » de l'abus d'exploitation n'aura pas lieu ? RDS, n°95, 2020, pp. 468-471. A. MARIE, Abus de position dominante et prix de vente excessif, RJDA 3/2020, chronique.

²⁴³ CA Paris, Pôle 05, Ch. 07, 14 nov. 2019, *ibid.*

²⁴⁴ *Ibid.*, spéc. pt. 92.

²⁴⁵ C'est bien parce que le prestataire dispose d'un monopole de fait qu'il a pu procéder aux augmentations des prix.

²⁴⁶ L'avantage réside dans la possibilité pour le prestataire d'augmenter ses prix et non dans les prix eux-mêmes.

²⁴⁷ D. BOSCO, Sanction des abus d'exploitation : la cour d'appel de Paris douche l'enthousiasme de l'Autorité de la concurrence, CCC n°1, janv. 2020, 12.

²⁴⁸ CA Paris, Pôle 05, Ch. 07, 14 nov. 2019, *ibid.*, spéc. pt. 96 : « [...] une augmentation tarifaire n'est rien d'autre que la fixation d'un prix ».

²⁴⁹ *Ibid.*, spéc. pt. 96 : « [...] L'appréciation du caractère équitable ou non équitable d'une telle augmentation se confond avec celle du caractère équitable ou non équitable du prix en résultant. Si le prix atteint apparaît équitable, l'augmentation ayant conduit à ce prix ne peut être jugée inéquitable, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'en rechercher les éventuelles justifications ».

aucun seuil à partir duquel un prix est considéré comme excessif²⁵⁰. Mais l'augmentation devrait conduire à identifier ce qui a été augmenté parmi les éléments composant le prix. En le décomposant, les coûts s'opposent à la marge. Les premiers représentent les dépenses de l'entreprise pour offrir le service tandis que la marge correspond schématiquement à ses recettes. L'augmentation peut donc aussi bien concerner les coûts que la marge. La jurisprudence européenne tient son raisonnement en termes de « *valeur économique* ». L'identifier avec précision est complexe tant ses conceptions, situées aux entrelacs des disciplines économique, comptable, monétaire, fiscal et juridique, peuvent être nombreuses et contradictoires. Nous retiendrons alors que les augmentations qu'elles soient dues aux coûts ou à une élévation de la marge sont toutes aussi légitimes l'une que l'autre, jusque dans certaines limites.

87. Les augmentations des coûts et de la marge. L'augmentation des coûts peut être due à une élévation des coûts des matières premières compte tenu de leur raréfaction (coûts directs), des coûts de la masse salariale et énergies nécessaires (coûts indirects). Elle peut aussi, comme en l'espèce, être liée à l'accélération des amortissements²⁵¹. Elle commanderait cependant une vérification d'ordre fiscal²⁵². L'augmentation de la marge se conçoit totalement dans une économie de marché. Toutefois, en l'occurrence le surcoût est supporté par des établissements de soins, en charge d'une mission de service public. S'il est impossible de constater des prix excessifs, l'initiative pourrait être prise de réglementer les prix d'un tel secteur comme le prévoit l'article L. 410-2 du Code de commerce. Ce devrait être la voie à emprunter suite au revers infligé par la Cour de cassation à l'Autorité²⁵³.

88. Des fondements menant à l'insuccès des actions menées. Ce cas d'espèce conduit à questionner le fondement choisi tant la charge de la preuve est difficile à rapporter dans le cadre d'un abus d'exploitation. Le changement de fondement pour l'abus de dépendance économique se justifierait en l'absence de solution alternative pour les établissements de soin. La réglementation des DASRI exigeant leur destruction en certains délais²⁵⁴, les contraintes logistiques liées à l'insularité entraîneraient nécessairement leur dépassement s'ils étaient envoyés sur le continent²⁵⁵. Mais en l'absence d'une solution équivalente, l'affectation de la structure ou du

²⁵⁰ Décision n°18-D-17 du 20 septembre 2018, *ibid.*, pt. 127 (jurisprudence communautaire) et pt. 137.

²⁵¹ *Ibid.*, pt. 159.

²⁵² Des amortissements exceptionnels sont prévus en droit fiscal, en matière de bénéficiaires industriels et commerciaux (ci-après « BIC ») mais les régimes qui leur sont applicables diffèrent selon que l'entreprise cesse ou continue d'utiliser le bien amortissable, v. Éd. EFL, documentation experte pratique fiscale, BIC, division X dédiée aux amortissements, spéc. n°15100.

²⁵³ Cass. Com., 07 juill. 2021, n°19-25.586, J.-D. n°2021-015916. A. RONZANO, Prix excessifs : La Cour de cassation inflige un nouveau revers à l'Autorité comme au ministre à propos de l'approche qu'il convient d'adopter pour traiter les pratiques de prix excessifs (Sanicorse, Groupe Cesarini), 7 juillet 2021, Concurrences N° 3-2021, Art. n° 101776.

²⁵⁴ Arrêté du 07 septembre 1999 relatif aux modalités d'entreposage des déchets d'activités de soins à risques infectieux et assimilés des pièces anatomiques, JORF n°230 du 03 oct. 1999, art. 2.

²⁵⁵ Décision n°18-D-17 du 20 septembre 2018, *ibid.*, pt. 110.

fonctionnement de la concurrence devrait encore être rapportée²⁵⁶. Les fondements pris mènent aux mêmes incertitudes, au risque de ne pouvoir conduire la démonstration dans sa totalité et donc de rendre impossible toute sanction. En réponse, un fondement de pratiques restrictives de concurrence est envisageable.

89. La hausse brutale des prix. Le prestataire a résilié plusieurs contrats le liant aux établissements de soin, puis a refusé de soumissionner à leurs appels d'offres. Des négociations ont ensuite été conduites, à l'issue desquelles des tarifs majorés ont été imposés. Hors du cadre formel, la continuation des relations est à considérer et l'augmentation brutale pourrait dès lors être poursuivie comme rupture partielle. L'action menée par les victimes de la pratique se résout en dommages et intérêts. Un changement de dimension s'opère car il ne s'agit plus de protéger la concurrence mais les concurrents disposent de moyens pour être protégés. C'est le tournant pris par le législateur dans les années 1990.

SECTION 2 : UNE PRATIQUE RESTRICTIVE DE CONCURRENCE

90. La quête d'une protection et d'un équilibre. Constatant l'impossibilité de sanctionner certaines pratiques en droit des pratiques anticoncurrentielles, certaines en ont comme été sorties, pour être poursuivies en elles-mêmes. La loi Galland crée la rupture brutale des relations commerciales établies. Ce dispositif s'inscrit en réponse à l'asymétrie des forces entre producteurs et distributeurs organisés (§1). De l'émergence de cette force de négociation, à sa confirmation par mouvements de concentration, ils sont des partenaires incontournables pour les fournisseurs. Certains de leurs comportements sont préjudiciables aux producteurs. Ils les enferment dans des relations étroites, grâce à une coopération commerciale accrue. Les menaces de déréférencement planent, ainsi qu'une variété d'autres pratiques qui en découlent. Malgré de premières applications, l'équilibre n'a jamais été restauré. Le dispositif général est alors supplanté par des encadrements dédiés (§2).

§1. Des dispositions générales en réponse à l'asymétrie des forces en présence

91. Une mutation. Pour aborder la rupture brutale des relations commerciales établies, en tant que pratique restrictive de concurrence, il est nécessaire de saisir le contexte précédant son

²⁵⁶ C. RAJA-ROQUE, Abus d'exploitation sur le marché de l'élimination des DASRI, RDS, n°87, 2019, pp. 112-114, relevant un potentiel effet d'éviction.

introduction. La mutation du commerce de détail en grande distribution résulte d'un ensemble de faits sociétaux interdépendants. Tous ne peuvent être décrits avec détails, c'est pourquoi c'est à grand traits que sera brossée l'émergence des distributeurs (A). Il s'agit de focaliser sur les moyens qu'ils ont utilisés pour se hisser dans une position, faisant d'eux des partenaires incontournables. Leurs regroupements ont de fait réduit leur nombre. Aux changements structurels s'ajoutent les modifications de leurs pratiques commerciales. Les distributeurs tirent avantage de leur organisation mais l'influence est néfaste dans les rapports où les producteurs tiennent place de subordonnés (B). De là, nous percevons que la conception du dispositif tente de comprendre la dimension relationnelle tout autant que les pratiques préjudiciables.

A. L'émergence d'une force de négociation incontournable

92. Une puissance tirée de faiblesses. Les rapports entre producteurs et distributeurs ont été considérablement modifiés au cours du vingtième siècle. On décrit la montée en puissance des distributeurs depuis l'amorce du remembrement commercial (1). Davantage qu'un renversement des forces, les distributeurs tirent avantage des difficultés accumulées par les entreprises de l'amont. Leur organisation par concentration de l'aval fait d'eux, des partenaires incontournables (2).

1. La montée en puissance des distributeurs depuis le « remembrement commercial »

93. La corrélation entre la société de consommation et la grande distribution. Les deux phénomènes sont indissociables. Les évolutions sociétales et commerciales exercent des influences réciproques. De leur combinaison est née la distribution, éclipsant le commerce de détail. La thématique de la grande distribution est une boîte de pandore, ouverte à des recherches variées, toutefois non-exhaustives²⁵⁷. Les relations fournisseurs-distributeurs sont sondées. À grands traits, l'arrivée de la grande distribution aurait entraîné un renversement des forces en

²⁵⁷ M. HOCQUELET, M. BENQUET, C. DURAND et S. LAGUÉRODIE, Les crises de la grande distribution, *Revue Française de Socio-Économie*, 2016/1 (n° 16), p. 19-35. DOI : 10.3917/rfse.016.0019, consulté le lun. 28 juin 2021 depuis l'URL : <https://www-cairn-info.passerelle.univ-rennes1.fr/revue-francaise-de-socio-economie-2016-1-page-19.htm>, 1. Introduction. A. CHATRIOT et M.-E. CHESSEL, L'histoire de la distribution : un chantier inachevé, *Histoire, économie & société*, 2006/1 (25e année), p. 67-82. DOI : 10.3917/hes.061.0067, consulté le lun. 28 juin 2021 depuis l'URL : <https://www-cairn-info.passerelle.univ-rennes1.fr/revue-histoire-economie-et-societe-2006-1-page-67.htm>, spéc. p. 68 « [...] alors que l'industrie et les grandes entreprises ont trouvé leurs historiens, les méthodes et les expériences de la distribution restent trop souvent encore, malgré des travaux pionniers, dans l'ombre ».

présence²⁵⁸. Mais ce constat doit être nuancé, avant d'aborder le contexte du *remembrement commercial* et l'amorce des groupements d'acheteurs.

94. L'hégémonie de quelques fournisseurs. Le marché amont regroupe l'agriculture et l'industrie. Leur modernisation a eu cours tout au long du vingtième siècle. Les changements engendrés n'ont pas mené à une domination globale : le secteur agricole repose sur des fragilités sectorielles et l'industrie innovante a connu un ralentissement, après avoir inondé le marché de biens de consommation.

95. L'agriculture productiviste subventionnée. La révolution agricole, débutée Outre-Atlantique, s'est répandue dans les pays industrialisés, avec des politiques de grande ampleur²⁵⁹. Le progrès technique se déploie par la motorisation, l'utilisation d'engrais, par les recherches en biologie et chimie²⁶⁰. Les rendements s'élèvent. Les exploitations familiales se transforment en sociétés agricoles²⁶¹. Les avancées ne mènent pourtant pas au succès commercial²⁶². Les coûts sont élevés²⁶³, certaines productions sont excédentaires, la concurrence est mondiale²⁶⁴. À l'échelle européenne, la politique agricole commune²⁶⁵ a permis de protéger la production de la concurrence extérieure et de maintenir un certain niveau de prix²⁶⁶. Mais les revenus tirés des exploitations continuent de diminuer et les subventions grèvent le budget de la PAC. Le secteur accumule les fragilités.

²⁵⁸ M. HOCQUELET, M. BENQUET, C. DURAND et S. LAGUÉRODIE, *ibid.* : 2.2. L'inversion du rapport de force avec l'industrie. C. BORDENBERGER et N. DOISY, Les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs, *Économie & prévision*, 2006/4-5 (n° 175-176), p. 189-195. DOI : 10.3917/ecop.175.0189, consulté le lun. 28 juin 2021 depuis l'URL : <https://www-cairn-info.passerelle.univ-rennes1.fr/revue-economie-et-prevision-1-2006-4-page-189.htm>, spéc. p. 190 : « *On a pu observer, au fil du siècle dernier, un basculement progressif du rapport de force des fournisseurs-producteurs vers les distributeurs* ».

²⁵⁹ M. MAZOYER et L. ROUDART, AGRICULTURE - Histoire des agricultures depuis le XXe siècle, Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le dim. 27 juin 2021 depuis l'URL : <http://www.universalis-edu.com.passerelle.univ-rennes1.fr/encyclopedie/agriculture-histoire-des-agricultures-depuis-le-xxe-siecle/>.

²⁶⁰ P. BARRAL, Livre III - Le secteur agricole dans la France industrialisée (1950-1974), in F. BRAUDEL éd., Histoire économique et sociale de la France (4). L'ère industrielle et la société d'aujourd'hui (1880-1980) : 1950 à nos jours. Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, « Hors collection », 1982, p. 1425-1463. DOI : 10.3917/puf.braud.1982.01.1425. consulté le dim. 27 juin 2021 depuis l'URL : <https://www-cairn-info.passerelle.univ-rennes1.fr/histoire-economique-et-sociale-de-la-france-4--9782130359579-page-1425.htm>.

²⁶¹ L. BOURGEOIS, M. DEMOTES-MAINARD, Les cinquante ans qui ont changé l'agriculture française. In: *Économie rurale*. N°255-256, 2000. Les cinquante premières années de la sfer. Quel avenir pour l'économie rurale ? pp. 14-20; doi : <https://doi.org/10.3406/ecoru.2000.5151>, consulté le dim. 27 juin 2021 depuis l'URL : https://www.persee.fr/doc/ecoru_0013-0559_2000_num_255_1_5151.

²⁶² P. BARRAL, Livre III - Le secteur agricole dans la France industrialisée (1950-1974), *ibid.*, spéc. p. 1432.

²⁶³ M. MAZOYER et L. ROUDART, *ibid.*

²⁶⁴ L. BOURGEOIS, M. DEMOTES-MAINARD, *ibid.*

²⁶⁵ « Politique agricole commune » ci-après désignée sous l'acronyme communément admis « PAC ».

²⁶⁶ L. BOURGEOIS, M. DEMOTES-MAINARD, *ibid.*

96. La maturité de l'industrie innovante. La substitution du capital au travail explique pour partie l'industrialisation du vingtième siècle²⁶⁷. L'industrie des biens de consommation a été porteuse d'innovations de produits²⁶⁸. *Le fromage en portions individuelles, les détergents javellisés et les couches jetables* ont conquis les linéaires²⁶⁹. Ce courant a d'abord été retentissant auprès des consommateurs avant de s'essouffler. Le marché a atteint une certaine maturation et les innovations ont été limitées à des extensions de produits²⁷⁰. Ce ralentissement a été favorable au déploiement des distributeurs. Ajoutons désormais les éléments complémentaires concourant à leur essor.

97. La densité des commerces alimentaires. Au sortir des années noires de la seconde guerre mondiale, la France entre en reconstruction. Cet entre-temps est employé à la modernisation de l'économie. Le choix restreint de produits alimentaires fait encore écho aux tickets de rationnement. L'organisation du commerce alimentaire est morcelée sur le territoire. Leur nombre prolifère depuis la possibilité restaurée d'acquérir des fonds de commerce²⁷¹. Les phénomènes d'accumulation et de dispersion²⁷² des petits commerces s'expliquent pour partie par l'absence de concurrence par les prix ; les fournisseurs imposant la revente à un prix unique. Les marges réalisées par les petits commerçants sont de l'ordre de vingt à trente pour cent²⁷³. Cet écart ne produit pas la différenciation attendue. L'écart significatif survient avec une marge fixée à onze pour cent, par un pionnier : Édouard Leclerc.

²⁶⁷ F. CARON, J. BOUVIER, R. GIRAULT, Livre II - L'État et le capitalisme. Nouvelles structures. Nouveaux problèmes. 1949-années 1970, in F. BRAUDEL éd., *Histoire économique et sociale de la France (4). L'ère industrielle et la société d'aujourd'hui (1880-1980) : 1950 à nos jours*. Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, « Hors collection », 1982, p. 1009-1435. DOI : 10.3917/puf.braud.1982.01.1009, consulté le lun. 28 juin 2021 depuis l'URL : <https://www-cairn-info.passerelle.univ-rennes1.fr/histoire-economique-et-sociale-de-la-france-4--9782130359579-page-1009.htm>.

²⁶⁸ S. M. LAUSTER, J. NEELY, Recentraliser dans les industries de la grande consommation, *L'Expansion Management Review*, 2005/3 (N° 118), p. 19-28. DOI : 10.3917/emr.118.0019, consulté le lun. 28 juin 2021 depuis l'URL : <https://www-cairn-info.passerelle.univ-rennes1.fr/revue-l-expansion-management-review-2005-3-page-19.htm>.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ *Ibid.* : « Pendant les deux décennies suivantes [1970-1980], le secteur a dit plus qu'il n'a réalisé, et produit davantage des extensions de marque que des produits vraiment nouveaux ».

²⁷¹ T. JACQUES, L'État, le petit commerce et la grande distribution, 1945-1996 : une histoire politique et économique du remembrement commercial, th., Un appareil commercial dense, p. 30 et s. Après avoir été limitée durant les années de guerre, la création de fonds de commerce est de nouveau possible depuis 1946. « *Les créations ou extensions d'entreprises artisanales, industrielles ou commerciales recensées par le registre du commerce s'élèvent à 560 000 en 1946, contre 115 000 en 1938, et la part du commerce dans cet accroissement est de loin la plus importante* ».

²⁷² S. BILLOWS, À qui profite la « concurrence » ? Modèles de concurrence et régulation de la grande distribution française (1949-1986), *Gouvernement et action publique 2016/4* (Presses de Sciences Po), n°4, p. 69-91, note 8 citant P. LOCARDEL, *Le grand désordre du commerce français*. En France : 1 boutique pour 32 habitants » en comparaison avec la Grande-Bretagne : 1 boutique pour 68 habitants. *Témoignage chrétien*, 19 septembre 1952.

²⁷³ S. BILLOWS, *ibid.*, et T. JACQUES, L'américanisation du commerce français au début des années 1960. Bernardo TRUJILLO et les séminaires *Modern Merchant Methods*, Vingtième siècle, *Revue d'histoire*, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P) 2017/2, n°134, p. 131-145, spéc. p. 134 : « Alors que les commerçants traditionnels optent pour des marges allant de 20 à 30%, même dans les supermarchés, Leclerc applique, lui, une marge brute à la revente de 11%, correspondant à peu près à une marge de grossiste. »

98. Le poids des volumes. Le modèle de la distribution initiée par l'épicier de Landerneau suit une trilogie vertueuse « marge réduite, prix bas, gros volume²⁷⁴ ». L'importance des volumes acquis, revendus avec une marge limitée, entraînent une baisse des prix de vente. En réaction, des commerçants organisent des boycotts²⁷⁵. Ils réussissent, un temps, à faire en sorte que les producteurs refusent d'approvisionner. Mais, ce faisant, ils violent les dispositions du décret de 1953²⁷⁶, assimilant le refus de vente à une pratique des prix illicites. Cette interdiction est maintenue ultérieurement²⁷⁷. Le gouvernement est enclin à voir prospérer l'organisation naissante. La législation soutient le « *remembrement commercial* », souhaité par le ministre des finances : Valéry Giscard d'Estaing et exprimé comme tel dès 1963²⁷⁸. L'essor de la distribution creuse le fossé avec les petits commerçants. Les changements engendrés sont radicaux.

99. Une mutation en opposition. En entrant dans l'ère de la distribution, le commerce de détail rompt avec ce qui le caractérisait. Le nombre de commerces fléchit, les surfaces de vente augmentent, les techniques de vente se modernisent, l'emplacement déménage. Le libre-service s'impose, le choix se diversifie, le tout est complété d'innovations : l'achalandage des rayons, le matériel frigorifique, l'utilisation de chariots et de caisses enregistreuses²⁷⁹. La distribution profite d'avancées sociétales : la généralisation du salariat, du couple bi-actif, de l'automobile²⁸⁰. C'est un point clivant pour la distribution et l'organisation précédente tombe progressivement en désuétude. Mais ce mouvement prédateur est dénoncé par des mouvements de petits commerçants. Leurs voix unies sont entendues par le gouvernement Chaban-Delmas. Il prend la décision d'endiguer ce phénomène en instaurant un système d'autorisation préalable à toute implantation de nouvelle grande surface de vente²⁸¹. Les dispositions légales afférentes produisent leurs effets, néanmoins

²⁷⁴ J.-C. DAUMAS, *Consommation de masse et grande distribution. Une révolution permanente (1957-2005), Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 2006/3 (n° 91), p. 57-76. DOI : 10.3917/ving.091.76. URL : <https://www.cairn.info/revue-vingtieme-siecle-revue-d-histoire-2006-3-page-57.htm>, consulté le ven. 25 juin 2021.

²⁷⁵ T. JACQUES, *Refus de vente interdit ! Quand la politique de concurrence œuvre à la réforme de la distribution*, *Gouvernement et action publique* 2016/4 (Presses de Sciences Po), n°4, p. 47-67, spéc. p. 58-59 : « Le boycott des fournisseurs ».

²⁷⁶ D. n°53-704 du 09 août 1953 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale, JORF du 10 août 1953, p. 7045.

²⁷⁷ D. n°58-545 du 24 juin 1958 modifiant certaines dispositions de l'ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945 relative au maintien de la libre concurrence, article 1^{er}, JORF du 25 juin 1958, p. 5877. Circulaire du 31 mars 1960 relative à l'interdiction des pratiques commerciales restreignant la concurrence, JORF du 02 avr. 1960, p. 3048.

²⁷⁸ T. JACQUES, *L'Etat, le petit commerce et la grande distribution, 1945-1996. Une histoire politique et économique du remembrement commercial*, Thèse dirigée par M. Margairaz, professeur d'histoire économique contemporaine, Université Paris I Panthéon Sorbonne, consultée depuis HAL, URL : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01661307/document>, le dim. 07 janv. 2018

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ E. NAZARENKO, E. VANICHE, *Des amis de trente ans. Sciences de l'ingénieur [physics]*, <https://hal-mines-paristech.archives-ouvertes.fr/hal-01909788>. T. JACQUES, *ibid.*

²⁸¹ Circulaire du 29 juillet 1969 relative à la place de l'équipement commercial dans le développement urbain, JO du 27 août 1969, p. 8609 : « *On peut actuellement observer l'apparition d'une nouvelle forme de distribution qui correspond, dans certains cas, à une véritable mutation économique et qui est, dans l'ensemble, bien accueillie par la clientèle, en raison des commodités et avantages qu'elle présente. Il s'agit des magasins de grande surface qui se développent avec rapidité à la périphérie des agglomérations, à des distances variables du centre-ville. Le prix du terrain, les difficultés de la circulation automobile et le sous-équipement des banlieues sont autant de facteurs d'accélération de ce mouvement* » et Loi n°73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, JORF du 30 décembre 1973, p. 14139.

en demi-teinte devant l'accueil favorable que les élus locaux réservent aux demandes d'implantation des distributeurs ; ces derniers étant soucieux de faire croître leurs ressources fiscales^{282 283}. Le phénomène continue de prendre de l'ampleur, et à mesure qu'il croît, l'écart avec le petit commerce se creuse.

100. Une période de contradictions. Les coûts prohibitifs liés à l'installation des supermarchés invitent les groupes financiers à prendre part à l'essor de la distribution. La financiarisation ne concerne pas uniformément les entreprises du secteur, certaines la retardent en créant des groupements d'achat, d'autres, des structures coopératives²⁸⁴. Pour se développer, toutes appliquent progressivement le modèle du discount, conduisant à de fortes tensions avec les fournisseurs. Elles s'exacerbent à mesure que les distributeurs se concentrent.

2. La concentration autour des centrales d'achat, des partenaires incontournables

101. Une première définition de la centrale d'achat en tant qu'intermédiaire. Les regroupements d'acheteurs remontent à la première moitié du vingtième siècle. L'une des premières centrales d'achat recensées : Paridoc, date de 1930²⁸⁵. Un arrêté de 1946²⁸⁶ fournit une première définition de la centrale d'achat : c'est « *un commissionnaire ayant une existence juridique propre et dont les activités de commission, de répartition, d'organisation, de documentation et autres services rendus sont réservés à l'usage exclusif de ses adhérents auxquels le lie un contrat d'une certaine durée* ». Son insertion dans les dispositions sur le statut des agents commerciaux renseigne sur sa situation d'intermédiaire. Elle se place entre les producteurs en amont et les distributeurs affiliés en aval. Elle intervient, en autres, au cours des négociations, phase essentielle pour l'obtention de rabais, de délais et de facilités de paiement. La définition reste évasive quant à la durée de la relation contractuelle. L'adjectif indéfini utilisé peut tout aussi bien marquer : une durée qu'il n'est pas possible de déterminer avec précision, ou bien une durée d'une certaine importance. Les pratiques des centrales permettront de trancher.

²⁸² S. BILLOWS (S.), *ibid.*

²⁸³ P. REY, J. TIROLE, Quelles régulations pour le commerce ?, in Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs, Conseil d'analyse économique, La Documentation française, 2000, consulté le dim. 27 juin 2021, depuis l'URL : <https://www.cae-eco.fr/staticfiles/pdf/029.pdf>. Les auteurs ajoutent le phénomène de corruption dans le contexte des lois Royer (1973) et Raffarin (1996).

²⁸⁴ T. JACQUES, *ibid.*, spéc. pp. 69-72 décrivant la « financiarisation des établissements Berthier-Saveco ».

²⁸⁵ A. RITZENTHALER (Rapp.), Les circuits de distribution des produits alimentaires, avis du CESE, mai 2016, p. 92, consulté depuis l'URL : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/164000306.pdf>, le ven. 25 juin 2021.

²⁸⁶ Arrêté du 05 novembre 1946 portant validation des décisions 23 et 24 relatives à l'exercice du mandat commercial (liquidation de l'office professionnel des auxiliaires mandataires du commerce et de l'industrie), JO du 13 novembre 1946, p. 9576 et s., art. 26. Cet arrêté marque une étape importante dans la lutte des agents commerciaux pour la reconnaissance de leur statut légal. J.-M. LELOUP, Les agents commerciaux 2016/2017, Delmas, Coll. Encyclopédie Delmas, sept. 2015, ISBN n°978-2-247-12186-1, pp. 12-28.

L'annulation de l'arrêté en Conseil d'État²⁸⁷ ne remet pas en cause la pratique des regroupements à l'achat, qui tend, de surcroît, à se renforcer dans la seconde moitié du vingtième siècle.

102. L'intensification de la concentration : des centrales aux super-centrales. Entre 1950 et 1980, la grande distribution connaît une croissance ininterrompue²⁸⁸. La politique de la rigueur s'accompagne d'un environnement économique morose²⁸⁹. Les agrégats macroéconomiques, comme l'emploi et la consommation, sont en berne. Les distributeurs doivent non seulement faire face au recul des achats des ménages²⁹⁰ mais aussi aux conditions de vente peu transparentes et discriminatoires des industriels²⁹¹. Ils réagissent en se regroupant pour peser davantage dans les négociations²⁹². En 1984, un point d'orgue est atteint avec la création d'une *supercentrale* d'achat : Association pour les Relations Commerce-Industrie²⁹³. Elle réunit les distributeurs Auchan, Miniper, Carrefour, Promodès, Casino, Comptoirs modernes et Metro. Ces opérations d'envergure se poursuivent²⁹⁴. Le Conseil de la concurrence a à en connaître et rend plusieurs avis en 1986²⁹⁵. Il applique des sanctions pécuniaires aux centrales, en raison de la pression exercée sur les fournisseurs, en vue notamment d'obtenir une ristourne inconditionnelle supplémentaire. Dans la structure de marché en oligopsonie, les rapports de forces se tendent. Le déséquilibre caractérisant le marché rejaillit dans les rapports contractuels entre distributeurs et producteurs²⁹⁶.

103. Un canal privilégié pour un écoulement de masse. La société de consommation de masse repose sur une logique de volume et de rotation rapide des stocks. La grande distribution est le canal permettant cet écoulement massif et soutenu. Dans cette configuration, le refus d'acheter d'un distributeur a un effet davantage négatif que le refus de vendre d'un fournisseur

²⁸⁷ Annulé par un arrêt du Conseil d'état du 30 avril 1948, JCP 1948, II, 4401, note Ménard *in* N. FERRY et C. MOMÈGE, *L'émergence des super-centrales dans la grande distribution : quelles justifications juridiques ?* JCP E n°12, 21 mars 1985, 14441 ; M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Contrat de commission. - Notion*, JCI Contrats-distribution, fasc. n°820, maj 04 oct. 2015, et spéc. n°16. *commission à l'achat*.

²⁸⁸ S. BILLOWS, À qui profite la « concurrence ? Modèles de concurrence et régulation de la grande distribution française (1949-1986), *Gouvernement et action publique*, 2016/4 (VOL. 5), p. 69-91. DOI : 10.3917/gap.164.0069. URL : <https://www-cairn-info.passerelle.univ-rennes1.fr/revue-gouvernement-et-action-publique-2016-4-page-69.htm>, p. 84, *une crise du marché de la grande consommation*

²⁸⁹ S. BILLOWS, *ibid.*

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ L. VIGNAU, Intégration verticale et grande distribution dans la filière alimentaire, CREDOC, Coll. des rapports, nov. 1990, n°89, spéc. p. 14 *La concentration des achats*.

²⁹² S. BILLOWS, *ibid.*

²⁹³ La centrale est communément désignée par son acronyme : « ARCI ».

²⁹⁴ S. BILLOWS, *ibid.*, spéc. p. 84 : *in fine* : « À la suite des opérations de concentration, il ne reste, en 1985, plus que sept « centres de décisions d'achat », contre treize en 1982. Ces sept « centrales ou supercentrales » réalisent alors, selon la *Revue de la concurrence et de la consommation*, 40% du chiffre d'affaires du commerce de détail, et 80% pour les produits alimentaires ».

²⁹⁵ Cons. conc., avis n°87-05 du 30 octobre 1986 relatif aux pratiques commerciales de la SA Serfaal ; avis n°87-04 du 30 oct. 1986 relatif aux pratiques commerciales de la Centrale ARCI Association ; avis n°87-03 du 30 oct. 1986 relatif aux pratiques spéciales commerciales de centrale d'achat DI-FRA, BOCC 29 janv. 1987, p. 22.

²⁹⁶ M. GLAIS, *Chronique de la concurrence - L'exploitation abusive d'un État de dépendance économique (Analyse économique du droit et de la jurisprudence française de la concurrence)*. In : *Revue d'économie industrielle*, vol. 68, 2^e trimestre 1994, pp. 81-98

pour le distributeur. Cela se vérifie en comparant l'importance que l'un représente pour l'autre. La part de chiffre d'affaires que le fournisseur réalise avec un distributeur est plus importante par rapport à celle que le distributeur réalise avec le fournisseur²⁹⁷. Cela peut se nuancer à propos de quelques fournisseurs détenant des produits de marques notoires. Pour les autres, ils demeurent en proie au canal décrit, surtout lorsqu'ils fournissent des produits sous marque de distributeur²⁹⁸.

104. Les distributeurs dans la production. Les produits MDD existent déjà au début du vingtième siècle. Ils connaissent un nouvel élan avec l'essor de la distribution alimentaire²⁹⁹. Carrefour lance les produits libres au cours des années 1970, auxquels succèdent ceux estampillés au nom de l'enseigne en 1985³⁰⁰. La marque étant celle du distributeur, il la contrôle³⁰¹. Eu égard aux produits, il exige certaines caractéristiques, contenues dans un cahier des charges qu'il a rédigé. En amont, les producteurs s'y soumettent. Certaines PME y trouvent une source d'activité, leur permettant d'exister face aux producteurs de marques nationales³⁰². Mais leur situation demeure pour le moins fragile, contrainte par l'immixtion du distributeur dans la production. Sa connaissance de la structure des coûts influence à la baisse la marge prélevée par le producteur. Le distributeur s'impose aussi face aux producteurs de marques nationales, leur grappillant des parts de marché à mesure que les consommateurs se tournent vers les produits MDD. La coexistence des produits dans les linéaires va alors être âprement négociée.

105. La rareté des linéaires. Les législations subordonnant la création de grandes surfaces commerciales à autorisation *ont créé une rareté importante du linéaire*³⁰³. L'installation des distributeurs est limitée et l'espace de vente est d'une certaine manière contingentée³⁰⁴. Ne pouvant qu'accéder aux linéaires existants, les producteurs sont dressés les uns contre les autres. Le choix de l'assortiment n'appartient en définitive qu'aux distributeurs, pouvant dès lors négocier durement les services rendus dans le cadre de la coopération commerciale, sous la menace constante de déréférencement.

²⁹⁷ L. VIGNAU, Intégration verticale et grande distribution dans la filière alimentaire, *ibid.* p. 16 : « *Par exemple, le yaourt entre pour 1,5 du chiffre d'affaires de Carrefour et est fourni à 0,5% du chiffres d'affaires global par Danone. En revanche, Carrefour représente 8% du chiffre d'affaires de Danone* ».

²⁹⁸ « marque de distributeur » ci-après MDD, acronyme communément utilisé en la matière.

²⁹⁹ P. MOATI, La poussée des marques de distributeurs sur le marché alimentaire : interprétations et perspectives, *Revue d'économie industrielle*, n°131, 3^e trimestre 2010, pp. 133-154.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ F. BERGÈS, P. BONTEMS, V. RÉQUILLART, L'impact économique du développement des marques de distributeurs, *Économie & prévision*, 2009/3 (n° 189), p. 41-56. DOI : 10.3917/ecop.189.0041 consulté le mar. 29 juin depuis l'URL : <https://www.cairn.info/revue-economie-et-prevision-1-2009-3-page-41.htm>.

³⁰² P. MOATI, *ibid.*, spéc. p. 137.

³⁰³ P. REY, J. TIROLE, Quelles régulations pour le commerce ?, *ibid.*

³⁰⁴ O. CHANUT, Concurrence verticale industriels-distributeurs : stratégie des acteurs et évolution du droit. Colloque Etienne Thil, 2015, Roubaix, France, accessible depuis l'URL : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01761842> (le mar. 29 juin 2021), p. 12 et s., 4. Des règles d'urbanisme commercial qui renforcent les positions acquises et le pouvoir des distributeurs.

B. Les comportements préjudiciables des distributeurs organisés

106. L'organisation concentrée des distributeurs préjudiciable aux producteurs. Leurs relations se font plus étroites dans le cadre d'une coopération commerciale accrue (1). Les services rendus par les distributeurs, pour la commercialisation des produits, s'accroissent et leur rémunération aussi. Leurs relations deviennent progressivement des rapports de subordination. Les entreprises de l'amont y sont enserrées à mesure que la pratique générale de déréférencement se décline (2) : en menaces, en déréférencements partiels et temporaires. Ces pratiques doivent être appréhendées sur le fondement de la nouvelle pratique restrictive de concurrence : la rupture brutale des relations commerciales établies. Mais l'inaction des producteurs menace son effectivité.

1. Des relations étroites dans une coopération commerciale accrue

107. L'effet revers de la législation. Le législateur est intervenu pour tenter de résorber les déséquilibres entre producteurs et distributeurs. Les discriminations ont été prosrites, la revente à perte interdite et les règles de facturation durcies. Toutes ces mesures combinées ont eu pour effet d'augmenter les marges arrière³⁰⁵. Les distributeurs n'ont plus directement négocié les prix mais ont exigé d'autres avantages, sous forme de prestations de services, entrant dans la « coopération commerciale »³⁰⁶.

108. Les justifications des discriminations. Dès 1973³⁰⁷, la loi Royer interdit les pratiques discriminatoires³⁰⁸ et les *avantages quelconques*³⁰⁹ que les revendeurs pourraient en retirer. La non-discrimination est le principe, les justifications en sont l'exception. La circulaire Scrivener³¹⁰ en identifie, en visant implicitement la grande distribution, par référence aux volumes de vente³¹¹. Une discrimination de prix en faveur des distributeurs peut être justifiée compte tenu des facilités logistiques et des remises obtenues de façon rétroactive³¹². Mais une condition de proportionnalité s'y ajoute : « *l'octroi de ces remises doit être proportionné à l'importance des transferts réels de*

³⁰⁵ D. FASQUELLE et L. ROBERVAL, Rapports distributeurs / fournisseurs : L'exemple de l'encadrement par le droit français, in M. BÉHAR-TOUCHAIS, N. CHARBIT et R. AMARO (dir.), À quoi sert la concurrence ? , Concurrences, 30 sept. 2014, 748 p., pp. 355-360, spéc. p. 357.

³⁰⁶ D. FASQUELLE et L. ROBERVAL, *ibid.*, spéc. p. 357.

³⁰⁷ L. n°73-1193 du 27 déc. 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, JORF 30 déc. 1973, p. 14139 et s.

³⁰⁸ *ibid.* art. 37.

³⁰⁹ *ibid.* art. 38.

³¹⁰ Circulaire du 10 janv. 1978 relative aux relations commerciales entre entreprises, JORF 12 janv. 1978, p. 328 et s.

³¹¹ *ibid.*, spéc. p. 329 : « *La principale justification qui peut être donnée à une discrimination de prix est l'importance des quantités vendues en raison des gains de productivité qui en peuvent résulter. Le service le plus important qu'un fournisseur attende de son client est qu'il lui fasse vendre la plus grande quantité possible de marchandises* ».

³¹² *ibid.*, spéc. p. 329.

*charges du fabricant au client*³¹³ ». Le fournisseur supporte le coût de production tandis que le coût de commercialisation est désormais du côté du distributeur. Ce dernier est alors en position d'exiger des remises. La difficulté réside dans leur quantification car elles ne sont pas seulement fonction des volumes³¹⁴, mais aussi fonction des services qualitativement et effectivement rendus.

109. La subordination dans la coopération commerciale. Les services rendus entre distributeurs et fournisseurs existent. Le procédé est légal, mais la référence faite aux « *services effectivement rendus* »³¹⁵ déjoue les apparences. L'adverbe fait poindre de possibles abus des distributeurs, qui s'arrogeraient des avantages, sans verser de contreparties réelles aux fournisseurs. La formalisation de la coopération commerciale, telle qu'appréciée par la circulaire, laisse aussi entrevoir un potentiel rapport de subordination, exprimé en ces termes : « *les pouvoirs publics estiment que ces contrats doivent traduire la volonté des partenaires d'y souscrire en toute liberté*³¹⁶ ». C'est bien évidemment l'inverse qui peut être constaté. Diffusée en 1984³¹⁷, la DGCC fait déjà état de la substitution des conditions d'achat aux conditions de vente³¹⁸, mais la restreint à certains « *cas extrêmes* ».

110. Les avantages supplémentaires tirés des structures d'organisation. Aux services rendus dans le cadre de la coopération commerciale sont ajoutés les « *avantages quelconques* ». Les distributeurs se les procurent non plus à raison des services rendus ou des objectifs atteints, mais grâce aux structures détenues. Les distributeurs ont organisé l'achat massif de produits, par l'intermédiaire de centrales auxquelles ils sont affiliés. Ce peut être des centrales d'achat ou de référencement. S'agissant des premières, elles procèdent à l'assortiment auprès de fournisseurs, qui leur accordent des avantages pécuniaires en fonction des volumes commandés et des services rendus. Ils peuvent être complétés en autres de « *primes de démarrage au titre des premières commandes* ». Quant aux secondes, un droit d'entrée peut être requis afin que les fournisseurs figurent parmi les référencés. Sans distinguer entre structures, la circulaire fournit d'autres avantages susceptibles d'être demandés auprès des fournisseurs : « *cadeaux à l'occasion*

³¹³ *Ibid.*, spéc. p. 329, 5.

³¹⁴ *Ibid.*, spéc. p. 329, *in fine* : « *L'appréciation des services rendus au fournisseur ou à l'acheteur et du coût de la coopération commerciale n'est pas susceptible d'une traduction mathématique dans les prix aussi rigoureuse que celles des quantités vendues* ».

³¹⁵ C. MONTET et F. VENAYRE, Grande distribution française : faire confiance au marché ou céder à la tentation réglementaire ?, RLC, n°1, 1^{er} novembre 2004

³¹⁶ Circulaire du 10 janv. 1978 relative aux relations commerciales entre entreprises, *ibid.*, spéc. p. 329, 6.

³¹⁷ Circulaire du 18 mai 1984 relative à la transparence tarifaire dans les relations commerciales entre entreprises, JORF du 23 mai 1984, p. 4593 et s.

³¹⁸ *Ibid.*, spéc. p. 4593 : « [...] *L'importance croissante des avantages accordés, hors conditions générales de vente, en particulier dans le cadre d'accords présentés parfois abusivement comme des accords de « coopération commerciale », fait que les barèmes de prix et autres conditions de vente (délais de paiement, modalités de promotions, livraisons, etc.) ne reflètent pas toujours la réalité des prix pratiqués. Dans les cas extrêmes, les conditions de vente s'effacent, les négociations s'effectuent sur la base des « conditions d'achat » particulières imposées par le revendeur. Ces comportements empêchent alors le fonctionnement d'une concurrence loyale entre agents économiques* ».

*d'anniversaires, subventions au titre des investissements, participation à l'installation ou à la rénovation de locaux commerciaux, contributions sous quelque forme que ce soit, à la rémunération des salariés du distributeur, etc.*³¹⁹ ».

111. Une coopération conditionnée. La circulaire de 1984 pose certaines conditions à la coopération commerciale afin qu'elle ne soit pas mise en doute ; parmi elles : l'identification des services rendus et la justification de leur rémunération. Les distributeurs doivent aussi tenir à la disposition de l'Administration un contrat écrit, contenant « *une définition claire et précise des services fournis* », ainsi que les stipulations relatives à l'application de « *pénalités en cas de non-exécution du fait de l'une ou l'autre des parties* »³²⁰. Malgré l'explicitation de l'interdiction, elle n'a donné lieu qu'à de rares poursuites³²¹ de la part de l'administration.

112. Une obligation de communication. La recherche de transparence dans les relations se poursuit avec l'obligation faite au vendeur de communiquer son barème de prix et ses conditions de vente³²². Son dernier alinéa intéresse les « *services spécifiques* », terminologie distincte, mais désignant la coopération commerciale. Leurs conditions de rémunération doivent être écrites, mais le vendeur n'est pas tenu de les communiquer. Le problème se pose alors de discerner ce qui doit être communiqué de ce qui n'a pas à l'être ; en somme de différencier les conditions générales des conditions particulières.

113. Des conditions particulières aux obligations inhérentes à la distribution. En 1990³²³, les juges accueillent la demande d'un revendeur souhaitant connaître « *le détail des ristournes et escomptes* » consentis à d'autres revendeurs, « *les conditions spéciales* » accordées à l'occasion de campagnes promotionnelles et « *les modalités des accords de distribution* » fixées. Ils intègrent le tout aux conditions de vente, alors que d'après l'ordonnance, celles-ci comprennent seulement les conditions de règlement, et, lorsqu'il en existe, les rabais et ristournes³²⁴. En l'espèce, le fabricant a produit aux débats les accords de coopérations passés avec ses revendeurs. Il les présente comme des conditions particulières. Elles renferment diverses obligations : « *la*

³¹⁹ Circulaire du 10 janv. 1978 relative aux relations commerciales entre entreprises, *ibid.*, spéc. p. 330, commentaire de l'article 38.

³²⁰ C. MONTET et F. VENAYRE, *ibid.*

³²¹ S. BILLOWS, *ibid.* spéc. p. 85, n°41 : « *Dans son avis du 13 avril 1985, la Commission de la concurrence rapporte les faits suivants : « un très petit nombre de procès-verbaux ont été établis pour constater des infractions [...]. Pendant les années qui ont suivi la publication de la circulaire Scrivener [en 1978], l'administration a reçu instruction de n'agir en cette matière que modérément et seulement sur plainte* ».

³²² Ord. du 01 déc. 1986, *ibid.*, art. 33 : « [al. 1] *Tout producteur, grossiste ou importateur est tenu de communiquer à tout revendeur qui en fait la demande son barème de prix et ses conditions de vente. Celles-ci comprennent les conditions de règlement et, le cas échéant, les rabais et ristournes. [al. 2] Cette communication s'effectue par tout moyen conforme aux usages de la profession. [al. 3] Les conditions dans lesquelles un distributeur se fait rémunérer par ses fournisseurs, en contrepartie de services spécifiques, doivent être écrites* ».

³²³ Cass. com., 27 fév. 1990, n°88-12.189, Bull. civ. IV, no 59, J.-D. n°1990-000538.

³²⁴ Ord. du 01 déc. 1986, *ibid.*, art. 33, al. 1.

réalisation d'un chiffre d'affaires annuel déterminé, [...] maintenir en exposition un échantillonnage complet de la gamme des produits et [...] collaborer à la politique commerciale » du vendeur. Pour les juges d'appel, ce sont des « *objectifs généraux ne pouv[ant] être considérés comme des obligations particulières* ». Les obligations ont remplacé les conditions. Le changement de terminologie opéré est problématique car les unes ne devraient pas être assimilées aux autres. La vente, en tant que contrat³²⁵, crée des obligations³²⁶. Le vendeur doit notamment délivrer la chose³²⁷ et l'acheteur doit payer le prix³²⁸. Le paiement de prix s'effectue selon certaines modalités. Les parties conviennent des conditions de règlement du prix³²⁹ mais ne peuvent se passer de celui-ci, sans quoi il n'y a pas de vente³³⁰. Il est un élément nécessaire à la formation de la vente. Dans l'arrêt, les juges s'abstraient des conditions pour considérer les obligations faites aux revendeurs. En résulte « *un énorme élargissement des obligations résultant de la vente*³³¹ ». Les juges systématisent la distribution : de telles obligations lui étant désormais inhérentes. Elles fondent même des « *relations contractuelles habituelles* ». Quant aux obligations particulières, elles ne ressortent pas des mêmes relations. Les juges emploient l'adjectif « exorbitant » pour les faire sortir du droit commun. L'opposition est telle qu'elle vient au soutien de la systématisation proposée. Ajoutons que ce n'est pas parce qu'elles ne sont pas considérées comme des « relations contractuelles habituelles » que les conditions particulières n'y participent pas. Au contraire, les services rendus dans le cadre de la coopération commerciale renforcent les relations nouées entre le fabricant et le distributeur. Les ventes fondent l'habitude et la coopération commerciale l'intensité.

³²⁵ M. PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil conforme aux programmes officiels des facultés de droit, 9^{ème} éd., 1922-1924, Éd. F. Pichon et Durand-Auzias (Paris), 1353, p. 462 : « *La vente est un contrat par lequel une personne, qui est appelée vendeur, s'oblige à transférer à une autre la propriété d'une chose, tandis que l'autre, qui est l'acheteur, s'oblige à lui en payer la valeur en argent* ».

³²⁶ O. BARRET et P. BRUN, Vente : effets, in É. SAVAUX (dir.), Rép. de droit civil, Dalloz, janv. 2020, 2.

³²⁷ C. civ., art. 1603 : « *Il [le vendeur] a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend* ».

³²⁸ C. civ., art. 1650 : « *La principale obligation de l'acheteur est de payer le prix au jour et au lieu réglés par la vente* ».

³²⁹ La figure pléonastique est insérée sciemment.

³³⁰ O. BARRET et P. BRUN, Vente : formation, in É. SAVAUX (dir.), Rép. de droit civil, Dalloz, oct. 2019, 396. Élément essentiel : « *Le prix est la somme d'argent que l'acheteur s'oblige à payer au vendeur comme équivalent de la chose qu'il reçoit. Il constitue donc l'objet de l'obligation de l'acheteur et la cause (contrepartie) de l'obligation du vendeur. C'est un élément nécessaire à la formation de la vente (V. en ce sens Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, Droit des contrats spéciaux, 8e éd., 2016, LGDJ-Lextenso, no 200, « Pas de prix, pas de vente »).* »

³³¹ P. MALAURIE, Transparence dans la concurrence, D. n°37 du 01 nov. 1990, p. 521 : « *Dire que les contrats litigieux n'établissent pas des obligations allant « au-delà » de celles qui résultaient des achats et des ventes me paraît établir un énorme élargissement des obligations résultant de la vente. Jusqu'ici, les seules obligations attachées de plein droit à la vente étaient celles que le code civil et la jurisprudence imposaient au vendeur et à l'acheteur* ».

2. La déclinaison des pratiques de déréférencement

114. Une tentative de rééquilibre des forces. Prohibé par l'ordonnance de 1986, le refus de vente était pour le moins justifié s'il la demande présentait un caractère anormal³³². Une présomption a été ajoutée en 1992³³³ : s'il est établi que l'acheteur met en œuvre l'une des pratiques déloyales, alors la demande est présumée anormale. La preuve doit en être rapportée mais c'est un premier pas vers les fournisseurs. L'interdiction est supprimée en 1996³³⁴, dès lors « *le pouvoir de déréférencement dont disposent les distributeurs est équilibré - au moins en théorie - par la possibilité pour les fournisseurs de refuser de répondre favorablement à leurs demandes* »³³⁵. Pour tenter de s'en convaincre, abordons les mesures prises contre les déréférencements. Toutes s'inscrivent dans le cadre de la loi Galland, œuvrant pour la transparence tarifaire et luttant contre les pratiques déloyales entre producteurs et distributeurs.

115. Des primes de référencement proportionnées. Avant d'être déréférencé il faut être référencé, et on l'a constaté c'est l'occasion pour certaines centrales d'exiger des droits d'entrées. Les primes au référencement représentent les sommes payées par le fournisseur en contrepartie de l'engagement d'un de la centrale d'acheter ou de référencer ses produits³³⁶. Elles sont désormais conditionnées³³⁷, les contreparties doivent être proportionnées. Leur contrôle requiert que le fournisseur agisse contre son distributeur, se privant ainsi – très certainement définitivement – de référencements ultérieurs. Ne pouvant se passer de ce canal de distribution, les fournisseurs

³³² Ord. 01 déc. 1986, *ibid.*, art. 36 : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan : [...] 2° De refuser de satisfaire aux demandes des acheteurs de produits ou aux demandes de prestations de service, lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal, qu'elles sont faites de bonne foi et que le refus n'est pas justifié par les dispositions de l'article 10 ».

³³³ L. n°92-1442 du 31 déc. 1992 relative aux délais de paiement entre les entreprises, JORF n°1 du 01 janv. 1993, art. 4 : « Le 2 de l'article 36 de l'ordonnance n°86-1243 [...] précitée est complétée par un alinéa ainsi rédigé : « La demande d'un acheteur est présumé présenter un caractère anormal au sens de l'alinéa précédent lorsqu'il est établi que cet acheteur procède à l'une ou l'autre des pratiques déloyales visées par les articles 32 à 37 du présent titre ».

³³⁴ L. VOGEL, Droit français de la concurrence, JCP E n°50, 12 déc. 1996, 613 : « La sanction du refus de vente ne disparaît pas pour autant des relations industrie/Commerce : si le législateur a choisi de renoncer à la prohibition per se du refus de vente dans le cadre du titre IV de l'ordonnance du 1er décembre 1986, ce dernier n'est pas pour autant exclu du champ d'application des autres dispositions de ce même texte. Dès lors que les conditions dans lesquelles un refus de vente est pratiqué répondent aux exigences posées à l'article 7 (ententes), 8 (abus de domination), ou encore 36-1° (discrimination abusive) de l'ordonnance, le refus opposé par un vendeur de fournir un acheteur est passible de sanction. La même conclusion s'impose en ce qui concerne les ventes liées entre professionnels, puisque la [loi n° 96-588 du 1er juillet 1996](#) a également supprimé l'article 36-3°, siège de la prohibition en la matière depuis 1986. »

³³⁵ L. VOGEL, Droit français de la concurrence, *ibid.*

³³⁶ L. POUILLE, Plaidoyer pour un changement dans les rapports entre fournisseurs et distributeurs, CCC n°7, juill. 2004, ét. 11. La définition donnée de la prime de référencement est celle extraite du glossaire, annexée à la circulaire Dutreil.

³³⁷ L. du 01 juill. 1996, *ibid.* : « D'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ».

sont réticents à agir³³⁸. Ils préfèrent maintenir leurs débouchés plutôt que de faire valoir leurs droits³³⁹.

116. Les menaces insaisissables de déréférencement. Avant même qu'elles ne soient introduites en tant que pratiques prohibées *per se*, les menaces de déréférencement étaient sanctionnées au titre des pratiques anticoncurrentielles. Le Conseil de la concurrence a eu à en connaître lors de l'acquisition de la Société européenne des supermarchés par le groupe de distribution Cora³⁴⁰. L'augmentation du nombre de points de vente entraînait automatiquement celle du volume de leurs achats communs. La centrale a alors renégocié ses conditions d'achat auprès de certains fournisseurs. Ils lui ont concédé des avantages rétroactifs, une participation forfaitaire aux actions menées pour la promotion des produits et l'allongement des délais de paiement ; l'ensemble aurait été obtenu sous les menaces de déréférencement, démenties par les responsables d'achat. Des procès-verbaux ont été écartés pour violation de règles de formes. Certains éléments n'ont dès lors pas pu être utilisés pour la démonstration des pratiques abusives, mais même avec, rien ne permet d'affirmer qu'elle aurait abouti. La charge de la preuve de menaces est très difficile à rapporter. Les menaces ne sont ni proférées distinctement, ni consignés dans des comptes rendus, mais sous-entendus dans les box de négociation³⁴¹. Elles font partie d'un plus grand ensemble de « *pressions exercées par la grande distribution*³⁴². » Leur poids s'est accru avec l'importance acquise par les super-centrales, car « *bien sûr, les mêmes menaces existaient autrefois, et nombre de fournisseurs ont pu, sous la crainte d'un déréférencement, lâcher quelque avantage injustifié. Mais que dire de la menace que représente à présent un partenaire qui écoule 20 à 30% de la production d'un fournisseur ?*³⁴³ ». Aux comportements préjudiciables, il faut nécessairement adosser la structure particulière et l'organisation des distributeurs. De là, l'interdiction, même *per se*, de certaines pratiques sera insuffisante et insatisfaisante.

117. Les retraits des linéaires. Le distributeur décide des références proposées dans ses linéaires. Leur accès est soumis à négociation. Même après accord, les produits sont toujours

³³⁸ X. DE MELLO, Loyauté ou liberté de la concurrence ? Petites Affiches n°84, 15 juill. 1994 : « *Lorsque, peu à peu, l'administration prit conscience que les fabricants de produits de grande consommation, si puissantes fussent-elles, ne dénonceraient jamais les pratiques de leurs clients, elle se dit qu'elle avait la possibilité de se substituer à ces fournisseurs [...]* » à propos de la décision n°93-D-21, dite affaire Cora, v. *infra*. et notes suivantes.

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ Décision Conseil de la Concurrence n°93-D-21 du 8 juin 1993 relative à des pratiques mises en œuvre lors de l'acquisition de la Société européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora 93-D-21 : « *Des pratiques consistant en la menace de déréférencement, de réduction des opérations promotionnelles, de baisse des commandes ou de déréférencement partiel ont également été dénoncées dans le dossier de saisine* ».

³⁴¹ X. DE MELLO, Loyauté ou liberté de la concurrence ? *Ibid.* : « *Ce chantage au déréférencement se produit généralement au cours de négociations orales, de sorte que la nouvelle sanction attachée à ce type de comportement répréhensible risque de demeurer lettre morte* ».

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ N. FERRY, C. MOMÈGE, L'émergence des super-centrales dans la grande distribution : quelles justifications juridiques ? JCP E n°12, 21 mars 1985, 14441.

menacés d'en être retirés. Mise à exécution, cette menace fait courir au distributeur le risque de voir ses clients changer d'enseigne, dans le cas où la marque est notoire. Ce risque peut être compensé par sa proposition de produits MDD, s'étant étendus au-delà du segment de l'entrée de gamme, et présentant désormais des qualités, les faisant directement rivaliser avec les produits de marque nationale³⁴⁴. La stratégie du distributeur s'affûte alors que les possibilités d'écoulement des stocks des fournisseurs s'amenuisent. En cas de retrait des linéaires, ils ne peuvent reporter les produits chez d'autres enseignes, qui les présentent déjà. En outre, ils devraient renégocier l'accès aux linéaires et concéder des contreparties supplémentaires. Pour les producteurs de denrées périssables, la situation est oppressante.

118. Les déréférencements partiels et temporaires. Telle qu'introduite en 1996, l'interdiction de rompre brutalement intègre une dimension partielle. Cela ne manque pas de surprendre tant le qualificatif « partiel » s'oppose sémantiquement à la rupture. De plus amples développements y seront consacrés mais il convient dès à présent de donner de premières appréciations sur la pratique condamnée par le législateur : les déréférencements partiels. Ils concernent souvent des réductions drastiques de commandes au sein de gammes de produits. Le fournisseur est amputé de la possibilité d'écouler l'ensemble de ses produits et l'augmentation des stocks restants est en inadéquation avec ses capacités de stockage. Si la loi lui permet d'agir contre son distributeur, il ne va pour autant le faire. A ce stade, leurs relations commerciales ne sont pas rompues. Le déréférencement partiel, utilisé comme arme dans la négociation, est souvent temporaire. La presse spécialisée en fait écho : Colgate par Carrefour³⁴⁵, Ricard 1 litre par Leclerc³⁴⁶, Loïc Raison et Écusson par Galec³⁴⁷ (Leclerc), Häagen-Dazs par Intermarché³⁴⁸. La périodicité rapprochée des négociations participe au maintien des relations.

119. Les déréférencements brutaux. La rupture brutale des relations commerciales établies entend lutter contre les déréférencements abusifs³⁴⁹. Les pratiques identifiées jusqu'alors participent de négociations et de relations en faveur des distributeurs. Elles s'interrompent, se réduisent, mais jamais ne cessent définitivement³⁵⁰. Le dispositif ne cerne pas les spécificités du

³⁴⁴ P. MOATI, La poussée des marques de distributeurs sur le marché alimentaire : interprétations et perspectives, *Revue d'économie industrielle* 131, 3^{ème} trim. 2010, pp. 133-154.

³⁴⁵ M. BAILLY, *L'hygiène bucco-dentaire entre beauté et santé*, LSA n°2461, p. 48 : « [...] le déréférencement temporaire de Colgate par Carrefour, ce qui a pu plomber la catégorie ».

³⁴⁶ S. LEBOULENGER, *Les apéritifs en lutte contre le vin et la bière*, LSA n°2235, 28 juin 2012, p. 35.

³⁴⁷ S. LEBOULENGER, *Kerisac se dessine un destin national*, LSA n°2475, 28 sept. 2017, p. 30.

³⁴⁸ C. HAREL, Les glaces ont fait fondre les Français en 2020, LSA n°2648, 22 avr. 2021, p. 38.

³⁴⁹ L. VOGEL, J. VOGEL, *Droit de la négociation commerciale*, Bruylant, Coll. Juristrateg, 3^{ème} éd., 16 sept. 2020, ISBN n°978-2-8027-6470-0, 460 p. spéc. p. 182.

³⁵⁰ H. DEWOLF, *Réflexions sur le déréférencement abusif*, LPA n°17, 07 fév. 1997, p. 13 : « [...] l'interdiction pure et simple de tout déréférencement partiel oblige la centrale à maintenir ses commandes sur la totalité des produits référencés, alors qu'une stratégie de vente cohérente suppose parfois de cesser sans délai la distribution de certains articles délaissés par la clientèle, sans pour autant rompre toute relation avec un fournisseur ».

secteur dans lequel il est censé s'insérer. Les dérèfèrencements se justifient économiquement par l'adaptation nécessaire des distributeurs à la demande des consommateurs. Même s'ils ne sont pas interdits en tant que tels, la dynamique du secteur s'enraye à cause du « *maintien obligatoire de courants d'affaires avec des partenaires qui ne sont pas nécessairement les plus compétitifs*³⁵¹ ». Les législations successives encadrant la variété des pratiques – directement ou indirectement – liées aux dérèfèrencements étaient vouées à moraliser les relations³⁵². La liste des pratiques restrictives de concurrence, dont notre dispositif d'étude fait partie, n'a dès lors cessé de s'allonger³⁵³. La rupture brutale des relations commerciales établies en est devenue l'une des figures phares, en raison du nombre de décisions auxquelles elle a donné lieu³⁵⁴. Mais le paradoxe est tel que les relations distributeurs-producteurs n'ont pas été son terrain d'élection privilégié³⁵⁵. Toutes les mesures prises depuis plusieurs décennies ont échoué à restaurer ne serait-ce qu'une once d'équilibre entre producteurs et distributeurs³⁵⁶. Leurs rapports animent constamment les débats menés au Parlement. Mais les initiatives prises au niveau européen prennent le pas sur ce qui a été jusqu'à maintenant initié et développent un encadrement sectoriel dédié.

§2. La substitution d'un encadrement sectoriel pour instaurer l'équilibre

120. La généralisation des dispositions. L'encadrement des ruptures brutales de relations commerciales établies intéresse, à l'origine, les relations entre producteurs et distributeurs. Le dispositif appartient à toute une succession de législations prises pour tenter de rééquilibrer les forces en présence. Le doublement de préavis en faveur des producteurs de produits MDD était l'un des marqueurs du secteur. Réécrit suite à EGalim, le dispositif ne porte plus aucune référence expresse du secteur à soutenir. Les juges conservent toute appréciation pour tenir compte de circonstances spécifiques, mais elles se rapportent à n'importe quel secteur d'activités et non plus

³⁵¹ L. VOGEL, J. VOGEL, Droit de la négociation commerciale, *ibid.*, spéc. p. 183.

³⁵² S. RETTERER, La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution, D. 2003, p. 1210 : « *Le rapport de l'Assemblée nationale du 26 février 1996, présenté par le Premier ministre de l'époque Alain Juppé et son ministre de l'Économie Jean Arthuis, qui allait déboucher sur l'adoption de la loi « Galland » visait à « modifier un certain nombre de normes afin de favoriser un climat propice au développement d'une morale commerciale et afin de restaurer de meilleurs relations d'équilibre entre producteurs et distributeurs ».*

³⁵³ C.-A. MAETZ, Rupture brutale de relations commerciales établies, JCI Concurrence – consommation, fasc. 300, maj sept. 2019, 1.

³⁵⁴ M. MALAURIE-VIGNAL, L'article L. 442-6 du Code de commerce, une disposition restée lettre morte ? CCC n°6, juin 2006, ét. 10.

³⁵⁵ C.-A. MAETZ, *ibid.* 1. Genèse et évolution du texte, *in fine* : « *Initialement conçu pour encadrer les rapports de distribution, le texte est, en raison la généralité des termes employés [infra.], abondamment utilisé dans tous les secteurs de l'économie au point d'ailleurs, paradoxalement, qu'il peut sembler que le « secteur de la grande distribution est en définitive celui dans lequel son application est la moins fréquente L. Vogel, La dérive du droit de la rupture brutale de relations commerciales établies – Plaidoyer pour une réforme, in Mél. en l'honneur du professeur M. Germain : LexisNexis, LGDJ, Lextenso éd., 2015, p. 855).*

³⁵⁶ S. RETTERER, *ibid.* : « *Dans cette quête louable à une restauration de l'équilibre entre fournisseur et distributeur, le bilan des lois « Galland » et « NRE », pourrait ne pas se révéler à la hauteur des objectifs initiaux. Pire, on pourrait émettre des doutes en ce qui concerne l'impact bénéfique des règles juridiques de concurrence sur les pratiques de la grande distribution ».*

au secteur d'origine. L'évolution tend à la généralisation tandis que concomitamment se développe un encadrement sectoriel (A), qui demeure malgré tout incomplet, du fait notamment de l'installation de centrales hors du territoire national (B).

A. Des encadrements dédiés

121. L'attention sectorielle. La dépendance caractérisant les relations de fourniture de produits MDD, agricoles ou alimentaires, justifie des encadrements dédiés. La suppression du doublement de préavis en faveur des producteurs de produits MDD n'est qu'apparente, mais elle peine à être justifiée tant le cadre juridique des contrats afférents s'étoffe (1). L'insertion de l'interdiction d'annulation de commande à brève échéance présente des traits communs avec les dispositions étudiées mais il doit exister par lui-même pour que ses dispositions trouvent efficacement à s'appliquer (2).

1. Les produits MDD : la suppression apparente du doublement de préavis

122. La disparition d'une disposition en faveur de fabricants dépendants. Antérieurement à l'ordonnance du 24 avril 2019³⁵⁷, « *lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur*³⁵⁸ ». Le doublement du préavis se justifie du fait que le fabricant ne puisse plus écouler des produits, conformes à un cahier des charges, chez un autre distributeur, qui, en plus de ne pas en être à l'origine, peut exiger d'autres caractéristiques pour ses propres produits MDD. Cette suppression ne doit pas laisser croire que ce problème s'est tari. Il demeure, mais est appréhendé sans être visé directement. Le nouvel article L. 441-2 du Code de commerce consacre la pratique des juges, fixant la durée du préavis raisonnable en prenant en compte, outre la durée de la relation, un ensemble d'autres circonstances³⁵⁹. Dorénavant, toutes celles relatives aux produits MDD figurent parmi elles. La CEPC en vise certaines : l'importance des actifs spécifiques engagés par les cocontractants, l'état de dépendance économique éventuel³⁶⁰. À défaut d'être visée explicitement, leur distribution est

³⁵⁷ Ord. n°2019-359 du 24 avr. 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, JORF n°0097 du 25 avr. 2019, texte n°16.

³⁵⁸ Disposition insérée par la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite « Loi NRE »), JORF n°113 du 16 mai 2001, texte n°2, art. 56.

³⁵⁹ N. FERRIER, Concurrence – Distribution, janv. 2019 – déc. 2019, D. n°14 du 16 avr. 2020, p. 789.

³⁶⁰ CEPC, recommandation n°20-2 relative à un guide de bonnes pratiques en matière de contrat portant sur des produits à marque de distributeur (MDD), 17 déc. 2020. Envisageant « la fin du contrat » (3.), la CEPC liste les variables pouvant être prises

identifiable : la code de la consommation fournit une définition et le cadre juridique des contrats relatifs aux produits MDD s'est étoffé.

123. L'identification des produits MDD et de leurs fabricants. Depuis la loi NRE³⁶¹, le Code de la consommation fournit une définition du produit MDD. Modifiée à la marge en 2016³⁶², elle indique que c'est un « *produit dont les caractéristiques ont été définies par l'entreprise ou le groupe d'entreprises qui en assure la vente au détail et qui est le titulaire de la marque sous laquelle il est vendu*³⁶³ ». *A contrario*, si le fabricant est titulaire de la marque, il ne peut s'agir d'un produit MDD³⁶⁴. Grâce à ces éléments, les juges distinguent les produits MDD, des produits portant la marque de fournisseurs, pour lesquels le distributeur prétendait au doublement du préavis³⁶⁵. La CEPC rejoint en tout point les éléments caractéristiques de la définition eu égard à ses trois critères cumulatifs³⁶⁶. Depuis l'avènement de la grande distribution, les MDD relèvent de véritables stratégies des distributeurs pour se différencier les uns des autres, et surtout dans la conquête des parts de marché. Ils demeurent moins vendus en comparaison avec les marques nationales, atteignant à peine le rapport du tiers³⁶⁷. Leur importance est autrement signifiante en considérant

en compte pour déterminer la durée de préavis, dans l'ordre : « *la durée de la relation entre les parties ; l'importance des actifs spécifiques engagés par les cocontractants (exemples : investissements industriels spécifiques, matières premières spécifiques) ; la durée raisonnable pour cette dernière de retrouver une solution de substitution à la perte de marché ; la part du chiffre d'affaires réalisé sur le(s) produit(s) en cause dans le total du chiffre d'affaires du fabricant ; l'état de dépendance économique éventuel* ».

³⁶¹ Loi NRE, *ibid.*, art. 62 : « Dans le code de la consommation, il est inséré un article L. 112-6 ainsi rédigé : [...] [al. 2] « Est considéré comme produit vendu sous marque de distributeur le produit dont les caractéristiques ont été définies par l'entreprise ou le groupe d'entreprises qui en assure la vente au détail et qui est le propriétaire de la marque sous laquelle il est vendu ».

³⁶² D. n°2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, JORF n°0151 du 30 juin 2016, texte n°62, procédant à sa nouvelle numérotation : art. R. 412-47.

³⁶³ C. Consom., art. R. 412-47.

³⁶⁴ CEPC, recommandation n°20-2, *ibid.*, visant les marques dites « blanches » ou « réservées », ces dernières étant la propriété du fournisseur.

³⁶⁵ A. RIERA, Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme, oct. 2015 – oct. 2016, D. n°42 du 08 déc. 2016, p. 2484, à propos de Cass. Com. 24 nov. 2015, n°14-24.672, J.-D. n°Ø : « *Un concessionnaire, commercialisant des produits portant la marque de son concédant, s'estimait distributeur de « produits sous marque du distributeur » et entendait voir la durée de son préavis doublé. Ce raisonnement avait étonnamment emporté la conviction de la cour d'appel de Paris. La Cour de cassation (...), visant l'article L. 112-6 du code de la consommation (devenu art. R. 412-47), ne se laisse pas abuser et rappelle que le doublement de la durée du préavis de l'article L. 442-6, I, 5°, vise à protéger celui qui fournit à un distributeur des produits portant la marque de ce dernier, et non point, comme en l'espèce, celui qui distribue des produits portant la marque de son fournisseur* ».

³⁶⁶ CEPC, recommandation n°20-2, *ibid.* : « [...] *trois critères cumulatifs permettent de définir un produit vendu sous MDD : les caractéristiques des produits sont définies par le distributeur dans le cadre d'un cahier des charges qui reflète l'expression de ses besoins particuliers ; le distributeur assure la vente au détail des produits en question ; le distributeur est propriétaire de la marque sous laquelle il vend les produits (marque propre ou marque d'enseigne)* ».

³⁶⁷ CEPC, recommandation n°20-2, *ibid.*, I. État des lieux des produits MDD dans la grande distribution, la part de marché des MDD en CAM P10 (cumul annuel mobile, période 10 [« *le cumul annuel mobile (...) correspond à une année car c'est un cumul de 52 semaines qu'on fait « glisser » au fur et à mesure de la mise à disposition des données du panel distributeurs* », T. SAINT-Martin, *Chap. 3. Les outils des études de marché et focus sur les panels*, in F. DOSQUET, *Études de marchés*, Dunod, Management Sup, 2018, 320p, pp. 55-130, spéc. p. 78) en 2020 s'établit à 32,8% (source Nielsen). Private Label Manufacturers Association, Les MDD maintiennent leur position avantageuse en Europe, 13 avr. 2021, « *La France affiche une croissance considérable de 7 points pour une part de marché de 38,5%, notamment parce que Nielsen a tenu compte des ventes des discounters, des magasins de proximité et des drives pour la première fois dans ses chiffres* », consulté depuis l'URL : <https://www.plmaininternational.com/fr/news-update>, le mer. 07 juill. 2021.

l'origine nationale de leur fabrication : la proportion s'inverse³⁶⁸. Les produits MDD sont en grande majorité fabriqués par des entreprises françaises, représentatives du tissu économique, composé de PME et d'ETI³⁶⁹. Ce sont donc elles qu'il faut protéger des distributeurs.

124. L'encadrement des contrats de produits MDD alimentaires. Dans sa recommandation³⁷⁰, la CEPC détaille leur cadre juridique, modifié dans le contexte de la loi EGalim³⁷¹. L'obligation de formalisation se double d'un contenu déterminé³⁷². Ce sont bien les produits MDD qui sont visés à l'article L. 441-7 du Code de commerce, même si ce n'est pas la définition précédemment fournie qui y est exactement reprise. L'article ajoute « *la conception et la production de produits alimentaires selon des modalités répondant aux besoins particuliers de l'acheteur* » à la vente sous marque de distributeur. L'acheteur ne peut être que le distributeur s'il faut que la seconde condition soit remplie, dès lors l'ajout est inutile. Pour les contrats d'une durée supérieure à trois mois et portant sur certains produits agricoles et alimentaires, une renégociation du prix est imposée. Les variations des coûts des matières premières et de l'énergie peuvent ainsi être prises en compte. Les litiges en découlant sont confiés au médiateur des relations commerciales agricoles³⁷³ – *et personne d'autre*³⁷⁴. L'encadrement se fait encore plus accru lorsque le contrat porte sur la fabrication de denrées alimentaires ou de produits destinés à l'alimentation des animaux vendus sous MDD. Un volume prévisionnel doit être indiqué pour constituer l'assiette de calcul de l'encadrement en volume des promotions³⁷⁵. Pris à la suite de la loi EGalim, ce dispositif et les autres mesures ont fait l'objet d'un premier bilan.

³⁶⁸ CEPC, recommandation n°20-2, *ibid.*, I. État des lieux des produits MDD dans la grande distribution : « *Les MDD sont essentiellement fabriquées par le bloc d'entreprises TPE-PME-ETI (80%), et plus particulièrement par des entreprises françaises (68%).* »

³⁶⁹ INSEE, Tableaux de l'économie française, Coll. Insee Références, éd. 2018, 15.3 Catégories d'entreprises, p. 149, intégralité du dossier téléchargé depuis l'URL : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3303564?sommaire=3353488>, le mer. 07 juill. 2021.

³⁷⁰ CEPC, recommandation n°20-2, *ibid.*

³⁷¹ Rapp. au Président de la République relatif à l'ord. n°2019-359 du 24 avr. 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et autres pratiques prohibées, JORF n°0097 du 25 avr. 2019, texte n°15, conformément à l'objectif annoncé de « *mettre en cohérence les dispositions relatives aux produits agricoles et alimentaires en ce qui concerne les références applicables aux critères et modalités de détermination des prix* », « (...) *il convient de s'assurer de la prise en compte, sur toute la chaîne contractuelle, de l'agriculteur au distributeur, des indicateurs permettant de fixer les critères et modalités de détermination du prix (...)* ».

³⁷² C. com. art. L. 441-7, I : « *Le contrat conclu entre un fournisseur et un distributeur portant sur la conception et la production de produits alimentaires selon des modalités répondant aux besoins particuliers de l'acheteur et vendus sous marque de distributeur mentionne le prix ou les critères et modalités de détermination du prix d'achat des produits agricoles entrant dans la composition de ces produits alimentaires* ». Ce sont bien les produits MDD qui sont visés dans cette disposition même si les termes empruntés diffèrent

³⁷³ C. rural et de la pêche maritime, art. L. 631-27.

³⁷⁴ F. BUY, Réforme du droit des relations commerciales agricoles : la « contractualisation », acte 2, AJCA n°12 du 06 déc. 2018, p. 504. F. AMAND et J. ESCLASSE,

³⁷⁵ Ord. n°2018-1128 relative au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires, JORF n°0288 du 13 déc. 2018, texte n°19. Cette ordonnance a été abrogée par la loi n°2020-1525 du 07 déc. 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (dite « Loi ASAP »), JORF n°029 du 08 déc. 2020, texte n°1, art. 125. Mais cette même ordonnance reprend les deux dispositifs et les prolonge jusqu'au 15 avril 2023 (art. 125, VIII).

125. Un bilan contrasté. « *Un an après son adoption, la loi se traduit par de l'inflation³⁷⁶ pour le consommateur qui ne se retrouve pas dans la rémunération des agriculteurs^{377 378} » ». La hausse des prix des produits vendus au consommateur n'a pas eu pour conséquence d'élever les revenus des entités en amont de la chaîne. D'après le bilan de la première année d'application du titre 1^{er} de la loi EGalim, les produits MDD ont gagné en parts de marché³⁷⁹. Avec ce regain, les stratégies des distributeurs s'ajustent. Ils entendent se différencier sur ce segment de produits et une guerre des prix à l'achat pourrait en découler³⁸⁰, inévitablement défavorable aux fabricants. Répondant au cahier des charges des acheteurs, les fabricants sont parfois contraints de fournir des informations « *prenant la forme d'un fichier d'analyse des coûts de revient des produits MDD³⁸¹* ». L'acheteur connaît dès lors en détail la structure des coûts : d'achat, de production, de distribution, de recherche et de développement. Avec le montant qu'il débourse pour leur acquisition, il pourra, par simple soustraction, connaître aussi la marge dégagée par le fabricant. C'est une donnée cruciale sur laquelle il pourra faire pression.*

126. L'attention autour des produits MDD. Leur fabrication donne lieu à des relations de moyen, voire long terme³⁸². Nouées autour des spécificités d'un cahier des charges, d'adaptation des facteurs de production, elles engendrent un état de dépendance économique. Leur encadrement est affûté par tout un ensemble de dispositions dédiées. Dans ce contexte, la suppression du doublement du préavis détonne. Elle paraît aller dans un sens contradictoire à toutes les autres mesures prises pour la protection des fabricants de produits MDD. Les juges conservent la possibilité d'augmenter la durée de préavis raisonnable en tenant compte des spécificités. Elle peut donc être modulée en fonction du degré de contrainte du cahier des charges. Sur ce point, l'analyse de la CEPC est faussement binaire car s'infère une multitude de données

³⁷⁶ Sénat, rapport d'information fait au nom de la commission des affaires économiques dressant un bilan du titre 1^{er} de la loi EGalim un an après sa promulgation, 30 oct. 2019, n°89, p. 15 : « *Compte tenu de la revalorisation du SRP et de l'encadrement des promotions, 2019 marque le retour à l'inflation sur les produits vendus en grande surface en renchérissant particulièrement les prix des grandes marques ainsi que ceux des produits « premiers prix » sous marques de distributeurs* ».

³⁷⁷ X. DELPECH, Le Sénat propose de corriger les effets pervers de la loi EGalim, AJCA n°11 du 21 nov. 2019, p. 456.

³⁷⁸ *Contra* Le Lamy Droit Économique [en ligne] maj nov. 2021, n°2960 : « [...] *le Gouvernement a remis au Parlement, le 30 septembre 2020, un rapport d'évaluation sur les mesures expérimentales de relèvement du seuil de revente à perte et d'encadrement des promotions (Ord. n° 2018-1128, art. 4, aujourd'hui abrogée). Ce rapport conclut que « les mesures analysées n'ont pas eu d'effet inflationniste » et que notamment le relèvement du seuil de revente à perte n'aurait eu que « très peu d'effet sur les ventes, hormis sur quelques familles de produits MDD* ». Rapport au Parlement, évaluation des mesures expérimentales de relèvement du seuil de revente à perte et d'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires (article 4 de l'ord. n°2018-1128 du 12 décembre 2018), consulté le lun. 12 juill. 2021, depuis l'URL :

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgcrf/concurrence/relations_commerciales/Rapport-du-gouvernement-sur-les-EGAlim.pdf.

³⁷⁹ Sénat, rapport d'information n°89, *ibid.*, p. 27.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 28.

³⁸¹ CEPC, recommandation n°20-2, *ibid.*, III, 1-2-1 La négociation de gré à gré.

³⁸² *Ibid.*, III, 2-2 La durée du contrat : « *La réalisation d'un produit vendu sous marque de distributeur (MDD) implique la mise en place d'un partenariat et, pour les deux parties, des investissements et des développements (matériels et immatériels) dont la période d'amortissement est d'une durée variable, mais souvent supérieure à un an. De ce fait, la conclusion d'un contrat annuel ne constitue pas par principe une modalité adaptée à ce type de relation. La Commission recommande en conséquence la conclusion de contrats de moyen ou long terme, plus adaptés à la mise en place d'un partenariat pérenne* ».

propres à faire varier le degré de contrainte³⁸³. L'appréciation des juges ne devrait alors en être que plus juste. Toutefois, dans la poursuite de la protection de la valeur au sein de la chaîne agroalimentaire, nous serions enclins à proposer que le doublement du préavis soit maintenu en faveur des contrats rompus brutalement et portant sur des produits MDD conçus à partir des produits agricoles et alimentaires limitativement listés³⁸⁴. A l'instar de l'encadrement des promotions en volume, ce dispositif ne pourrait faire l'objet d'une expérimentation qu'à moins de convenir d'une durée suffisamment longue pour contenir les relations de production sous MDD.

2. L'interdiction de l'annulation de commande à trop brève échéance

127. Coexistence d'encadrements sectoriel et général. L'ordonnance n°2021-859³⁸⁵, prise pour la transposition de la directive n°2019/633³⁸⁶, modifie certaines dispositions : s'agissant de la transparence dans la relation commerciale (chapitre 1^{er} du titre IV du livre IV du code de commerce) et d'autres spécifiques aux produits agricoles et aux denrées alimentaires (chapitre III du titre IV du livre IV du même code). Elles ont trait à des pratiques commerciales déloyales d'opérateurs économiques, présents au sein de la chaîne agroalimentaire. Le rapport au Président de la République rappelle que la France s'est dotée « *depuis longtemps d'un tel cadre juridique*³⁸⁷ », à la différence près, qu'il est général. Hormis certaines dispositions spécifiques, la plupart s'appliquent à toutes les entreprises exerçant une activité de production, de distribution et de services, « *y compris celles qui sont le fait de personnes publiques*³⁸⁸ ». La directive est d'harmonisation minimale, elle reconnaît donc que certains systèmes juridiques d'États membres disposent de normes supérieures³⁸⁹. Les pratiques illicites générales sont maintenues et celles qu'elles ne pouvaient pas appréhender jusqu'alors sont ajoutées³⁹⁰.

³⁸³ *Ibid.*, II, 1 La définition juridique du produit vendu sous MDD.

³⁸⁴ C. Com., art. D. 442-7. La liste des produits est fournie pour l'application du premier alinéa de l'article L. 441-8 du même code. Le dernier alinéa de l'article L. 441-8 concerne les produits MDD et l'ensemble de l'article leur est applicable.

³⁸⁵ Ord. n°2021-859 du 30 juin 2021 relative aux pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, JORF n°0151 du 01 juill. 2021, texte n°11.

³⁸⁶ Directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil, directive européenne sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, JOUE du 25 avr. 2019, L 111/59.

³⁸⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ord. n°2021-859 du 30 juin 2021 relative aux pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, JORF n°0151 du 01 juill. 2021, texte n°10.

³⁸⁸ C. com., art. L. 410-1 : « *Les règles définies au présent livre s'appliquent aux entreprises entendues comme les entités, quelle que soit leur forme juridique et leur mode de financement qui exercent une activité de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ».

³⁸⁹ Directives de l'Union européenne, synthèse de l'article 288 TFUE, consulté depuis l'url <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM:14527>, le mar. 06 juill. 2021.

³⁹⁰ Les modifications relatives au formalisme contractuel requis pour les produits de grande consommation (Ord. n°2021-859 du 30 juin 2021, *ibid.*, art. 1, 1^o et art. 2, 1^o) et celles concernant certains délais de paiement plafond (art. 1, 2^o) ne seront pas abordées.

128. De nouvelles pratiques commerciales prohibées³⁹¹ sont insérées dans le chapitre III : l'interdiction de l'annulation de commande à trop brève échéance (article L. 443-5), l'interdiction de l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite des secrets d'affaires (article L. 443-6) et l'interdiction du refus de confirmer par écrit les conditions d'un contrat (article L. 443-7). Le rapport précise qu'elles ne peuvent être appréhendées ni sous l'angle du déséquilibre significatif ni de l'avantage sans contrepartie³⁹². Aucune référence n'est faite à la rupture brutale des relations commerciales établies alors qu'elle visée au titre des trois pratiques illicites générales. Elle paraît pourtant être celle qui se rapprocherait le plus de l'annulation de commande à trop brève échéance – la seule à laquelle nous nous intéresserons.

129. L'annulation de commande à brève échéance revient à considérer que le fournisseur n'en est pas suffisamment tôt averti par l'acheteur. Le vingtième³⁹³ considérant de la directive transposée justifie la déloyauté de la pratique par l'inexistence d'autres débouchés à la portée du fournisseur pour écouler ses produits. C'est une autre façon d'exprimer l'absence d'alternative. Les produits en cause sont périssables, c'est pourquoi elle doit être appréciée strictement. L'article 3 de la directive, prévoyant l'interdiction, utilise également l'expression « *autre solution*³⁹⁴ ». Cela en fait en conséquence un dispositif très proche de la rupture brutale des relations commerciales établies. Pour autant, il est inenvisageable d'en faire un cas particulier du dispositif existant.

130. Une interdiction à part entière. Le nouvel article L. 443-5 du Code de commerce s'insère à la suite de dispositions dédiées, en autres, à l'organisation la vente promotionnelle de produits agricoles et alimentaires³⁹⁵, à l'interdiction les remises, rabais et ristournes³⁹⁶ et faisant obligation à l'acheteur professionnel d'établir un bon de commande³⁹⁷. C'est à partir de celui-ci que pourrait être contrôlé qu'une annulation de commande de l'acheteur ne soit pas inférieure à trente jours, laps de temps pour la « brève échéance ». Le délai constitutif de l'interdiction est très court par rapport aux durées de préavis – réclamées ou octroyées – en jurisprudence, sur le fondement de l'encadrement des ruptures brutales des relations commerciales établies. Ce n'est pas tant en raison de la brièveté de sa durée que l'interdiction n'aurait pas trouvé sa place dans le dispositif

³⁹¹ Ord. n°2021-859 du 30 juin 2021, *ibid.*, art. 2,2°.

³⁹² Rapport au Président de la République relatif à l'ord. n°2021-859 du 30 juin 2021, *ibid.*

³⁹³ Directive (UE) 2019/633, *ibid.*, considérant (20), *in limine* : « Les annulations de commandes concernant des produits périssables notifiées dans un délai inférieur à trente jours devraient être considérées comme déloyales, étant donné que le fournisseur ne serait pas en mesure de trouver d'autres débouchés pour ces produits ».

³⁹⁴ *Ibid.*, art. 3 Interdiction de pratiques commerciales déloyales : 1. « Les États membres veillent à ce qu'au moins toutes les pratiques commerciales déloyales suivantes soient interdites [...] b) l'acheteur annule des commandes de produits agricoles et alimentaires périssables à si brève échéance que l'on ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'un fournisseur trouve une autre solution pour commercialiser ou utiliser ces produits ; un délai inférieur à 30 jours est toujours considéré comme une brève échéance ; les États membres peuvent fixer des délais inférieurs à 30 jours pour des secteurs spécifiques et dans des cas dûment justifiés ; ».

³⁹⁵ C. Com., art. L. 443-1.

³⁹⁶ C. Com., art. L. 443-2.

³⁹⁷ C. Com., art. L. 443-3.

existant mais davantage en considération des relations. Même insérée à titre particulier, il aurait encore fallu que le vendeur prouve le caractère établi des relations commerciales avec son acheteur. La procédure devant le juge judiciaire n'est pas adaptée à l'urgence de la situation de l'annulation de commandes de denrées périssables. En ce sens, le deuxième alinéa de l'article L. 443-5 précise qu'il s'agira d'une amende administrative.

B. Des encadrements incomplets

131. Le contrôle européen des encadrements sectoriels. L'identification de pratiques préjudiciables à certains producteurs permet un encadrement sectoriel. Mais le déploiement des distributeurs organisés à l'échelle internationale le rend incertain (1). Leurs alliances erratiques sont à l'origine de pratiques condamnables à l'aune des dispositions du Code de commerce abordées tout au long de cette section. Elles sont toutefois hors de portée des enquêtes nationales menées par la DGCCRF. Sans un encadrement sectoriel commun, une coopération européenne n'est pas envisageable (2).

1. L'installation des centrales hors du territoire national

132. Des comportements opportunistes nationaux. De l'état des lieux dressé pour l'année 2019³⁹⁸, quatre centrales d'achat françaises occupent près de 90% du marché : Horizon³⁹⁹, Envergure⁴⁰⁰, Intermarché Alimentaire International-Francap et Le Galec. La qualification ne leur sied guère car aucune d'entre elles n'achètent quoi que ce soit⁴⁰¹. Seule la société coopérative à laquelle adhèrent les centres Leclerc se présente comme centrale de référencement⁴⁰². Les trois autres sont issues de rapprochements entre distributeurs⁴⁰³. Depuis la loi EGalim, du 30 octobre 2008, ces derniers sont tenus de communiquer leurs accords de rapprochement à l'Autorité de la

³⁹⁸ A.N., Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la situation et les pratiques de la grande distribution et de ses groupements dans leurs relations commerciales avec leurs fournisseurs, 25 sept. 2019, n°2268, p. 109 et s.

³⁹⁹ A.N., Rapport n°2268, *ibid.*, p. 110, Horizon rassemble Auchan, Casino, Métro et Schiever.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 111, Envergure rassemble Carrefour, Système U, Cora et Match

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 109 et s., à propos d'Horizon : « *La structure est dédiée à la négociation et n'achète donc pas directement de produits, les achats physiques revenant aux enseignes* », s'agissant d'Envergure : « *Elle est en charge de la négociation des produits de grandes marques nationales et internationales [...]. La centrale n'achète en elle-même aucun produit : les groupes se chargent directement de ces achats. Envergure est donc une centrale chargée de négocier* » et enfin, quant à Intermarché Alimentaire International et Francap : « *Intermarché s'est rapproché de Francap Distribution, une centrale de référencement de distributeurs indépendants, pour négocier ses achats* » ; aucune structure dédiée n'ayant été créée.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 112.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 109.

concurrence⁴⁰⁴. En tant que centrales de négociation, elles négocient en commun pour des entreprises concurrentes⁴⁰⁵. Le phénomène antagonique s'accroît à mesure que les alliances se font et se défont, dans de courts termes⁴⁰⁶. Ces transfuges opportunistes⁴⁰⁷ nuisent aux producteurs, contraints de satisfaire aux *demandes systématiques d'alignement des prix*⁴⁰⁸. Les contreparties sont aussi alignées : sur le moins-disant⁴⁰⁹. En somme, les producteurs obtiennent toujours moins en octroyant toujours plus. Dans ce contexte national hostile, les producteurs doivent faire face à l'implantation de centrales hors du territoire national.

133. Les centrales européennes. Dans leur étude de la régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs, Patrick Rey et Jean Tirole abordent la recherche de la transparence par la communication des conditions générales de vente et la formalisation des contrats de coopération commerciale⁴¹⁰. Cette réglementation est effective à condition de ne pas être « contournée par l'intégration verticale ou l'établissement de centrales d'achat à l'étranger⁴¹¹ ». Le risque est identifié car de telles centrales existent déjà, comme EMD, créée dès 1989⁴¹². Une référence avait été introduite en 2016, dans l'article L. 442-6, I-1°, à propos d'avantages sans contrepartie obtenu dans le cadre « de la rémunération de services rendus par une centrale internationale regroupant des distributeurs⁴¹³ ». N'ayant donné lieu à aucune procédure judiciaire, ce texte a été abrogé en 2019⁴¹⁴. La question de ces entités a été réintroduite en 2020⁴¹⁵ : elles

⁴⁰⁴ C. com., art. L. 462-10. J.-C. RODA, Le nouvel article L. 462-10 du code de commerce : le renforcement (relatif) du contrôle de la puissance d'achat, *Concurrences* n°1-2016, pp. 35-37. Pour un exemple de mis en œuvre de l'article L. 462-10 C. com. : AldC, décision n°20-D-13 du 22 oct. 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire par les groupes Auchan, Casino, Metro et Schiever. A. RONZANO, Accord de coopération : L'Autorité de la concurrence, dans sa première décision de contrôle des regroupements à l'achat post loi Egalim, accepte et rend obligatoires des engagements visant à réduire le périmètre d'un accord de coopération (Casino, Auchan, Metro, Schiever), 22 octobre 2020, *Concurrences* n°1-2021, art. n° 97577. Parmi les engagements pris par les groupes de distribution, l'un les contraint à « *négocier indépendamment leurs conditions d'approvisionnement respectives pour cinq catégories de produits considérées comme « sensibles* » », souligné par nous.

⁴⁰⁵ A.N., Rapport n°2268, *ibid.*, p. 114.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 108-109, pour un exemple : après s'être alliée au sein d'INCA-A en 2014, Intermarché et Casino se séparent en 2018 et Casino rejoint Système U et Auchan. Seulement quelques mois plus tard, en avril 2018, Système U se sépare d'Auchan et Casino pour se rapprocher de Cora et Match.

⁴⁰⁷ A.N., Rapport n°2268, *ibid.*, p. 114.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 114.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 114.

⁴¹⁰ P. REY, J. TIROLE, Quelles régulations pour le commerce ? in *Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, Conseil d'analyse économique, La Documentation française, 2000, consulté le jeu. 08 juill., depuis l'URL : <https://www.cae-eco.fr/staticfiles/pdf/029.pdf>, pp. 9-36.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 13.

⁴¹² A.N., Rapport n°2268, *ibid.*, p. 116 : « En 1989, était créée, pour le compte de Casino, de Markant (Allemagne), de Supergro (Danemark) et d'Euromadi (Espagne), EMD (European Marketing Distribution) basée en Suisse, et consacrée essentiellement à l'achat de MDD et de biens non revendables ». V. AYROLE et R. RENAUDIER, Renforcement du contrôle et des actions à l'encontre des centrales internationales, *Décideurs* magazine, 08 juin 2021 : « Depuis le début des années 1990, les distributeurs français ont constitué des centrales internationales, généralement implantées en Suisse ou en Belgique, pour répondre à l'exigence de prix bas et à l'offre relativement concentrée des produits de marque nationale ».

⁴¹³ L. n°2016-1691 du 09 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF du 10 déc. 2016, texte n°2, art. 109.

⁴¹⁴ Abrogation par l'ordonnance n°2019-359 du 24 avr. 2019.

⁴¹⁵ L. n°2020-1525 du 07 déc. 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, JORF du 08 déc. 2020, texte n°1, art.138, I.

doivent être mentionnées au sein de la convention unique, relativement aux services qu'elles rendent aux fournisseurs⁴¹⁶. Dans la typologie des « centrales internationales⁴¹⁷ », les centrales d'achat doivent être différenciées des centrales de services. Elles ont pourtant en commun d'être des entités versatiles, les départs et arrivées d'enseignes se succèdent dans chacune d'entre elles^{418 419}. Leurs influences sur les rapports de force entre fournisseurs et distributeurs doivent être nuancées en fonction du poids de chaque partie.

134. Eurelec Trading, à l'origine de ruptures de relations commerciales et de leur poursuite. Eurelec Trading est une centrale d'achat mutualisée, détenue à parts égales par Rewe et Leclerc⁴²⁰. Nul doute n'est permis quant à la nature de son activité car le montant des produits acquis est connu⁴²¹. Ses fournisseurs sont des industriels d'envergure, détenteurs de grandes marques, *a minima* européennes et le plus souvent mondiales⁴²². Lors de son audition⁴²³, le directeur général adjoint décrit le procédé qui participe à faire fonctionner la centrale : « *une fois que [Leclerc et Rewe] ont décidé que désormais l'un de leurs industriels devait négocier avec Eurelec, celui-ci devient l'unique metteur en marché des marques de cet industriel*⁴²⁴ [...] ». L'unique porte d'entrée aux négociations est donc la centrale d'achat commune. Que les industriels acceptent ou refusent ce nouvel interlocuteur, les anciennes relations commerciales se soldent par une rupture. En cas de refus, « *la relation commerciale est dénoncée*⁴²⁵ ». L'industriel ne peut donc plus traiter isolément avec l'un des détenteurs de la centrale. Le directeur général adjoint poursuit en expliquant que, pendant le préavis, il rencontre l'industriel pour s' « *assurer de la bonne bascule des flux de la continuité du business*⁴²⁶ ». Le procédé est coercitif, les relations se poursuivent,

⁴¹⁶ C. Com., art. L. 441-3, III : « *La convention mentionnée au I fixe, aux fins de concourir à la détermination du prix convenu, les obligations suivantes : [...] 4° L'objet, la date, les modalités d'exécution, la rémunération et les produits auxquels il se rapporte de tout service ou obligation relevant d'un accord conclu avec une entité juridique située en dehors du territoire français, avec laquelle le distributeur est indirectement ou indirectement lié* ».

⁴¹⁷ A.N., Rapport n°2268, *ibid.*, p. 117.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 116, s'appuyant sur l'exemple de Rewe. Pour le résumer : en 2006, l'entité allemande s'adosse à Leclerc, Conad (Italie) et Coop (Suisse) pour former une alliance baptisée Coopernic. En 2013, Colruyt (Belgique), Conad, Coop et Rewe quittent Coopernic pour fonder Core. En juin 2015, Rewe quitte Core et rejoint Leclerc au sein de Coopernic, qui a aussi accueilli Delhaize (Belgique) et Coop Italia. En juin 2016, Leclerc et Rewe créent Eurelec Trading, une centrale d'achat commune. Leur coopération se poursuit par ailleurs au sein de Coopernic.

⁴¹⁹ M. BARTNIK, Les alliances de distributeurs en pleine recomposition, Le Figaro, 30 mars 2021, n°23827, p. 24, « *Dans le secteur de la grande distribution, on divorce et on se remarie tous les trois ans. Éphémères, ces unions sont aussi intéressées : les distributeurs s'associent entre eux pour bénéficier de conditions d'achat plus avantageuses auprès de leurs fournisseurs, français ou étrangers* ».

⁴²⁰ A.N., Compte rendu, Commission d'enquête sur la situation et les pratiques de la grande distribution et de leurs groupements dans leurs relations commerciales avec les fournisseurs, audition, ouverte à la presse, de M. Olivier Petit, directeur général adjoint de la centrale d'achat Eurelec Trading SCRL (Belgique), lun. 15 juill. 2019, 17h, n°87, sous la Présidence de M. Thierry Benoit, p. 1.

⁴²¹ A.N., Rapport n°2268, *ibid.*, p. 117, *in fine* : « *Le montant des produits achetés, pour sa première année d'activité, était de 812 millions d'euros, puis 2,8 milliards en 2018 et plus de 5 milliards d'euros attendus pour l'année 2019* ».

⁴²² *Ibid.*, p. 117.

⁴²³ A.N., Compte rendu n°87, *ibid.*

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 15.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 15.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 15.

mais un changement de partenaire est imposé. En cas d'acceptation, le résultat est identique. Si aucun refus n'a été jusqu'alors constaté⁴²⁷, c'est que les uns ne peuvent se passer des autres, et inversement. Les distributeurs groupés doivent aussi faire face aux rapprochements de certains industriels. Pour autant, même dans un semblant d'équilibre, les pressions continuent d'être exercées : nourries par la crainte réciproque d'échec des négociations, nuisible aux deux parties.

135. Les centrales internationales de services sont constituées par les distributeurs. Elles proposent des services aux industriels, dans le but annoncé de soutenir leur distribution à l'international, particularisée au moyen de statistiques de vente, renforcée par des actions de promotions. Cette organisation internationale des négociations donnerait lieu à des pratiques déloyales⁴²⁸ ; certaines d'entre elles étant logées dans les contrats de services. Ils devraient nécessairement être signés avant de pouvoir accéder aux négociations, tel un *péage*⁴²⁹. Les montants facturés en pourcentage du chiffre d'affaires du fournisseur seraient « *sans commune mesure avec la réalité des coûts de participation et des prestations effectivement assurées par les centrales*⁴³⁰ ». Pis et de façon ubuesque⁴³¹ : des fournisseurs seraient contraints de contracter avec ces centrales de services alors qu'ils réalisent leur chiffre d'affaires uniquement à l'échelle nationale. C'est dans ce contexte vraisemblable d'asservissement, qu'Agecore et Intermarché Belgique, centrales internationales de services de l'enseigne éponyme, ont été assignées par le ministre de l'Économie⁴³². D'après l'enquête menée par la DGCCRF, les moyens de pression utilisés consisteraient en arrêts de commande et déréférencements de marques. Ces pratiques pourraient être constitutives de ruptures brutales de relations commerciales établies.

136. Les déréférencements au moyen de pénalités logistiques⁴³³. Le bilan dressé par la DGCCRF pour 2020 indique que la loi dite « ASAP » « *a clarifié le droit applicable aux pénalités logistiques et aux sommes versées par les fournisseurs aux centrales internationales*⁴³⁴ ». Elle

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 15. : « Pour l'instant, les vingt-cinq industriels proposés par Rewe et Leclerc ont accepté de discuter avec Eurelec ».

⁴²⁸ A.N., Rapport d'information déposé par la Commission des affaires économiques sur le suivi de la commission d'enquête sur la situation et les pratiques de la grande distribution et de ses groupements dans leurs relations commerciales avec leurs fournisseurs, 24 mars 2021, n°4024, spéc. p. 21.

⁴²⁹ A.N., Rapport n°2268, *ibid.*, p. 123.

⁴³⁰ M. PLANKENSTEINER et É. CRÉQUER, Les relations commerciales après la loi Sapin II, RLC n°57, janv. 2017, 3108, pp. 27-31, spéc. p. 29. A.N., Rapport n°4024, *ibid.*, p. 22, notant « l'absence de proportionnalité entre les services rendus par les centrales et le montant de leur facturation aux industriels avec des services qualifiés fréquemment d'inutiles, voire de fictifs ».

⁴³¹ A.N., Rapport n°2268, *ibid.*, p. 124.

⁴³² MINEFI, Assignation de l'enseigne Intermarché pour des pratiques commerciales abusives, communiqué de presse n°689, du 19 fév. 2021.

⁴³³ M. FRISCH, Proposition de loi visant à rééquilibrer les relations entre la grande distribution et ses fournisseurs : la recherche d'un prix juste et éthique, RLDA n°164, nov. 2020, pp. 23-27, spéc. p. 26.

⁴³⁴ DGCCRF, bilan d'activité 2020, p. 60, consulté le lun. 12 juill. 2021, depuis l'URL : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/dgccrf/rapports_activite/2020/resultats-dgccrf-2020.pdf,

modifie l'article L. 442-1, I du Code de commerce⁴³⁵, en reprenant un ancien article⁴³⁶ et en ajoutant une nouvelle pratique restrictive de concurrence. Elle consiste dans le fait d'imposer « *des pénalités disproportionnées au regard de l'inexécution d'engagements contractuels* ». Elle semble s'inscrire dans la droite ligne d'un guide de bonnes pratiques émis par la CEPC en 2019⁴³⁷ s'agissant des pénalités logistiques. Mais la loi a privilégié une généralisation de la pratique au lieu de considérer la spécificité des taux de service⁴³⁸ fixé par les distributeurs. Ils correspondent schématiquement au rapport entre ce qui est demandé et ce qui livré⁴³⁹. Les retards, les avaries et les non-conformités, représentent alors des sommes à verser aux distributeurs. La centrale d'achats d'Auchan a été condamnée sur le fondement du déséquilibre significatif car le taux de service – fixé à 98,5% – était imposé unilatéralement⁴⁴⁰. La possibilité pour les juges de l'appréhender dans leur contrôle de l'équilibre contractuel semble faire de l'ajout une redite. Le rapport d'information déposé à l'Assemblée nationale en mars 2021 par la Commission des affaires économiques mentionne de nouveau les pénalités logistiques au titre des pratiques inacceptables qui subsistent dans les relations commerciales de la grande distribution avec leurs fournisseurs. Elles peuvent constituer un moyen supplémentaire de menaces de déréférencements si le taux de service n'est pas atteint. Si ces pratiques entrent dans le giron des dispositions nationales en cas d'action des producteurs, elles pourraient échapper aux enquêtes menées par la DGCCRF.

⁴³⁵ L. n°2020-1525 du 07 déc. 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, *ibid.*, art. 139.

⁴³⁶ M. CHAGNY, Droit des pratiques restrictives de concurrence et droit de la concurrence déloyale, RTD Com. n°01 du 20 mai 2021, p. 45 : « *La loi ASAP du 7 décembre 2020 a [...] réintroduit à son tour, mais au sein de l'article L. 442-1, I du code de commerce prévoyant l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur de la pratique, une disposition précédemment abrogée lors de la refonte effectuée par l'ordonnance du 24 avril 2019. Son article 139 ajoute à la suite des règles appréhendant l'avantage manifestement disproportionné et le déséquilibre significatif une règle qui reprend l'ancien article L. 442-6 I 8° du code de commerce et vise semblablement le fait « de procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établi par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison, à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant ». Le nouvel article L. 442-1 I 3° en sort en outre enrichi d'une nouvelle pratique restrictive consistant à « imposer les pénalités disproportionnées au regard de l'inexécution d'engagements contractuels » ».*

⁴³⁷ CEPC, recommandation n°19-1 relative à un guide de bonnes pratiques en matière de pénalités logistiques, 17 janv. 2019. M. CHAGNY, Droit des pratiques restrictives de concurrence et droit de la concurrence déloyale, *ibid.* : « *Ce dernier ajout fait vraisemblablement écho au Guide des pénalités logistiques élaboré par la Commission d'examen des pratiques commerciales, même s'il ne se limite pas à cette seule catégorie et a vocation à s'appliquer à n'importe quelle pénalité* ».

⁴³⁸ M. COMERT, La notion de déséquilibre significatif de l'article L 442-6 du Code de commerce : premiers enseignements tirés de la jurisprudence, RJDA 02/12, chronique : « *Le taux de service est un indice mis en place par le distributeur pour évaluer la performance de son fournisseur en termes de conformité et de délai de livraison. Le non-respect du taux de service prévu dans la convention entraîne généralement l'application de pénalités forfaitaires* ».

⁴³⁹ F. BUY, La crise au supermarché, D. n°22 du 18 juin 2020, p. 1240.

⁴⁴⁰ T. Com. Lille, 07 sept. 2011, n°2009/05105, Min.de l'Économie c/ Eurauchan, à l'annexe 4 de la Convention Eurauchan figure le « *taux de service fournisseur : valorisation des livraisons au site logistique et valorisation des commandes : il peut être exprimé en prix d'achat HT sur le bon de commande ou en nombre de colis, le taux de service mensuel devra être égal ou supérieur à : 98,5% en P.F (...) en cas de taux de service inférieur à celui mentionné au point 2 (98,5%) des factures de pénalités seront établies et envoyées au fournisseur à hauteur de 10% de la valorisation HT des non-livrés (chiffre d'affaires manquant)* ». Relativement à cette clause, les juges ont retenu qu'elle était imposée de manière unilatérale, « *sans véritable négociation et prise en compte des situations personnelles et spécifiques* ». Avec la clause de révision des tarifs en cours d'année, les juges ont caractérisé le déséquilibre significatif.

2. Des pratiques élusives de la législation nationale

137. Des pratiques élusives de la législation nationale ? Les sanctions à l'encontre de distributeurs s'accumulent : Leclerc, Carrefour, Intermarché et Système U ont déjà été mis à l'amende – administrative⁴⁴¹ ⁴⁴² – pour manquements au formalisme contractuel⁴⁴³. La poursuite d'Intermarché pour pratiques commerciales abusives relève du juge judiciaire⁴⁴⁴. La ligne de partage⁴⁴⁵ entre amendes administrative et civile est marquée. Elle sépare les « *manquements formels, autrement dit aisément identifiables [...] des pratiques dont la qualification [est], au contraire, plus délicate*⁴⁴⁶ ». Cette distinction n'est plus depuis la loi DDADUE⁴⁴⁷. Une pratique restrictive de concurrence est ajoutée à l'article L. 442-1 du Code de commerce, consistant dans la méconnaissance du règlement *P to B*⁴⁴⁸. Il protège les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, proposés par des plateformes. C'est à la DGCCRF, autorité existante⁴⁴⁹, qu'a été confié « *le pouvoir d'enjoindre aux entreprises de respecter ce règlement*⁴⁵⁰ ». Ce faisant, l'article L. 470-1 du Code de commerce ajoute à son pouvoir d'injonction, l'astreinte et la possibilité de la liquider⁴⁵¹. Malgré la réglementation sectorielle propre au règlement, cet article s'applique « *lorsque l'injonction est notifiée à raison d'un manquement passible d'une amende civile* », soit à l'ensemble des pratiques restrictives de concurrence.

⁴⁴¹ N. MATHEY, Centrales sous haute surveillance, CCC n°4, avr. 2021, 4, pp. 1-2.

⁴⁴² E. MAZET, G. SERRANO, O. LEROY, Un an de contentieux français de la concurrence (janv. – déc. 2020), Procédures n°6, juin 2021, pp. 5-11, 5, spéc. pp. 5-6 : « *En application de l'article L. 470-2 du Code de commerce, [la DGCCRF] est habilitée à sanctionner les infractions formelles contenues au livre IV du titre IV du Code de commerce et donnant lieu au prononcé d'une amende administrative* ».

⁴⁴³ DGCCRF, Sanctions administratives pour manquements au formalisme contractuel, 2020, consulté depuis l'URL : <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/sanctions-administratives-pour-manquements-au-formalisme-contractuel>, le ven. 09 juill. 2021.

⁴⁴⁴ MINEFI, communiqué de presse n°689, *ibid.*, l'action a été introduite devant le tribunal de commerce de Paris. E. MAZET, G. SERRANO, O. LEROY, *ibid.* : « *La sanction des pratiques restrictives de concurrence relève quant à elle, compte tenu du caractère civil de l'amende prévu à l'article L. 442-4 du Code de commerce, par principe de la compétence du juge judiciaire* ».

⁴⁴⁵ M. CHAGNY, Droit des pratiques restrictives de concurrence et droit de la concurrence déloyale, RTD Com. n°01 du 20 mai 2021, p. 45 : « [...] *ligne de partage entre des manquements formels, autrement dit aisément identifiables et des pratiques dont la qualification était, au contraire plus délicate* ».

⁴⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁷ L. n°2020-1508 du 03 déc. 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, JORF n°0293 du 04 déc. 2020, texte n°2.

⁴⁴⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, Le pouvoir de la DGCCRF de prononcer et liquider des astreintes d'1% du chiffre d'affaires arrive !, LEDICO oct. 2020, n°113h6, p. 5.

⁴⁴⁹ Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, JOUE 11 juill. 2019, L 186/57, considérant 46, « *Les États membres devraient être tenus de veiller à l'application adéquate et effective du présent règlement. Différents systèmes de contrôle de l'application existent déjà dans les États membres, et ces derniers ne devraient pas être tenus de mettre en place de nouveaux organismes nationaux chargés de ce contrôle. Les États membres devraient avoir la possibilité de confier le contrôle de l'application du présent règlement à des autorités existantes, y compris à des juridictions. Le présent règlement ne devrait pas obliger les États membres à prévoir une application d'office ni à infliger des amendes* ».

⁴⁵⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS, *ibid.*

⁴⁵¹ C. Com., art. L 470-1, III

138. En tant que juge⁴⁵² en la matière, la DGCCRF peut-elle connaître des comportements répréhensibles des centrales internationales ? D'après l'article L. 450-1, III du Code de commerce, les agents dotés des pouvoirs d'enquête « *peuvent exercer les pouvoirs qu'ils tiennent du présent article et des articles suivants sur l'ensemble du territoire national*⁴⁵³ ». La délimitation empêcherait la conduite d'enquêtes, donc la récolte de preuve pour établir des manquements aux obligations, justifiant des amendes civiles. Toutefois, dans son rapport pour 2020, la DGCCRF revient sur sa sanction à l'encontre de la centrale internationale EURELEC. Des fournisseurs français ayant été impliqués et la revente des produits devant avoir lieu en France, ont justifié l'application des dispositions du Code de commerce⁴⁵⁴. Une coopération à l'échelle européenne existe en matière de pratiques anticoncurrentielles. Les enquêtes d'autorités de concurrence des États membres pour le compte d'une autre autorité sont réalisées pour établir une infraction aux dispositions des articles 101 et 102 TFUE⁴⁵⁵. En envisageant l'extension de la coopération européenne en matière de pratiques commerciales restrictives, un décalage se créerait nécessairement. La méconnaissance du règlement P to B est commune mais le triptyque de pratiques nationales conservés au sein de l'article L. 442-1 du Code de commerce ne sont pas connues des autres systèmes juridiques. Une telle coopération n'est envisageable qu'avec une base commune de pratiques à sanctionner.

*
**

Conclusion du chapitre 1

139. Déceler dans les origines entremêlées de la rupture brutale certaines des caractéristiques de la rupture et des relations. En 1996, la loi Galland a introduit la rupture brutale des relations commerciales établies, comme pratique restrictive de concurrence, mais la rupture de relations commerciales établies était l'une des manifestations envisagées des abus de dominations, absolus ou relatifs, par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Cela a rendu nécessaire de commencer son examen parmi les pratiques anticoncurrentielles. Ayant d'abord été mené au sein des ententes, il a renseigné sur le caractère protéiforme de la rupture. Rompre, c'est écarter

⁴⁵² J.-L. FOURGOUX, Y. UTZSCHNEIDER et A. CLAMENS, Le nouveau pouvoir de la DGCCRF de prononcer et de liquider des astreintes : Une révolution en forme de régression, *Concurrences* n°1-2021, Dossier, La loi DDADUE : Simple adaptation ou réforme du droit français de la concurrence, pp. 49-53, spéc. 20, p. 52 : « *L'article L. 470-1, III du code de commerce confie les pleins pouvoirs à la DGCCRF, qui devient tout à la fois enquêteur, procureur et désormais juge en matière de pratiques restrictives de concurrence* ».

⁴⁵³ C. Com., art. L. 450-1, III.

⁴⁵⁴ DGCCRF, bilan d'activité 2020, *ibid.*, p. 29.

⁴⁵⁵ Règlement n°1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, 16 déc. 2002, JOCE, n° L 1, 4 janv. 2003, art. 22, Enquêtes par les autorités de concurrence des États membres. P. ARHEL, Concurrence : mise en œuvre par les autorités et les juridictions nationales, in D. SIMON et S. POILLOT-PERUZZETO (dir.), *Rép. de droit européen*, déc. 2019.

des entreprises de certains marchés, c'est refuser de renouveler des agréments au sein des réseaux de distribution, c'est aussi refuser de livrer, ou encore boycotter. Ayant ensuite été poursuivi au sein des abus de domination, l'examen a mis en évidence les relations dans lesquelles la rupture peut provoquer ses conséquences les plus néfastes. La dépendance pour cause de relations d'affaires était l'une des formes de dépendance telle qu'elle avait été envisagée en droit allemand. Elle traduit des rapports de subordination, que le droit des pratiques anticoncurrentielles a échoué à encadrer. Leurs démonstrations achoppent sur celle de l'objet ou d'effet sur le marché, dès lors, que le plus souvent des rapports bilatéraux sont en cause. Il a été observé que des comportements préjudiciables se sont multipliés à mesure qu'une force de négociation incontournable a émergé. L'avènement de la puissance d'achat a pu alors être perçu comme l'une des mises en pratique possible de la théorie du partenaire obligatoire. Un contexte asymétrique de forces en présence s'est imposé et perdure depuis. Différentes dispositions ont été prises, dont un encadrement initié au niveau de l'Union européenne. S'il tend à résoudre à certaines difficultés, d'autres surgissent toujours. Conçue pour être appliquée spécifiquement dans le secteur de la grande distribution, il a été remarqué que la rupture brutale des relations commerciales établies ne s'y retrouve en fait que rarement. Cette affirmation revêt un aspect paradoxal : l'effet est contraire à ce qui était attendu. Pour pouvoir expliquer à quoi est dû ce décalage, il convient alors de poursuivre en s'intéressant alors au domaine de la pratique.

140. « *Le domaine d'application de l'article 36-5 est aussi vaste qu'incertain*⁴⁵⁶ ».

L'introduction de la rupture brutale par la loi Galland en 1996⁴⁵⁷ a laissé pantois quant à son champ d'application. Il n'est pas circonscrit aux distributeurs, alors que ses dispositions luttent contre les déréférencements abusifs des fournisseurs dépendants, par les enseignes de la grande distribution⁴⁵⁸. À défaut de limitation, à qui s'applique les dispositions de la rupture brutale des relations commerciales établies ? Notre réponse est graduelle compte tenu des modifications apportées successivement à l'énumération d'origine

Le champ d'application *ratione personae* visait seulement les auteurs, déterminés par l'énumération : « *tout producteur, commerçant, industriel ou artisan* ». L'indétermination de la victime pousse à adjoindre le champ d'application *ratione materiae* : la « *relation commerciale établie* ». Unies par leur rapport au commerce, les dispositions relèvent du droit commercial qui s'affadit. Chercher des identités dans une matière perdant la sienne force à envisager l'entreprise⁴⁵⁹ : une notion qu'elle ignore, mais qui sied aux évolutions qui la traverse. Les jurisprudences portent la marque des mutations. L'exercice d'activités économiques relègue le statut juridique de l'auteur, quant à celui de la victime : il est complètement indifférent. La commercialité n'aurait pas seulement été élargie, elle aurait été dépassée. L'introduction de la notion d'entreprise en tête du livre IV du Code de commerce est une étape décisive, sans en être l'acmé : certains voisins européens ayant abandonné la notion de commerçant⁴⁶⁰.

Le champ d'application de la rupture brutale pourrait être unifié par l'entreprise car auteurs et victimes en sont. Mais certains demeurent à l'écart. Les incompatibilités de certaines professions avec l'exercice du commerce, des rapports prévus par des droits spéciaux, constituent-ils des

⁴⁵⁶ J. BEAUCHARD, Stabilisation des relations commerciales : la rupture des relations commerciales continues, LPA n°2 du 05 janv. 1998, p. 14. PA199800207.

⁴⁵⁷ L. n°96-588 du 1^{er} juill. 1996, sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, JORF n°153 du 03 juill. 1996.

⁴⁵⁸ K. MAGNIER-MERRAN, La rupture brutale : pour un regain de confiance autour du texte, AJCA n°01 du 17 janv. 2019, p. 13, 2. et nbp n°3 : « *On se souvient en effet de l'arrêt Debic Saint Hubertus, antichambre du dispositif spécial de la rupture brutale d'une relation commerciale établie, au sein duquel la Cour de cassation avait décidé, dans l'hypothèse d'un refus de reconduire un contrat à durée déterminée renouvelé depuis sept ans, que « la cour d'appel a pu estimer que la société Bridel avait fait dégénérer en abus son droit de mettre fin à ses relations commerciales avec la société Debic », V. Com. 28 fév. 1995, n°93-14.437, Bull. civ. IV, n°309 [J.-D. n°1995-000522]* ».

⁴⁵⁹ C. CHAMPAUD, L'entreprise se lève à l'est, dans Droit et gestion de l'entreprise : Mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou, Vuibert Gestion, 1993, p. 75, spéc. p. 76 : « *Il y a belle lurette que le droit commercial a découvert l'entreprise et que celle-ci est née à la vie juridique dans notre pays. Cela fait longtemps que la veine en serait épuisée dans la littérature juridique si le terme ne traduisait pas une réalité socio-économique que le droit ne pouvait ignorer. Ce n'est pas la volonté de quelques « docteurs » en mal de singularité qui a donné le droit de cité juridique à l'entreprise. Ce sont les voies empruntées par la mise en place d'une société technoscientifique et urbaine sous la forme d'une « économie de marché » introduite dans les pays de culture plus agraire que marchande, de tradition plus catholique que protestante, d'organisation politique plus étatique que libéral* ».

⁴⁶⁰ Not. l'Italie et la Belgique.

remparts suffisants à leur exclusion ? En justifiant de l'extension du domaine d'application, voire en envisageant son unification autour de la notion d'entreprise (section 1), il ne serait inversement plus possible de justifier les exclusions (section 2).

SECTION 1 : UNE EXTENSION JUSTIFIEE

141. « *Le droit français des pratiques restrictives ne repose pas sur la notion « d'entreprise⁴⁶¹ »*. Dans le titre IV du livre IV du Code de commerce, l'article L. 442-1 contient trois pratiques restrictives de concurrence (section 1), relevant des pratiques commerciales déloyales entre entreprises (chapitre II). Rien que la nomenclature du Code met l'allégation en défaut. S'il ne nous appartient pas de la vérifier eu égard à l'ensemble desdites pratiques, nous entreprenons de le faire pour la rupture brutale.

142. **L'énumération subjective.** Historiquement, l'identification des auteurs de ruptures brutales consistait dans l'énumération « *tout producteur, commerçant, industriel ou artisan* ». Le distributeur en est le grand absent, de même que le déréférencement. Le phénomène de la grande distribution a peut-être été un frein à emprunter le champ lexical s'y rapportant. La vocation à la généralité du droit ne peut être la réponse car elle ne l'empêche aucunement d'être à l'origine de règles spéciales. Les dispositions étudiées en sont, par rapport au droit commun de la résiliation des contrats.

143. **L'énumération objective.** L'énumération ressort partiellement de la conception subjective du droit commercial car le commerçant est visé parmi d'autres. Elle se double d'une conception objective. Mais une conception moderne a pénétré la dichotomie traditionnelle. Les juges ont suivi la voie : ils ont rendu des arrêts au double visa des articles L. 410-1 et L. 442-6, I-5° du Code de commerce, pour inclure des entités, ne relevant d'aucune des catégories précédemment visées, mais exerçant des « *activités de production, de distribution et de services* ». L'alignement rend l'ensemble cohérent. La solution a été entérinée ultérieurement, avec la réécriture du dispositif en 2019, et sa renumérotation en article L. 442-1, II.

144. **L'introduction de l'entreprise.** En 2021, l'article L. 410-1 dudit Code accueille la notion d'entreprise. Elle remplace l'énumération. Elle devrait donc logiquement pouvoir être pareillement introduite dans l'article L. 442-1, II, sauf que la notion est insérée au moyen d'une définition

⁴⁶¹ Le Lamy Droit Économique [en ligne] maj nov. 2021, n°48.

incomplète. D'une énumération à l'autre, l'auteur a trouvé sa catégorie d'appartenance. Il ne peut pas en être dit autant de la victime, car elle n'est pas visée par les dispositions.

145. La relation, un rapport d'identité. La « relation commerciale établie » est l'élément à partir duquel l'identification de la victime débute. Si la relation est commerciale, elle devrait l'être de part et d'autre. La victime pourrait donc être un « partenaire commercial ». L'expression se veut générale mais ressort aussi d'une qualification jurisprudentielle, propre à l'avantage sans contrepartie et au déséquilibre significatif. Leur étude commune n'apportant aucune certitude, c'est en dégagant au cas par cas les victimes en jurisprudence que l'on parvient à mieux les isoler pour poursuivre. Les lister est cependant insuffisant. En les confrontant aux auteurs, un rapport d'identité s'établit. La détermination des auteurs (§1) et l'indétermination des victimes (§2) trouvent une réponse commune dans la notion d'entreprise.

§1. La détermination des auteurs

146. Une suite de déterminations. L'article L. 442-1, II détermine les auteurs : « *toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services* ». Le singulier est général car il englobe une pluralité de personnes. Issue de l'ordonnance EGalim de 2019⁴⁶², l'énumération des activités entérine les solutions jurisprudentielles ayant étendu le champ d'application personnel du dispositif bien au-delà des auteurs listés à l'origine. L'inclusion paradoxale des producteurs, censés être protégés, et des activités civiles des producteurs agricoles ont élargi le spectre de la commercialité (A). Ce mouvement suit celui de la disparition progressive de l'identité des commerçants⁴⁶³. Il s'est pleinement réalisé en notre matière et il est nécessaire de l'examiner, pour ensuite envisager le dépassement de la commercialité, à la faveur d'une énumération d'activités économiques (B). Elles sont propres à l'entreprise, notion explicitement insérée à l'article L. 410-1 du Code de commerce depuis 2021. En tête du titre IV du livre IV du Code de commerce, toutes les dispositions le composant en répondent. C'est pourquoi, la formule, réécrite en 2019, doit de nouveau l'être.

⁴⁶² Ord. n°2019-359 du 24 avr. 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, JORF n°0097 du 25 avr. 2019, texte n°16.

⁴⁶³ D. LEGEAIS, Droit commercial et des affaires 2021, Dalloz, 27^e éd, 2020, ISBN n°978-2-247-20350, 1, p. 1.

A. L'élargissement de la commercialité

147. Les producteurs poursuivis. A l'origine et par application littérale, les dispositions de la rupture brutale prévoient que l'auteur peut être « *tout producteur, commerçant, industriel ou artisan* ». Elles étaient alors conçues pour sanctionner les déréférencements brutaux de distributeurs. Mais le champ d'application n'y a jamais été circonscrit : ni matériellement, ni personnellement. Contrairement à ce qui avait été prévu, les distributeurs ont été les demandeurs : ils poursuivent les producteurs. Ils les acculent de ruptures brutales traduisant des refus de vente alors que leur interdiction avait été abrogée. L'inclusion des producteurs est donc doublement paradoxale (1). La fonction de producteur a été largement entendue jusqu'à inclure les exploitants agricoles exerçant des activités civiles (2).

1. L'inclusion paradoxale des producteurs

148. L'ajout de qualifications aux qualifications. À l'article 36 de l'ordonnance de 1986, la loi Galland ajoute des faits engageant la responsabilité de leur auteur⁴⁶⁴ ⁴⁶⁵. La formule liminaire n'a pas été modifiée, elle dispose : « *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan*⁴⁶⁶ ⁴⁶⁷ [...] ». Elle contient quatre qualifications. Mais depuis 1996, l'identification de l'auteur est brouillée car les modifications apportées en ajoutent d'autres.

Pour en connaître, choisissons l'une des qualifications et poursuivons avec le troisièmement : « *engage la responsabilité de l'industriel et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit*⁴⁶⁸ ». L'auteur emprunte deux qualifications, soulignées précédemment. Ces rattachements sont réalisés à partir d'analyses de

⁴⁶⁴ L. n°96-588 du 1^{er} juill. 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, JORF n°153 du 03 juill. 1996, pp. 9983 et s., art. 14.

⁴⁶⁵ Les faits ajoutés sont différemment visés en doctrine : L. VOGEL, Droit de la concurrence et puissance d'achat : Plaidoyer pour un changement, JCP E n°50, 11 déc. 1997, 713, note 32 « *La loi du 1^{er} juillet 1996 [...] a créé trois nouveaux cas d'abus de dépendance* ». Le Lamy Droit Économique, 1997, n°1048. Trois nouveaux délits.

⁴⁶⁶ Ord. n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *ibid.*

⁴⁶⁷ J.-M. MOUSSERON, V. SÉLINSKY, D. FERRIER, Le mort saisit le vif. Commentaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, JCP E n°1, 08 janv. 1987, 14840. Dès l'origine, la formule est considérée comme une *étrangeté*, inutile à l'introduction d'une action en réparation, selon les mécanismes de la responsabilité civile délictuelle.

⁴⁶⁸ L. n°96-588 du 1^{er} juill. 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, *ibid.*, art. 14.

faits pertinents⁴⁶⁹, devant être approfondies du fait de la double qualification recherchée. Une cohérence s'en dégage tant que les qualifications des alinéas s'incorporent dans celles de l'amorce, comme le seraient plusieurs sous-ensembles inclus dans d'autres ensembles. Dans l'exemple pris, le fournisseur peut être un industriel.

La juxtaposition de champs d'application personnels se poursuit avec la modification de l'article L. 442-1 du Code de commerce par la loi DDADUE⁴⁷⁰. Son article 9 insère un III, s'agissant des faits engageant la responsabilité de « *toute personne proposant un service d'intermédiation en ligne au sens du règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne* ». Le champ d'application commun aux pratiques restrictives de concurrence survivantes, issu du toilettage⁴⁷¹ de l'article L. 442-1, doit désormais s'accommoder d'une nouvelle pratique qui n'en relève pas directement.

Selon la lettre du cinquièmement ajouté en 1996, les « *relations commerciales établies* » devraient littéralement être le fait de commerçants, soit l'une des qualifications visées dans l'amorce d'origine. Mais le champ d'application du dispositif ne s'y limite pas. Paradoxalement, des producteurs sont mis en cause. La loi Galland a mis fin à l'interdiction du refus de vente, qui renaît dans la rupture brutale.

149. Éléments du refus de vente. L'interdiction du refus de vente est circonstanciée⁴⁷². Prise dans un contexte de pénuries, elle proscriit les comportements abusifs de professionnels,

⁴⁶⁹ M. NICOD, Propos introductifs, pp. 7-9, *in* M. NICOD (dir.), Les affaires de la qualification juridique, [en ligne]. Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2015 (généré le 21 juillet 2021). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/putc/912>>. ISBN : 9782379280344. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.putc.912>.

⁴⁷⁰ L. n°2020-1508 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, dite « Loi DDADUE », JORF n°0293 du 04 déc. 2020, texte n°2, art. 9.

⁴⁷¹ A. RIÉRA, Concurrence illégale, *in* Centre de droit de la concurrence Yves SERRA, Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme, D. n°43 du 12 déc. 2019, p. 2374.

⁴⁷² J. TRISTAN, Refus de vente interdit ! Quand la politique de la concurrence œuvre à la réforme de la distribution, Gouvernement et action publique, 2016/4 (VOL. 5), p. 47-67. DOI : 10.3917/gap.164.0047. URL : <https://www.cairn.info/revue-gouvernement-et-action-publique-2016-4-page-47.htm>. F. GRECARD, L'administration du contrôle économique en France, 1940-1950, Revue d'histoire moderne & contemporaine, 2010/2 (n° 57-2), p. 132-158. DOI : 10.3917/rhmc.572.0132. URL : <https://www.cairn.info/revue-d-histoire-moderne-et-contemporaine-2010-2-page-132.htm>. Loi modifiant, complétant et codifiant la législation sur les prix, du 21 oct. 1940, JORF du 10 nov. 1940, p. 5628, art. 38-1° « *Est également considéré comme hausse illicite de prix le fait, par tout commerçant, industriel ou artisan : 1° De conserver des produits, matières ou denrées destinées à la vente en refusant de satisfaire, dans la mesure de ses disponibilités, aux demandes de sa clientèle dès lors que ces demandes ne présentent aucun caractère anormal ;* ». Ord. n°45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, JORF du 08 juill. 1945, art. 37-1°, p. 4153. Ord. n°45-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation, à la poursuite et la répression des infractions à la législation économique, JORF du 08 juill. 1945, art. 1^{er}, p. 4156.

constituant des stocks, pour les écouler à un prix majoré⁴⁷³. Réaffirmée par deux fois⁴⁷⁴, elle est assimilée à une pratique discriminatoire. La libre concurrence est, en autres, garantie par des conditions identiques d'approvisionnement entre chaque opérateur⁴⁷⁵. La montée en puissance de distributeurs organisés tend les négociations. Les producteurs s'y soumettent, s'ils résistent, les distributeurs allèguent l'interdiction. En 1986 elle est dépénalisée⁴⁷⁶ et en 1996 il y est mis fin en tant qu'interdiction *per se*⁴⁷⁷. Mais la rupture brutale des relations commerciales établies permet, de nouveau, de l'appréhender.

150. Des refus de vente traduits en ruptures brutales. Pour le tribunal de commerce de Pontoise, une rupture brutale se concrétise dans le « *fait du refus de livraison sans aucune justification ni explication*⁴⁷⁸ ». Le tribunal de commerce de Nanterre condamne également une entreprise ayant refusé de livrer des chèques cadeaux⁴⁷⁹. Même supprimée, l'interdiction du refus de vente reste *très largement appréhendée* par la rupture brutale⁴⁸⁰. Son champ d'application personnel, comprenant les producteurs, permet à la jurisprudence d'en connaître et de réintroduire le refus de vente. Mais même si cela confirme son large champ d'application, sa remise en perspective est nécessaire car le refus de vente a aussi pu être poursuivi en droit commun de la responsabilité civile⁴⁸¹. Il peut consister dans la suspension d'approvisionnement, fautive en tant que telle pour la Cour de cassation et génératrice d'un trouble commercial⁴⁸². L'article 1240 du Code civil comprend dans son champ d'application les personnes morales en tant que

⁴⁷³ J.-J. ROBERT (sén.), Rapport fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, Sénat, annexe au procès-verbal de la séance du 30 avr. 1996.

⁴⁷⁴ D. n°53-704 du 09 août 1953 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale, JORF du 10 août 1953, p. 7046, art. 2. D. n°58-545 du 24 juin 1958 modifiant certaines dispositions de l'ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945 relatives au maintien de la libre concurrence, JORF du 25 juin 1958, p. 5877, art. 1.

⁴⁷⁵ A. DECOCQ, Sur l'abolition du délit de refus de vente, La Semaine Juridique Edition Générale n°5, 29 janv. 1997, doct. 3997.

⁴⁷⁶ Ord. n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *ibid.* M. DANTI-JUAN, Discriminations, in Y. MAYAUD, Rép. de droit pénal et de procédure pénale, juill. 2019, spéc. 2 : « [...] *Largement dépénalisé en 1986, le refus de vente ou de prestation de service inspiré par des considérations économiques n'est plus incriminé désormais que lorsqu'il est opposé par un professionnel à un consommateur et constitue alors une contravention de la cinquième classe en vertu des articles L. 121-11 et R. 132-1 du code de la consommation* ».

⁴⁷⁷ L. du 01 juill. 1996, *ibid.*, abrogeant l'article 36-2° de l'ord. du 1^{er} déc. 1986.

⁴⁷⁸ T. Com. Pontoise, 13 oct. 1998, n°98F00209, SARL Aquaflore c/ Royal Canin et Royal Canin Distribution, cité par : A. GRIZAUT, Rupture brutale de relations commerciales – Réflexions sur les premiers cas d'application de l'article L. 442-6, Droit et Patrimoine n°116, 1^{er} juin 2003 : « *la rupture brutale des relations contractuelles, du fait du refus de livraison sans aucune justification ni explication, constitue une violation sanctionnée par l'article 36, alinéa 5, de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 modifiée* ».

⁴⁷⁹ T. Com. Nanterre, 1^{ère} ch., 20 nov. 1998, cité par D. VOINOT, Nature de la sanction du refus de vente depuis l'intervention de la loi du 1^{er} juillet 1996, JCP E n°20, 20 mai 1999, p. 864.

⁴⁸⁰ E. BOURETZ, L'article 36-5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, revue de trois ans de jurisprudence, JCP E n°15, 12 avr. 2001, p. 649, 24.

⁴⁸¹ Not. CA Versailles, 26 avr. 2001, 12^{ème} Ch., sect. 1, Sté Coffima c/ SA Renault VI : « [...] *nonobstant l'abrogation de l'article 36-2 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le refus de vente reste sanctionnable par l'application du droit commun de la responsabilité, et en particulier en vertu de la théorie de l'abus de droit* ». RJDA 2001, 916. D. FERRIER, Le refus de vente ne constitue plus en soi une faute civile mais peut constituer un abus de droit, D. n°39 du 14 nov. 2002, p. 3009.

⁴⁸² Cass. Com., 05 déc. 2000, n°99-11.720, J.-D. n°2000-007355.

responsables⁴⁸³. Les catégories visées dans la formule liminaire entrent donc dans le champ d'application de la responsabilité civile délictuelle du droit commun.

151. Les modifications des relations d'affaires par les fournisseurs. Les refus de vente participent des relations commerciales : en les opposant aux distributeurs, les producteurs tentent de résister. En dehors du secteur de la grande distribution, ils trouvent encore d'autres expressions et la jurisprudence en connaît. Une rupture brutale *aux torts exclusifs* du fournisseur est retenue lorsqu'il somme son distributeur de s'adresser à une entreprise tierce, en raison de nouveaux accords de distribution exclusifs⁴⁸⁴. Un distributeur écarté de l'acquisition de millésimes obtient gain de cause : la cessation du partenariat étant imputable au fournisseur⁴⁸⁵. Le champ d'application personnel des ruptures brutales permet de les saisir, qu'elles soient le fait de distributeurs ou de producteurs. Le Professeur Mousseron fait remarquer que la « *première phrase* [de l'article L. 442-6, I-5° du Code de commerce] *a été appliquée de la manière la plus large par les tribunaux et deux décisions, seulement, sur la vingtaine de jugements et arrêts publiés concernant des déréfèrèments, partiels de surcroît* »⁴⁸⁶.

2. L'inclusion des activités civiles des producteurs agricoles

152. Les agriculteurs, victimes et auteurs. Ni commerçants ni artisans⁴⁸⁷, ils constituent pourtant des unités de production, approvisionnant d'autres entreprises. Mues par de profondes transformations, les exploitations familiales sont devenues des sociétés⁴⁸⁸, intégrées et contrôlées, pour certaines, par des industriels⁴⁸⁹. Si traditionnellement, l'agriculture échappe au domaine

⁴⁸³ C. BLOCH et A. GIUDICELLI, Chapitre 2112 – Imputation à une personne morale, in P. LE TOURNEAU (dir.), Droit de la responsabilité et des contrats 2021-2022, Dalloz action, p. 547, 2112.42 : « [...] *il est admis, par un anthropomorphisme dont la meilleure justification est la commodité, que la personne morale peut être responsable comme une personne physique et de la même façon, y compris pour des fautes intentionnelles* ».

⁴⁸⁴ T. com. Avignon, 25 juin 1999, n°98/003658, Haladjian c/ Veratchert BV et autre, D. n°38, 04 nov. 1999, p. 19, Modification de l'organisation commerciale et rupture brutale d'une relation commerciale.

⁴⁸⁵ CA Bordeaux, 2^{ème} Ch., 19 fév. 2003, Vignobles Georges Audy c/ GAM Audy, D. n°27 du 24 juill. 2003, p. 1789, Rupture brutale de relations commerciales en matière de distribution de primeurs de vins de Bordeaux. E. AGOSTINI, Primeurs en Bordelais, D. n°27 du 24 juill. 2003, p. 1789.

⁴⁸⁶ J.-M. MOUSSERON, L'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce : contournable ou pas », In Études offertes à Barthélemy MERCADAL, Éd. Francis Lefebvre, 2002, ISBN 2-85115-518-0, pp. 231-244

⁴⁸⁷ J. BEAUCHARD, Stabilisation des relations commerciales : la rupture des relations commerciales continues, Petites Affiches, 05 janv. 1998 n°2, p. 14.

⁴⁸⁸ H. COCHET, Séparation capital/travail, flexibilité et rémunération des facteurs de production, Économie rurale [En ligne], 357-358 I janvier-mars 2017, mis en ligne le 17 février 2019, consulté le 22 juillet 2021. URL : <http://journals.openedition.org/economierurale/5095> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/economierurale.5095>.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, 20 : « *Certaines formes d'intégration contrôlées par les industriels, notamment dans les productions animales, sont connues depuis longtemps. Dans le cas des contrats d'intégration (porc ou volaille hors-sol, par exemple) l'agriculteur ne fait qu'exécuter un cahier des charges précis ; le centre de décision est déjà fort éloigné du producteur et intègre une stratégie de production et de mise en marché dépassant largement le cadre de l'unité de production* ».

commercial⁴⁹⁰, son emprise y règne désormais. Des déséquilibres en découlent, semblables à ceux entre producteurs et distributeurs. Maintes mesures ont été prises, et continuent d'être initiées pour y pallier. Si les agriculteurs trouvent refuge⁴⁹¹ dans la rupture brutale, ses dispositions peuvent aussi leur être opposées.

153. La terre dans le droit commercial. Le Professeur Didier pose la question de savoir « *pourquoi la terre demeure-t-elle exclue du droit commercial*⁴⁹² ». Sa réponse ressort d'une analyse dynamique : la terre, et son exploitation, connaissent plusieurs phases de développement : au gré de l'apparition de nouvelles techniques. La distribution est l'une d'elles ; ce qui lui fait alors dire que « *quand les temps seront mûrs et que l'exploitation de la terre, comme sa propriété, seront entrées dans le cycle argent-marchandise-argent, par quoi se caractérise le commerce, il ne restera plus qu'à inclure la terre dans le droit commercial [...]* ». Sa formule atteste de l'entrée de la production agricole dans le commerce, s'en sont suivis une contractualisation du secteur et l'application des dispositions de la rupture brutale.

154. La stabilisation des débouchés par contractualisation. L'offre de produits agricoles est atomisée. Face aux exploitations agricoles éparses, les distributeurs et industriels organisés sont en position de force. Pour stabiliser les débouchés des producteurs⁴⁹³, plusieurs interventions législatives ont préconisé une contractualisation obligatoire des relations⁴⁹⁴. « *La vente de produits agricoles [étant] un contrat successif qui s'étire dans le temps*⁴⁹⁵ », son renouvellement est prévu

⁴⁹⁰ Études de droit commercial à la mémoire d'Henry CABRILLAC, note bibliographique, Revue internationale de droit comparé, Vol. 22, n°1, Janv. - Mars 1970, pp. 194-200, spéc. p. 196.

voir également, H. CABRILLAC, L'agriculture et le droit commercial, in Le droit privé français au milieu du XXème siècle.

⁴⁹¹ B. GRIMONPREZ, Relations commerciales agricoles : l'aube de la contractualisation - A propos de la loi n°2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture, CCC, n°11, nov. 2010, étude 12, 14 : « [...] *La conception que la jurisprudence a de ce texte faire dire que les producteurs agricoles peuvent y trouver refuge* ». J.-J. BARBIÉRI, Contrats du négoce agricole et contrats d'affaires, Droit rural n°372, avr. 2009, dossier 22, 29 : « [...] *Il nous semble que les fournisseurs de produits agricoles sont concernés par cette disposition* ».

⁴⁹² Études de droit commercial à la mémoire d'Henry CABRILLAC, note bibliographique, *ibid*,

⁴⁹³ R.-J. AUBIN-BROUTÉ, Contrats de vente de produits agricoles et droit commun des contrats, Droit rural n°457, nov. 2017, ét. 33, 11.

⁴⁹⁴ V. en ce sens : B. GRIMONPREZ, Production et marché – Contrats de vente de produits agricoles, JCI Rural, fasc. 20, maj 14 juill. 2015, 1. Du « régime contractuel en agriculture », 2. À la « contractualisation » : « [...] *a été progressivement élaborée une réglementation des échanges agricoles, d'abord par la loi n° 2005-157 du 23 février 2005, puis par celle n° 2008-776 de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008. Le processus législatif a trouvé son acmé dans la « contractualisation » inaugurée par la loi n° 874-2010 du 27 juillet 2010 [...]* ». Postérieurement à la dernière maj du fascicule cité, v. R.-J. AUBIN-BROUTÉ, *ibid.* : « *Le cadre juridique des contrats de vente de produits agricoles a [...] évolué à grande vitesse, par l'effet conjoint de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations et de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* ». Pour les modifications issues des états généraux de l'alimentation, v. not. M. MALAURIE-VIGNAL et N. MATHEY, Actualité : L'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire – Loi n°2018-938 du 30 octobre 2018, JCI Contrats-Distribution, fasc. 12, maj 28 fév. 2019 ; J.-C. GRALL et C. BELLONE-CLOSSET, Relations industrie-commerce et « indicateurs Egalim » : où en sommes-nous après la publication des lignes directrices portant sur la prise en compte des indicateurs dans la chaîne contractuelle ? RLDC n°98, 1^{er} oct. 2020, pp. 32-39. Relativement à la proposition de loi pour une plus juste rémunération des agriculteurs, v. not. E. MALLET, Proposition de loi pour une plus juste rémunération des agriculteurs : adoption par l'Assemblée nationale en première lecture, Droit rural n°494, août 2021, alerte 142.

⁴⁹⁵ B. GRIMONPREZ, Production et marché – Contrats de vente de produits agricoles, *ibid.*, 20.

par tacite reconduction, pour une période équivalente à sa durée initiale⁴⁹⁶. Mais cette disposition est supplétive de volonté⁴⁹⁷, et un retour s'opère au droit commun : l'article 1212 du Code civil disposant que « *nul ne peut exiger le renouvellement du contrat* ». L'exigence de durabilité des contrats de commercialisation de produits agricoles n'est pas atteinte⁴⁹⁸. Pis, le rapport de forces tourne à l'avantage des premiers acheteurs et distributeurs, qui mettent en cause les producteurs agricoles, sur le fondement de la rupture brutale.

155. Les producteurs agricoles, auteurs de rupture brutale. En 2012, une entreprise agricole à responsabilité limitée⁴⁹⁹ est incluse dans le champ d'application de la rupture brutale⁵⁰⁰. Elle s'en était défendue à raison du caractère civil de ses activités agricoles. En effet, l'EARL a pour objet l'exercice d'activités réputées agricoles au sens de l'article L. 311-1 du Code rural et de la pêche maritime⁵⁰¹. Bien avant son introduction, le problème de qualification s'était déjà posé, et la jurisprudence avait été encline à admettre le caractère commercial de certaines activités des agriculteurs⁵⁰². En l'espèce, les juges ont considéré l'EARL « *comme un agent économique ayant une fonction de producteur dont la vocation est de mettre ses produits (agricoles) sur le marché, ce qui concrétise le prolongement (commercialisation et vente) de l'acte de production* ». Ils ajoutent que la rupture brutale d'une relation commerciale établie s'entend « *d'une relation d'affaires entre deux agents économiques, cette relation n'étant pas limitée à une relation commerciale au sens juridique du terme* ». Cette solution s'insère dans la droite ligne de la jurisprudence faisant du caractère commercial est une notion autonome en la matière⁵⁰³.

⁴⁹⁶ C. rur., art. L. 631-24, I.

⁴⁹⁷ C. rur., art. L. 631-24, I.

⁴⁹⁸ R.-J. AUBIN-BROUTÉ, *ibid.*, 12.

⁴⁹⁹ L'entreprise agricole à responsabilité limitée, ci-après désignée avec l'acronyme communément admis : EARL.

⁵⁰⁰ TGI Paris, 11 avr. 2012, RG n°11/17802, in Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2012), établi par la Faculté de Droit de Montpellier, consulté depuis l'URL : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/bilan_fac_montpellier2012.pdf, le jeu. 22 juill. 2021, pp. 55-56.

⁵⁰¹ C. rur., art. L. 324-2.

⁵⁰² N. OLSZAK, Agriculture, oct. 2006, maj avr. 2019, in L. VOGEL, Rép. de droit commercial, 8 : « *En raison de la carence législative pour régir des situations inconnues à l'époque de la codification napoléonienne, la jurisprudence a manifesté une tendance à admettre le caractère commercial de certaines activités des agriculteurs. Fatalement, dans ses décisions, sont apparues des hésitations, voire des contradictions (...). L'élevage, notamment, a donné lieu à de nombreuses décisions. Selon que l'éleveur utilisait les récoltes de ses terres ou achetait des aliments préfabriqués pour nourrir les animaux, les tribunaux le considéraient comme soumis au droit civil et à la compétence des tribunaux civils dans la première hypothèse, au droit commercial et à la compétence des tribunaux de commerce dans la seconde. En revanche, le Conseil d'État, statuant en matière fiscale, considérait qu'acheter, même la totalité des aliments, ne faisait pas perdre à l'éleveur sa qualité d'agriculteur (...)* ».

⁵⁰³ M. LE BESCOND de COATPONT, Rupture brutale de relations commerciales établies, JCI Contrats – Distribution, fasc. 262, maj mars 2022, 31.

B. Le dépassement de la commercialité

156. Le dépassement de la dichotomie traditionnelle. La commercialité comprend deux conceptions : subjective et objective. Dans cette dernière : l'objet supplante le sujet. Le droit commercial s'applique à des actes de commerce sans qu'ils n'émanent nécessairement de personnes commerçantes. Le Code de commerce suit cette dichotomie, il définit d'abord les actes de commerce⁵⁰⁴, puis les commerçants⁵⁰⁵. Comme nous l'avons constaté pour les producteurs agricoles, la jurisprudence prend ses distances avec la division traditionnelle. Elle conçoit largement la relation commerciale. La référence aux activités économiques permet d'englober les mutuelles et les associations au sein du champ d'application (1). Telle une marche forcée, l'harmonisation autour de l'entreprise s'accélère depuis l'introduction explicite de la notion dans l'article L. 410-1 du Code de commerce (2).

1. L'extension aux activités économiques

157. Un double visa pour un même champ d'application. En 2010, la Cour de cassation inclut dans le champ d'application deux sociétés d'assurance mutuelles, après qu'elles ont résilié les conventions d'agrément les liant à un réparateur automobile⁵⁰⁶. Le double visa retient l'attention. L'article L. 410-1 du Code de commerce définit le champ d'application de son Livre IV⁵⁰⁷. Son intitulé, *De la liberté des prix et de la concurrence*, fait l'économie d'une répétition : il s'agit bien de considérer la liberté des prix et la libre concurrence. Il contient l'ensemble des règles qui étaient alors applicables aux « *activités de production, de distribution et de services* », parmi elles, celles des pratiques restrictives de concurrence du titre IV. La nomenclature du Code impose une cohérence. Les articles, composant les titres, doivent rigoureusement avoir un champ d'application en adéquation avec celui qui ouvre, et s'applique au livre. Une correspondance imparfaite s'était établie entre les activités et les auteurs.

⁵⁰⁴ C. Com., art. L. 110-1 et s.

⁵⁰⁵ C. Com., art. L. 121-1 et s.

⁵⁰⁶ Cass. Com. 14 sept. 2010, n°09-14.322, J.-D. n°2010-015989. M. BEHAR-TOUCHAIS, Une piqûre de rappel : les sociétés d'assurance mutuelle sont soumises au droit des pratiques restrictives de concurrence, RLC, n°27, avr. – juin 2011, pp. 45-46. J.-J. BARBIERI, Mutuelles d'assurance et pratiques restrictives de concurrence, JCP E, n°47, 25 nov. 2010, 2013. N. MATHEY, Rupture d'une relation commerciale et activité civile, CCC n°11, nov. 2010, comm. 249.

⁵⁰⁷ C. Com., art. L. 410-1 (version antérieure au 28 mai 2021) : « *Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* », issu de l'article 53 de l'ord. n°86-1243 du 1^{er} déc. 1986, *ibid.*, « *Les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques* ».

158. La prévalence de l'activité sur le statut. L'article L. 410-1 visait des activités tandis que l'article L. 442-6 des personnes (« *producteur, commerçant, industriel ou artisan* »). Hormis la production et les producteurs, les termes ne sont pas communs, mais s'avoisinent. D'après l'article L. 322-26-1 du Code des assurances, « *les sociétés d'assurance mutuelles ont un objet non commercial (...)* ». Cette seule disposition s'opposait littéralement à leur inclusion dans le champ d'application personnel. Mais par le truchement des activités de services, les juges y sont parvenus⁵⁰⁸. Ils ont repris, quasiment mot pour mot, une solution de 1997⁵⁰⁹. En l'espèce, la Mutualité d'Anjou avait ouvert deux officines, et proposé à ses adhérents des cotisations moins élevées, dès lors qu'ils s'y feraient délivrer leurs médicaments. La chambre syndicale des officines du Maine-et-Loire avait entamé des poursuites, du fait d'une concurrence illicite, par application de conditions discriminatoires, sur le fondement de l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Pour rejeter son action, les juges d'appel s'appuyaient sur le caractère non lucratif du groupement et civil de l'activité⁵¹⁰. Leur arrêt a été cassé, la commercialisation de médicaments procédant d'une activité de production, de distribution et de services⁵¹¹. Même dépourvue de précision⁵¹², cette solution a été saluée⁵¹³, car elle préservait une concurrence libre d'entraves artificielles. La caractérisation des activités économiques entraîne l'application des règles de concurrence car

⁵⁰⁸ Cass. Com. 14 sept. 2010, *ibid.* : « *attendu qu'en statuant ainsi, alors que 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* ». Le terme « service » au singulier interroge, alors qu'il est issu de l'article L. 410-1 du Code de commerce dans sa forme plurielle.

⁵⁰⁹ Cass. Com. 21 oct. 1997, n°95-14.457, J.-D. n°1997-004134 : « *attendu qu'en statuant ainsi, alors que 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 du 1^{er} décembre 1986 dès lors qu'elles procèdent, comme en l'espèce, par la commercialisation de médicaments, à une activité de production, de distribution et de services* ». *Préc. Cass. Crim.* 12 fév. 1990, n°89-80.815, J.-D. n°1990-701111 : « *Attendu que les dispositions de l'article 30 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, qui interdisent de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit et qui, selon l'article 53 de la même ordonnance, s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, ont une portée générale ; qu'elles s'appliquent notamment, en l'absence de dérogation expresse, aux prestations offertes par les mutuelles d'assurances, nonobstant l'article L. 111-1 du Code de la mutualité, dès lors que ces prestations ne sont pas spécifiques au domaine de la mutualité et relèvent du secteur concurrentiel* ». C. GAVALDA, C. LUCAS DE LEYSSAC, L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence s'applique aux prestations offertes par les mutuelles d'assurances, D. n°29 du 05 sept. 1991, p. 247. P. BOUZAT, Vente subordonnée à l'achat d'une quantité imposée, RTD Com. n°04 du 14 déc. 1990, p. 657.

⁵¹⁰ M. DUNEAU, Officine pharmaceutique – Régimes particuliers – Pharmacies mutualistes, pharmacies des mines, pharmacies des caisses de sécurité sociale, Feuilles mobiles Litec Droit pharmaceutique, fasc. 25-10, maj 1^{er} juill. 2013, 41.

⁵¹¹ Cass. Com. 21 oct. 1997, *ibid.*, les juges visent l'article 53 de l'ord. du 1^{er} décembre 1986 (*ibid.*), qui dispose : « *Les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques* ».

⁵¹² Le défaut de précision tient au ralliement pêle-mêle de l'activité de la mutualité d'Anjou à l'ensemble des activités du champ d'application de l'ordonnance, alors qu'elle n'est d'évidence pas un laboratoire pharmaceutique qui fabriquerait des médicaments.

⁵¹³ J. LEONNET, Concurrence et mutualité, Petites Affiches, 08 déc. 1997, n°147, p.11, *in fine* : « [...] c'est le caractère d'opérateur économique – que l'institution ait une finalité lucrative ou non – qui entraîne l'application des règles du droit de la concurrence. La cassation intervenue sur la première branche du premier moyen ne fait que rappeler ce principe. Mais en cassant également l'arrêt de la Cour d'appel au regard des dispositions de l'article 36-1, la Chambre commerciale précise encore que les avantages consentis à ses adhérents, compte tenu des répercussions que ces pratiques entraînaient sur la clientèle des officines libérales, faisaient des mutuelles en cause leurs partenaires économiques. En effet, en procurant des avantages de cotisations aux adhérents qui s'engageaient à se servir uniquement auprès des pharmacies mutualistes, les mutuelles bouleversaient l'ordre public économique en créant une entrave à l'accès des officines libérales. [...] Il était bon que ces principes soient rappelés, non pas pour affaiblir les règles de la mutualité auxquelles tout un chacun reste attaché, mais pour éviter des discordances économiques nuisibles à l'équilibre économique qui reste la base d'une économie libérale ».

elles sont exercées par leurs sujets. Le statut n'étant pas un obstacle, les associations y sont aussi soumises.

159. L'activité économique de l'association dans la limite du non-enrichissement de ses membres. L'activité d'une association se conçoit en dehors de toute recherche de bénéfices⁵¹⁴. Son but n'est pas lucratif mais son activité peut l'être⁵¹⁵. Elle peut alors être identique à celle d'une entreprise. Les frontières entre elles s'atténuent, jusqu'à possiblement se confondre. Selon la jurisprudence communautaire, le statut juridique et le mode de financement sont indifférents pour la qualification d'entreprise⁵¹⁶. Ce qui importe est l'exercice d'une activité économique, soit l'offre de biens ou de services sur un marché donné⁵¹⁷. Mais la CJCE ajoute qu'à défaut de but lucratif de l'offre, il faut rechercher le caractère lucratif des offres auxquelles elle fait concurrence^{518 519}. Des associations, fondations ou congrégations sont dès lors susceptibles de recevoir la qualification d'entreprise. En droit interne, les associations avec une activité économique sont soumises au respect des règles de concurrence⁵²⁰. En considération de leurs activités, les associations entrent dans le champ d'application personnel des ruptures brutales.

160. Des solutions convergentes et la réécriture du texte. En 2016, la Cour de cassation écarte les prétentions d'une société, à l'encontre d'une association car il n'est pas allégué que cette dernière exerce « *une activité de producteur, de commerçant, d'industriel ou de prestation de*

⁵¹⁴ L. du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, JORF n°177, 02 juill. 1901, p. 4025, art. 1 : « *L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices [...]* ». Cass. Ch. réun., 11 mars 1914, *Caisse rurale de Manigod*, « *Attendu que l'expression « bénéfices » a le même dans les deux textes et s'entend d'un gain pécuniaire ou d'un gain matériel qui ajouterait à la fortune de associés ; que, dès lors, la différence qui distingue la société de l'association consiste en ce que la première comporte essentiellement, comme condition de son existence, la répartition entre associés des bénéfices faits en commun, tandis que la seconde l'exclut nécessairement* ».

⁵¹⁵ K. RODRIGUEZ, *Nature de l'association*, étude 2 in P.-H. DUTHEIL (dir.), *Juris Corpus Droit des associations et fondations*, 2019, Dalloz, p. 38, 2. 77 : « [...] *Ce qui est interdit à l'association, c'est le partage de bénéfices. En revanche, l'association peut réaliser des bénéfices dès lors qu'ils n'ont pas vocation à être distribués, mais à être réinvestis dans l'activité désintéressée* ».

⁵¹⁶ CJCE, 10 janv. 2006, aff. C-222/04, *Cassa di Risparmio di Ferenze e.A.*, Rec. CJCE 2006, p. I-289, pt 107 (jurisprudence constante, *not.* CJCE, 23 avr. 1991, C-41/90, *Höfner et Elser*, Rec. P. I-1979, pt. 21). L. ARCELIN, *Notion d'entreprise au sens du droit de la concurrence communautaire : variations autour de son activité économique*, LPA n°100 18 mai 2007, p. 4.

⁵¹⁷ CJCE, 10 janv. 2006, *ibid.*, pt. 108, jurisprudence constante, *not.* CJCE, 18 juin 1998, C-35/96, *Commission / Italie*, Rec. P. I-3851, pt. 36.

⁵¹⁸ *Ibid.*, pts 122 et 123 ; dans le même sens : CJCE, 1er juill. 2008, aff. C-49/07, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c/ Elliniko Dimosio*, Rec. CJCE 2008, p. I-4863, pts 27 et 28, CJUE, gde ch., 27 juin 2017, aff. C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, pt 46. L. ARCELIN, *Notion d'entreprise et association sportive sans but lucratif*, RLC n°17 oct. 2008, 1192, pp. 25-26 : « *On sait très bien que l'absence de but lucratif n'est pas un obstacle rédhibitoire à la qualification d'entreprise. Mais comme le modèle « classique » de l'entreprise est celui de l'entreprise capitaliste, lorsque l'entité en cause ne poursuit pas un tel but et promeut un intérêt général, la CJCE a recours à un raisonnement analogique et vérifie s'il existe une concurrence sur ce marché, c'est-à-dire si le même type d'activité est exercé par une autre entreprise, entendue comme recherchant elle le profit* ».

⁵¹⁹ C. PRIETO, *Droit de la concurrence de l'Union européenne : champ d'application des articles 101 et 102 TFUE*, JCI Europe *Traité*, fasc. 1400, maj oct. 2020, n°59 et 60, *notant, in fine*, qu'« *un tel raisonnement contribue à étendre encore l'applicabilité des règles de concurrence* ».

⁵²⁰ K. RODRIGUEZ, *Nature de l'association*, *ibid.*, p. 47, 2.119.

services » ou est « immatriculée au répertoire des métiers⁵²¹ ». Cet arrêt commande une lecture a contrario : l'association pourra être auteur de rupture brutale, dès lors qu'elle exerce l'une des activités visées. La Cour d'appel de Paris l'a admis⁵²², ainsi que la Cour de cassation, explicitement en énumérant les activités⁵²³. Ce faisant, les juges procèdent à la réécriture⁵²⁴ du fondement. L'exercice d'activités économique est déterminant. Cette amplification⁵²⁵ rend compte du détachement de l'appréciation subjective de la commercialité. La référence aux actes de commerce⁵²⁶ ne freine pas le mouvement amorcé, mais elle nécessite d'aborder l'exigence de contreparties économiques, versées dans le cadre desdites activités.

161. Le vaste ensemble des contreparties économiques. Dans l'arrêt de 2017, les juges admettent l'association comme auteur, mais ne retiennent pas de relation commerciale établie entre elle et l'intermédiaire financier, faute pour elle de ne recevoir aucune commission et de ne pas accomplir d'actes de commerce⁵²⁷. L'extension aux activités économiques doit-elle dès lors se doubler de la vérification du caractère lucratif ou celui-ci leur est-il inhérent ? La même année, les juges d'appel considèrent que l'engagement bénévole d'un pharmacien envers une association, gérant un établissement d'hébergement pour personnes âgées, fonde une relation commerciale

⁵²¹ Cass. Com., 05 janv. 2016, n°14-15.555, J.-D. n°2016-000037. X. DELPECH, A la une - Activité économique - L'association confrontée au droit de la concurrence, *Juris associations* n°534 du 01 mars 2016, p. 11.

⁵²² CA Paris, Pôle 05, Ch. 05., 20 mars 2014, n°12/01371, J.-D. n°2014-005437. CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 04 avr. 2012, n°09/25117, J.-D. n°2012/006672. Post. : CA Paris, Pôle 05, ch. 11, 30 nov. 2018, n°16/24556, J.-D. n°0, J.-L. FOURGOUX, Association : La Cour d'appel de Paris juge qu'une association sans but lucratif peut exercer une activité de prestation service rémunérée et donc être traduite devant les juridictions spécialisées en cas de rupture brutale des relations commerciales (CNSUE / SEA TPI), 30 novembre 2018, *Concurrences* n° 1-2019, Art. n° 89425, p. 114. CA Paris, Pôle 05, ch. 04, 08 janv. 2020, n°18/08419, J.-D. n°0, en première instance, l'association Saint-Brieuc expo a été condamnée à verser des dommages et intérêts à l'une des exposantes, après qu'il ait été constaté que leurs relations commerciales établies, depuis vingt ans, avaient été rompues brutalement. En appel, les juges relèvent que les manquements graves et réitérés de l'exposante aux règles élémentaires de sécurité justifient une rupture de la relation commerciale établie sans préavis.

⁵²³ Cass. Com., 25 janv. 2017, n°15-13.013, J.-D. n°2017-000897, en l'espèce, il n'a pu être reproché à l'association d'être auteur d'une rupture brutale, non en raison de son exclusion du champ d'application, mais faute d'avoir entretenu une relation commerciale établie avec le demandeur à l'action, soit la victime (« [...] si le régime juridique d'une association, comme le caractère non lucratif de son activité, ne sont pas de nature à l'exclure du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce dès lors qu'elle procède à une activité de production, de distribution ou de services, encore faut-il qu'elle ait entretenu une relation commerciale établie avec le demandeur à l'action [...] »).

⁵²⁴ F. BUY, Rupture brutale des relations commerciales établies : panorama 2017, *RLDC*, n°155, 1^{er} janv. 2018.

⁵²⁵ N. DISSAUX, La relation commerciale établie avec une association, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°11, 16 mars 2017 : « L'article L. 442-6, I-5° du Code de commerce s'enfle-t-il à ce point qu'il crèvera ? ».

⁵²⁶ Cass. Com., 25 janv. 2017, *ibid.*

⁵²⁷ *Ibid.* : « [...] qu'il n'est pas établi que [l'association] perçoive [elle]-même une commission, ou bénéficie d'une prise en charge de ses frais d'exploitation au titre de chaque affaire traitée par [l'intermédiaire financier] ; qu'il ajoute qu'il n'est pas établi que [l'association] accomplisse des actes de commerce au sens de l'article L. 110-1 du code de commerce ; qu'il en déduit que [l'association] n'entretenait pas de relation commerciale avec [l'intermédiaire financier] au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce [...] ». Dans le même sens : Cass. Com., 05 janv. 2016, n°14-15.555, J.-D. n°2016-000037 : « n'étant pas allégué que l'Institut technique [l'association] exerçât une activité de producteur, de commerçant, d'industriel ou de prestations de services, ou qu'il fût immatriculé au répertoire des métiers, il ne peut être reproché à la cour d'appel, qui n'a fait qu'appliquer les critères prévus à l'article L. 442-6 du code de commerce, de s'être fondée sur un motif inopérant pour retenir que la responsabilité de l'Institut technique ne pouvait être engagée sur le fondement de ce texte ». N. MATHEY, Rupture brutale et association, *CCC* n°3, mars 2016, comm. 67, commentant l'arrêt précité et fournissant d'autres jurisprudences dans lesquelles l'association est reconnue en tant qu'auteur de rupture brutale de relations commerciales établies.

établie⁵²⁸. Même gratuit, ce service avait une contrepartie économique pour les deux parties. La notion de contrepartie est déjà appréhendée par les juges, qui la conçoivent largement. Elle se rencontre dans sa forme indirecte⁵²⁹ en droit des entreprises en difficulté, pour l'appréciation de la nullité de certains actes, intervenus depuis la date de cessation des paiements⁵³⁰. Comme seul compte l'appauvrissement sans contrepartie du débiteur, il faut rechercher si les actes en ont eu une, ou non⁵³¹. Sous une apparence de gratuité, certains sont en réalité intéressés⁵³² et échappent donc à la nullité. La détermination des nullités de la période suspecte commande l'appréciation des contreparties indirectes et, de la même façon, la caractérisation de la relation commerciale exige la recherche de contreparties économiques dans un sens étendu. L'essor de services numériques gratuits force à aller en ce sens, leurs contreparties médiatees étant principalement constituées de données, qui agrégées, concourent à l'hégémonie de ceux qui les détiennent.

2. L'extension à l'entreprise

162. Une brève coexistence. Dans la version issue de l'ordonnance EGalim de 2019, la formule liminaire de l'article L. 442-1, II du Code de commerce a été modifiée de façon à ce que l'auteur ne soit plus défini quant à son statut, mais relativement à ses activités⁵³³. La modification entérine la pratique jurisprudentielle. Jusqu'à la modification de l'article L. 410-1, les formules concordent. L'identité aura été brève, compte tenu de l'introduction de l'entreprise à l'article L. 410-1 du Code de commerce. L'avancée est notable mais il faut s'interroger sur la possibilité de procéder à une nouvelle harmonisation des écritures.

163. L'introduction explicite de l'entreprise. Le Gouvernement a été autorisé « à prendre par ordonnances [...] tout toute mesure relevant du domaine de la loi nécessaire pour rendre compatibles les dispositions du livre IV du code de commerce avec la directive (UE) 2019/1 [dite

⁵²⁸ CA Paris, Pôle 5, Ch. 04, 04 janv. 2017, n°14/08156, J.-D. n°2017-000068. C. GRIMALDI, D'une relation commerciale établie avec un pharmacien, LEDICO, 01 mars 2017, n°03, p.2 ; Le Lamy Droit du Contrat [en ligne], maj juin 2022, n°2605 (La relation « commerciale » ne doit pas être entendue dans un sens étroit).

⁵²⁹ A. MARTIN-SERF, Entreprise en difficulté : nullités de la période suspecte, in L. VOGEL (dir.), Rép. de droit commercial, Dalloz, oct. 2017, maj avr. 2021, 84.

⁵³⁰ C. Com., art. L. 632-1.

⁵³¹ A. MARTIN-SERF, *ibid.*

⁵³² *Ibid.*

⁵³³ Ord. n°2019-359 du 24 avr. 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, JORF n°0097 du 25 avr. 2019, texte n°16, art. 2, 2°.

ECN +], y compris les mesures de coordination liées à cette transposition^{534 535} ». Après l'annonce de modifications dans le Code de commerce⁵³⁶, la notion d'entreprise est explicitement⁵³⁷ introduite à l'article L. 410-1⁵³⁸. Cette insertion relève de la compatibilité recherchée car elle harmonise le champ d'application, au moyen d'une notion unitaire⁵³⁹. Mais la définition retenue est imprécise. A défaut d'avoir été définie dans les Traités, la jurisprudence a su progressivement en délimiter les contours, au moyen de critères positifs et négatifs, qu'il aurait été dès lors utile d'insérer.

164. Une définition à compléter. L'entreprise se définit positivement par l'exercice d'une activité économique, sur un marché, en toute autonomie. Négativement, l'exercice de prérogative de puissance publique et la poursuite d'un objectif solidaire écartent la qualification⁵⁴⁰. Aucun des critères ne se retrouvent dans la définition : les entreprises sont « *entendues comme les entités, quelle que soit leur forme juridique et leur mode de financement qui exercent une activité de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ». La définition connaît des variations, au premier titre desquelles sa conception en entité ou organisation⁵⁴¹. Les activités

⁵³⁴ L. n°2020-1508 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, dite « Loi DDADUE », JORF n°0293 du 04 déc. 2020, texte n°2, art. 37. Ord. n°2021-649 du 26 mai 2021 relative à la transposition de la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 déc. 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, JORF n°0121 du 27 mai 2021, texte n°11.

⁵³⁵ La compatibilité faite au moyen de notions, de dispositions communes s'accompagne d'autres dispositions, qui sans être nécessairement les mêmes, concourront à l'application effective des règles de concurrence. Dir. (UE) 2019/1, *ibid.*, relativement au rehaussement du montant maximal de l'amende, infligée sur le fondement des articles 101 et 102 TFUE, la directive laisse la possibilité aux États membres de maintenir ou d'introduire une amende maximale plus élevée (considérant 49, *in fine*). La directive recherche l'application uniforme desdits articles au sein des États membres, en dotant leurs autorités nationales de concurrences (ci-après « ANC ») de divers moyens. Mais en leur laissant la possibilité « *de maintenir ou d'introduire des garanties d'indépendance et des ressources plus étendues* » (considérant 10), de fixer un montant maximal d'amende plus élevé (considérant 49, *ibid.*), la directive crée elle-même des asymétries. Elle nourrit la défaillance qu'elle dénonce, dans la mise en œuvre inégale des règles de concurrence, malgré un *socle commun* de garanties fondamentales. Là où les ANC disposeront de ressources plus étendues pour la détection de pratiques anticoncurrentielles, les entreprises pourraient envisager de ne pas y exercer leurs activités. La présente directive représente une mise à niveau, s'insérant dans un *continuum*. Dans cet absolu, certains paliers sont à atteindre progressivement et feront l'objet de réexamen (considérant 38, le réexamen de la présente directive est envisagé relativement au recours aux mesures provisoires).

⁵³⁶ Ord. n°2021-649 du 26 mai 2021, *ibid.*, art. 1.

⁵³⁷ X. DELPECH, Droit de la concurrence : transposition en droit français de la directive ECN+, Dalloz actualité 02 juin 2021. A. RONZANO, Politique de concurrence : Le Gouvernement publie l'ordonnance de transposition de la directive ECN+ proposant une solution bancale pour pallier la déclaration d'inconstitutionnalité du pouvoir de sanction des pratiques d'obstruction, 26 mai 2021, Concurrences N° 2-2021, Art. n°100844.

⁵³⁸ Ord. n°2021-649 du 26 mai 2021, *ibid.*, art. 2, I.

⁵³⁹ L. ARCELIN, La conquête du droit du marché par la notion d'entreprise, RTD Com. n°03 du 07 niv. 2018, p. 575. Dans cet article dédié, la Professeur Arcelin montre la pertinence de la notion car elle pénètre les champs d'application matériel et personnel du droit du marché. Ayant acquis une véritable autonomie conceptuelle, l'entreprise pourrait être envisagée comme réponse au trop grand nombre de ses destinataires (spéc. 7). Le travail de définition est conséquent, mais facilité par l'identification des limites de la notion (spéc. 21 et s.). Sa faisabilité est pleinement concevable, à l'instar du code de droit économique, en vigueur en Belgique, s'ouvrant par un ensemble de définitions, en tête desquelles *l'entreprise*.

⁵⁴⁰ L. ARCELIN, La notion d'entreprise, *in* Droit de la concurrence interne et européen, UNJF.

⁵⁴¹ Trib. UE, 17 mai 2013, *Parker ITR Srl, Parker Hannifin Corp*, aff. T-146/09, pt 84 : « *La notion d'entreprise, placée dans un contexte de droit de la concurrence, doit être comprise comme désignant une unité économique – c'est-à-dire une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels poursuivant de façon durable un but économique déterminée – même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales (...)* »

visées ressortent d'activités économiques. Mais l'énumération est insuffisante⁵⁴². Elle ne peut épuiser l'ensemble des activités, existantes, et à venir. La catégorie générale et indéterminée lui est préférable, tout en sachant qu'elle suppose une appréciation dynamique⁵⁴³. L'exercice d'une activité, par une entreprise, dans le passé, influe sur la qualification au moment où elle est recherchée⁵⁴⁴. Le danger annoncé est celui d'une extension quasi-illimitée⁵⁴⁵. L'exercice de prérogative de puissance publique et la poursuite d'un objectif solidaire tiendraient alors lieu de digue ; d'où la nécessité de les inclure dans la définition. La forme juridique et le mode de financement sont indifférents mais l'entreprise doit disposer d'une autonomie. La notion est essentielle pour l'imputabilité du comportement infractionnel⁵⁴⁶.

165. L'entreprise sans personnalité morale. Par comparaison, l'article L. 410-1 vise des *entités* alors que l'article L. 442-1 se réfère à *toute personne*. Ce truchement est nécessaire « *pour assurer la compatibilité du raisonnement concurrentiel avec les principes juridiques français*⁵⁴⁷ ». Succinctement, les personnes se distinguent des biens⁵⁴⁸ et les personnes physiques des personnes morales. Ces dernières sont « *des groupements que le droit assimile aux personnes physiques en leur conférant des droits et des obligations*⁵⁴⁹ ». À ce titre, sociétés, GIE, associations, syndicats, etc., jouissent de la personnalité morale et sont alors considérés comme des personnes juridiques, comme des sujets de droit⁵⁵⁰. Même si elle les appréhende toutes, l'entreprise ne relève d'aucune des catégories précédentes et est dépourvu de la personnalité morale. De là, à moins de définir l'entreprise comme personne⁵⁵¹, il y a une contradiction sémantique à considérer son introduction dans le dispositif, mettant en jeu la responsabilité d'une entité, qui en tant que telle, n'est pas dotée de la personnalité juridique. Mais l'applicabilité des règles de concurrence à l'entreprise se double, pour leur effectivité, de l'imputabilité du comportement infractionnel à une entité autonome, qui en sera tenue pour responsable.

⁵⁴² L. IDOT, La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel, décembre 2004, Concurrences n°1-2004, art. n°46217, spéc. 8.

⁵⁴³ L. IDOT, *ibid.*, spéc. 14 et s. : « [...] *L'activité est économique, soit parce qu'elle est susceptible d'être exercée par une entreprise privée, soit parce qu'elle se trouve en concurrence avec une activité comparable exercée d'ores et déjà par des entreprises. [15] La différence entre les deux est faible. Elle est surtout de nature temporelle* ».

⁵⁴⁴ *Ibid.*, spéc. 14 et s. En jurisprudence, les juges considèrent le fait qu'une activité ait, par le passé, été exercée par une entreprise privée, pour la qualifier d'entreprise, quand elle pouvait aussi l'avoir été par des organisations ou autorités publiques (CJCE, 25 oct. 2001, aff. C-475/99, pt. 20).

⁵⁴⁵ *Ibid.*, spéc. 16 : « *Il n'est pas nécessaire d'insister sur les dangers qui résultent de cette approche. Avec une telle définition, tout a vocation à devenir demain « activité économique ». L'éducation et la santé tombent ainsi dans le secteur marchand. Même les fonctions régaliennes ne sont pas à l'abri de son emprise. La sécurité et le maintien de l'ordre, comme la justice, peuvent également « être exercés par des entreprises privées ». Il est d'ores et déjà admis qu'il existe un marché de l'arbitrage, qui concurrence la justice étatique. L'on pourrait également citer l'exemple du contrôle aérien* ».

⁵⁴⁶ L. ARCELIN, La notion d'entreprise, in Droit de la concurrence interne et européen, UNJF.

⁵⁴⁷ M. CHAGNY, *ibid.*

⁵⁴⁸ R. CABRILLAC, Introduction générale au droit, 2021, Dalloz, Coll. Cours, ISBN n°978-2-247-21028-2, 74, p. 71 citant le Doyen Cornu, pour qui les personnes et les biens sont « *les colonnes jumelles de l'ordre élémentaire qu'institue le droit civil : l'être et l'avoir* ».

⁵⁴⁹ *Ibid.*, 77, p. 74.

⁵⁵⁰ J. PAILLUSSEAU, Mais qu'est-ce la personnalité morale ? JCP E, n°19, 09 mai 2019, pp. 18-25.

⁵⁵¹ Code de droit économique, art. I.1, 1°.

166. L'autonomie, un critère impératif. La Commission « *fait une parfaite différence entre l'entreprise, notion économique, « objet » des règles de concurrence du Traité et le « sujet de droit », doté de la personnalité juridique, destinataire de décision et redevable d'une amende⁵⁵²* ». Pour notre étude, le principe de responsabilité personnelle suppose que seul l'auteur de la faute civile (la rupture) en soit tenu pour responsable. L'autonomie est la notion permettant sa détermination. Si l'auteur a des liens contractuels ou capitalistiques avec une autre ou plusieurs entités, il faut déterminer s'il a agi en toute autonomie. Un principe bien établi permet d'y répondre : la présomption simple d'influence déterminante de la mère sur sa filiale, dès lors que la première détient en totalité ou quasi-totalité la seconde^{553 554} ». Lorsque l'auteur de la rupture est une filiale, il faut pouvoir mettre en jeu la responsabilité de la société mère si la preuve de son immixtion est rapportée⁵⁵⁵. L'autonomie s'appréhende aussi dans la théorie de la « continuité économique et fonctionnelle⁵⁵⁶ ». Elle permet de poursuivre l'entreprise malgré ses changements de formes juridiques. Son application par la Cour de cassation, en matière de responsabilité pénale, marque une *évolution substantielle de sa jurisprudence*⁵⁵⁷. Elle pose le principe du transfert de la responsabilité pénale en cas de fusion absorption. La chambre criminelle rejoint ainsi la chambre commerciale, qui avait déjà admis sanctionner la société absorbante pour des pratiques anticoncurrentielles imputées à l'absorbée⁵⁵⁸. L'analyse du caractère *établi* de la relation commerciale nous montrera aussi qu'il inclut la continuation de relations, entamées avec une entreprise, et poursuivies avec une autre⁵⁵⁹. En conséquence, sans inclusion du critère de

⁵⁵² J.-B. BLAISE, Entente, *in* D. SIMON (dir.), Rép. de droit européen, 52, citant Décis. n°1999/60 de la Commission, 21 oct. 1998, JOCE, n°L 24, 30 janv. 1999, not. pt 154.

⁵⁵³ CJCE, 16 nov. 2000, C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags/Commission, Rec. p. I-9925, point 29 « [...] *en présence d'une détention de la totalité du capital de celle-ci [la filiale], le Tribunal pouvait légitimement supposer, ainsi que l'a relevé la Commission, que la société mère exerçait effectivement une influence déterminante sur le comportement de sa filiale [...]* ».

⁵⁵⁴ M. MALAURIE-VIGNAL, *ibid.*, 168, p. 84. Par application du principe, il en résulte pour la filiale qu'elle « *n'est pas autonome car elle n'est pas en mesure de définir sa propre stratégie commerciale, financière et technique, et ne peut s'affranchir du contrôle hiérarchique du siège dont elle dépend* ».

⁵⁵⁵ CA Paris, 17 mars 2021, n°19/20659, J.-D. n°Ø : « *La relation commerciale établie au sens de ce texte s'entend d'échanges commerciaux conclus directement entre les parties. [...] Au regard du principe d'autonomie de la personne morale, la mise en cause de la maison mère suppose l'immixtion de celle-ci dans le fonctionnement de ses filiales créant l'apparence qu'elle était le cocontractant de la société avec lesquelles ces dernières ont contracté* ». CA Paris, 03 mars 2021, n°19/11103, J.-D. n°Ø : « [...] *nulles relations commerciales n'étaient établies, sur le fondement de la théorie de l'apparence* ». C. MOULY-GUILLEMAUD, Rupture brutale : La Cour d'appel de Paris maintient l'autonomie des personnes morales dans le contentieux de la brutalité de la rupture d'une relation commerciale établie (M.C.P Marseille / Survitec...), 17 mars 2021, Concurrences n°2-2021, art. n° 100881.

⁵⁵⁶ J.-B. BLAISE, *ibid.*, 54.

⁵⁵⁷ Cass. Crim., 25 nov. 2020, n°18-86.955, publié au Bull., J.-D. n°2020-019279, note explicative à l'arrêt n°2333 consultée depuis l'URL : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/relative_arret_45990.html, le mar. 27 juill. 2021.

⁵⁵⁸ Cass. Com., 28 fév. 2006, n°05-12.138, Bull. 2006 IV n°49, p. 49, J.-D. n°2006-032440.

⁵⁵⁹ Not. Cass. Com., 10 fév. 2021, n°19-15.369, J.-D. n°2021-001725, 7 : « *En matière de rupture brutale d'une relation commerciale établie, la seule circonstance qu'un tiers, ayant repris l'activité ou partie de l'activité d'une personne, continue une relation commerciale que celle-ci entretenait précédemment ne suffit pas à établir que c'est la même relation commerciale qui s'est poursuivie avec le partenaire concerné, si ne s'y ajoutent des éléments démontrant que telle était la commune intention des parties* ». M.-C. MITCHELL, Rupture brutale : La Cour de cassation revient sur les conditions de poursuite des relations en cas de cession d'activité et sur le contrôle du juge sur la durée du préavis (Rave Distribution / Franciflex), 10 février 2021, Concurrences n°2-2021, art. n°100447, pp. 112-113, notant que la présente solution rompt avec d'anciennes jurisprudences faisant reposer la poursuite de la relation sur l'identité de la relation poursuivie après cession. *Infra*

l'autonomie, l'entreprise est amputée d'une part essentielle de sa définition. S'il est procédé aux modifications de la définition figurant à l'article L. 410-1, la réécriture de la formule liminaire de L. 442-1, Il peut être envisagée comme suit : « *Engage la responsabilité de son auteur, et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute entreprise de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie [...]* ».

§2. L'indétermination des victimes

167. Résolution de l'indétermination. L'article L. 442-1, II du Code de commerce ne renseigne pas sur la victime de la rupture brutale. Ses versions antérieures ne la visaient pas non plus, à l'exception de celle pouvant solliciter le doublement de préavis. Mais les dispositions y afférent ont été supprimées. Pour l'identification de la victime, il a donc fallu étendre la recherche à l'ensemble de l'article L. 442-1 en sondant la jurisprudence. L'accueil favorable réservé aux dispositions rend les espèces nombreuses. L'utilisation de l'expression « partenaire commercial » peut faire sens. Mais son examen indique aussi l'entremêlement des pratiques restrictives de rupture brutale et de déséquilibre significatif : la première empruntant cette désignation à la seconde, et la seconde empruntant les caractères de la relation commerciale de la première. La réécriture du dispositif gomme l'expression mais ne suffit pas à lever toutes les incertitudes car elle est réintroduite par la jurisprudence. En limitant les recherches aux seuls arrêts rendus en matière de rupture brutale, un rapport d'identité peut être établi entre auteur et victime.

Dans le silence des dispositions, c'est aux juges qu'il est revenu la tâche d'identifier la victime de la rupture brutale (A). Pour sortir de l'entremêlement des notions entre pratiques restrictives de concurrence, l'identification de la victime est recensée au cas par cas. La méthode est susceptible d'organisation car de la confrontation des qualités entre auteur et victime : une identité est établie (B).

A. L'interprétation du mutisme ininterrompu du législateur

168. La recherche des titulaires de l'action. Hormis l'identification temporaire de deux catégories de victimes, l'article est muet quant aux victimes (1). La recherche est élargie à l'ensemble de l'article L. 442-1 du Code de commerce. La notion de « *partenaire commercial* » est fuyante (2), n'empruntant pas le même sens selon la pratique restrictive considérée. Gommée de l'article lors de sa réécriture en 2019 et remplacée par « *l'autre partie* », l'indéfinition rejoint l'inconnue qu'est la victime de la rupture brutale.

1. L'identification temporaire et insuffisante de victimes vulnérables

169. Un dispositif muet. Qui peut se prévaloir de l'article L. 442-1, II ? A sa seule lecture, rien ne permet d'y répondre. Au premier alinéa, seul l'auteur est identifié. Le second indique que le litige est élevé « *entre les parties* ». Enfin, au dernier, est envisagé le « *cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations* ». Dans sa version issue de l'ordonnance EGalim de 2019, rien ne permet de déterminer le titulaire de l'action. Il est dès lors nécessaire de se référer aux versions antérieures.

170. L'identification temporaire de victimes vulnérables. Tel qu'introduit par la loi Galland, le dispositif ne comporte aucune indication de la victime. L'exception d'inexécution vise « *l'autre partie* », cette référence demeure donc inchangée. Avec la codification⁵⁶⁰, le dispositif devient l'article L. 442-6, I-4°. En 2001, la loi NRE⁵⁶¹ entre dans la lutte contre les pratiques restrictives de concurrence. Elle complète l'arsenal de 1996 de nouveaux actes susceptibles d'engager la responsabilité de leur auteur⁵⁶². Leur liste s'allonge au sein de l'article L. 442-6⁵⁶³, formant un inventaire vain⁵⁶⁴. La rupture brutale, dorénavant contenue au cinquièmement, est amendée⁵⁶⁵. L'insertion du doublement de préavis, en faveur du fournisseur de produits sous marque de distributeur, permet de l'identifier en tant que victime, du fait de sa vulnérabilité⁵⁶⁶. En 2005⁵⁶⁷, c'est étendu à la rupture de la relation commerciale résultant d'une mise en concurrence par enchères

⁵⁶⁰ L. n°99-1071 du 16 décembre 1999 portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ord., à l'adoption de la partie Législative de certains codes, JORF n°296 du 22 déc. 1999, texte n°1. Ord. n°2000-912 du 18 sept. 2000 relative à la partie législative du code de commerce, JORF n°0219 du 21 sept. 2000, texte n°22, (*rectif.* JORF n°0267 du 18 nov. 2000). C. ARRIGHI DE CASANOVA, La codification par ordonnances – À propos du Code de commerce, JCP G n°02, 10 janv. 2001, doct. 285.

⁵⁶¹ L. n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF n°113 du 16 mai 2001, texte n°2.

⁵⁶² E. CLAUDEL, Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, RTD Com. n°03 du 14 sept. 2001, p. 663.

⁵⁶³ C. Com., art. L. 442-6 (dans sa version en vigueur du 16 mai 2001 au 04 janv. 2003).

⁵⁶⁴ D. MAINGUY, L'esprit et la lettre du nouvel article L. 442-6 du Code de commerce, JCP E n°48, 28 nov. 2002, 1729, « *L'inventaire de ces présomptions de faute montre l'illusion d'efficacité dans laquelle baignent ces textes. Il n'est pas raisonnable en effet de penser que les règles de la responsabilité peuvent efficacement et durablement s'ériger comme technique de régulation des relations producteurs-distributeurs* ».

⁵⁶⁵ *Ibid.*, pour qui le texte amendé n'entraîne toutefois pas de conséquence majeure sur son avenir judiciaire.

⁵⁶⁶ E. CLAUDEL, *ibid.*

⁵⁶⁷ L. n°2005-882 du 02 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, JORF n°0179 du 03 août 2005, texte n°2, art. 49, III.

à distance⁵⁶⁸. L'entreprise évincée suite à un appel d'offres⁵⁶⁹, à un *open-bid*⁵⁷⁰, doit forcément se réorganiser, ayant été privée d'un partenaire.

Le rapport fait au Président de la République relatif à l'ordonnance EGalim du 24 avril 2019 indique que « *la condition de doublement de la durée de préavis licite en cas de marque de distributeur ou en cas de mise en concurrence par enchère à distance est [...] supprimée*⁵⁷¹ ». Sans davantage de précisions, il faut l'expliquer par la possibilité laissée aux juges d'apprécier la durée de préavis, en considération de la durée et des autres caractéristiques de la relation. De plus, ces dispositions spécifiques n'étaient que peu usitées : en 2020⁵⁷², seules deux applications sont recensées pour la fourniture de produits MDD⁵⁷³, une seule pour la mise en concurrence par enchères à distance⁵⁷⁴. Mais les supprimer c'est aussi faire disparaître les seules victimes qui avaient été précisément identifiées.

171. Une recherche étendue à l'ensemble du dispositif. Étant donné que les dispositions, anciennes comme nouvelles, de la rupture brutale ne permettent pas d'identifier le titulaire de l'action, élargissons notre recherche à l'ensemble de l'article L. 442-1 ; nous soulignons les occurrences nous intéressant.

« I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à

⁵⁶⁸ K. MAGNIER-MERRAN, La réparation du préjudice né de la rupture brutale d'une relation commerciale établie : autopsie du principe de réparation intégrale, AJCA 2019 n°02 du 19 fév. 2019, p. 56 : « [...] le texte indique que lorsque la relation commerciales porte sur des marques de distributeurs ou lorsque la rupture résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, circonstances dans lesquelles la possibilité de reconversion du fournisseur évincé est réputée plus délicate, la durée minimale du préavis est doublée ».

⁵⁶⁹ Rupture brutale d'une relation commerciale établie et mise en concurrence par enchère à distance, PA n°217 du 31 oct. 2016, p. 36, à propos de T. Com., Paris, 13^{ème} ch., 09 mars 2015, n°2014049213. En l'espèce, l'entreprise évincée n'a pas rapporté la preuve que l'auteur de la rupture « *entendait la soumettre à un système d'enchères à distance* ». La rupture brutale a été caractérisée mais le préavis n'a pas été doublé.

⁵⁷⁰ L. BETTONI, L'appel d'offres privé, JCI Concurrence – Consommation, fasc. 735, maj sept. 2019, 4, en cas de cession d'entreprises, l'acquéreur retenu porte de nouvelles stratégies, nécessitant de recourir à son carnet d'adresses plutôt qu'aux entreprises avec lesquelles l'entreprise-cible traitait.

⁵⁷¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ord. n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, JORF n°0097 du 25 avril 2019, texte n°15

⁵⁷² Centre du Droit de l'Entreprise de la Faculté de Droit de Montpellier, Bilan établi pour 2020.

⁵⁷³ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 24 juin 2020, n°18/03495, J.-D. n°2020-009002 et CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 17 déc. 2020, n°17/23168, J.-D. n°2020-021792.

⁵⁷⁴ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 12 fév. 2020, n°18/08879, J.-D. n°2020-001843.

aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ;

2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

II. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels.

En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante des lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois.

Les dispositions du présent II ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure ».

172. « *l'autre partie* ». Elle correspond aux demandeurs des actions fondées sur chaque pratique restrictive de concurrence de l'article L. 442-1, I. Elle figure aussi dans l'exception d'inexécution de l'article L. 442-1, II. Même en ayant précédemment observé que cette disposition n'avait jamais été changée depuis 1996, une correspondance paraît pourtant s'établir. Littéralement, d'après le troisième et dernier alinéa de l'article L. 442-1, II, une partie peut valablement rompre une relation commerciale établie, sans observer de préavis, lorsque l'autre partie n'exécute pas ses obligations. Ayant été privée de préavis, la partie, à qui il est reproché de n'avoir pas exécuté ses obligations, introduit l'action en justice⁵⁷⁵. Elle est en demande, tout comme le sont les victimes d'avantages sans contrepartie ou de déséquilibre significatif. Sur ce point, le texte est harmonisé. Pourrait-il l'être au point d'insérer « *l'autre partie* » au sein de l'article L. 442-

⁵⁷⁵ Le litige portera alors sur le point de savoir si l'inexécution présente un degré de gravité suffisant, not. Cass. Com., 25 sept. 2007, n°06-15.517, J.-D. n°2007-040542 : « *il ne peut être fait obstacle aux dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6 I 5 du code de commerce par des clauses permettant une rupture sans préavis dès lors que l'inexécution du contrat n'a pas un degré de gravité suffisant* », Cass. Com., 27 mars 2019, n°17-16.548, J.-D. n°2019-004691 : « *qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a souverainement estimé que ce manquement de [la demanderesse] à ses obligations essentielles était établi et qu'il était suffisamment grave pour justifier la rupture de la relation commerciale sans préavis, a légalement justifié sa décision sans méconnaître les dispositions de l'article L. 442-6, I 5° du code de commerce* », et *infra*.

1, II⁵⁷⁶ ? Il faudrait qu'elle corresponde indistinctement à toutes les parties demanderesses. Or, il faut se souvenir que « *l'autre partie* » a remplacé « *le partenaire commercial* », un terme polysémique qui n'a pas le même sens selon qu'il a trait au déséquilibre significatif, ou à la rupture brutale. Pour autant, elle « *continuera de désigner la partie au contrat* », tout en ajoutant qu'il pourra aussi s'agir « *de la partie avec laquelle l'auteur de la pratique litigieuse a initié des négociations sans pour autant parvenir à la conclusion d'un accord*⁵⁷⁷ ». L'avantage sans contrepartie et le déséquilibre significatif peuvent effectivement être appréciés dès « *la négociation commerciale* » depuis 2019 et, toujours, dans le cadre « *de la conclusion et de l'exécution du contrat* ».

Relativement aux négociations, « *l'autre partie* » est aussi présente dans l'alinéa 4 de l'article 1112-1 du Code civil. Il dispose qu'« *il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie* ». En d'autres termes, « *la preuve de l'existence du devoir d'information incombe à la partie qui l'invoque à charge pour la partie mise en cause de prouver qu'elle l'a fournie*⁵⁷⁸ ». En ce cas, « *l'autre partie* » ne désigne plus le demandeur mais le défendeur. L'utilisation courante de l'expression, dans diverses dispositions, ne doit pas conduire à déduire qu'elle désigne systématiquement la partie en demande.

Le « *partenaire commercial* » n'a jamais été visé en tant que tel dans les dispositions de la rupture brutale, ce qui n'empêche pas la jurisprudence de l'utiliser. Les juges empruntent aussi aux caractères de la relation commerciale établie pour apprécier un partenariat commercial. Une certaine confusion s'infère de cet entremêlement, difficile à dissiper dans l'état du droit positif et à l'aune d'un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation.

2. La notion fuyante de partenaire commercial

173. Les partenaires. Il peut être relevé plusieurs occurrences du terme « *partenaire* » dans l'ancien article L. 442-6 du code de commerce : chaque fois associé à différentes épithètes. Par exemple, dans sa version en vigueur du 03 août 2005 au 05 janvier 2008⁵⁷⁹, il est fait tour à tour

⁵⁷⁶ « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie avec l'autre partie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels* ».

⁵⁷⁷ E. MAZET, G. SERRANO, O. LEROY, Un an de contentieux de la concurrence, Procédures n°07, juill. 2020, chron. 4.

⁵⁷⁸ Mémento baux commerciaux 2021-2022, EFL, n°18080.

⁵⁷⁹ Version issue de la loi n°2005-882 du 02 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, JORF n°0179 du 03 août 2005, texte n°2, art. 49.

référence : au « *partenaire économique* » (L. 442-6, I-1°), au « *partenaire commercial* » (L. 442-6, I-2° a)) ou bien, seulement, au « *partenaire* » (L. 442-6, I-2° b) et L. 442-6, I-7°). L'identité des victimes demeure trouble. Le dépassement de la commercialité pouvait laisser augurer la volonté du législateur d'unifier la rédaction en référence au « *partenaire économique* ». Mais la loi de modernisation de l'économie⁵⁸⁰ consacre le « *partenaire commercial* ». A défaut d'avoir été introduit au cinquièmement, la jurisprudence fait expressément référence au « *partenaire* », qu'il s'agisse de l'auteur ou de la victime⁵⁸¹.

174. Auteur et victime : des partenaires commerciaux. En 2021, les juges de la Cour d'appel de Paris affirment que le préavis doit permettre à la victime « *de pouvoir trouver des solutions de rechange et de retrouver un partenaire commercial équivalent*⁵⁸² ». Dans son rapport pour 2008, la Cour de cassation indiquait que « *la doctrine et la jurisprudence limitent le domaine d'application de l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce aux cas où la relation commerciale entre les parties 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'affaire avec son partenaire commercial*⁵⁸³ ». L'épithète « établi » est explicitée au moyen de trois autres. La conjonction de coordination indique qu'elle doit être, de surcroît, vérifiée par les allégations de la victime, qui font valoir sa « *croissance légitime*⁵⁸⁴ » en la continuité de la relation avec son partenaire commercial⁵⁸⁵. Abstraction faite du caractère « établi » qui doit faire l'objet d'un examen dédié et approfondi, la victime est partie à une relation commerciale avec son partenaire commercial. La relation commerciale devrait donc être de part et d'autre nouée entre partenaires commerciaux. Par symétrie, si l'un l'est, l'autre devrait l'être aussi. Avant de le vérifier en confrontant qui sont leurs auteurs et qui sont les victimes de la rupture brutale, identifiés par la jurisprudence, examinons brièvement la suppression de toute référence au partenaire en 2019, avant qu'elle ne soit réintroduite en 2020 par les juges.

⁵⁸⁰ L. n°2008-776 de modernisation de l'économie du 04 août 2008, JORF n°0181 du 05 août 2008, p. 12471, texte n°1, art. 93.

⁵⁸¹ CA Versailles, 12^{ème} ch., sect. 2, n°03/04512, Casa Milano Internacional c/ Stés Loris Azzaro Parfums et Cosmeurop : « *cette loi française [l'article L. 442-6-5° invoqué par la demanderesse panaméenne] s'impose à une société française [l'auteur] que son partenaire [la victime] soit lui-même français ou étranger* ».

⁵⁸² CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 19 mai 2021, n°17/22069, J.-D. n°Ø, et dans le même arrêt « *le délai de préavis suffisant, qui s'apprécie au moment de la notification de la rupture, doit s'entendre du temps nécessaire à l'entreprise délaissée pour se réorganiser, c'est-à-dire pour préparer le redéploiement de son activité, trouver un autre partenaire ou une solution de remplacement* ».

⁵⁸³ Cass., rapp. annuel pour 2008, consulté depuis l'URL : https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Cassation_2008.pdf, le jeu. 29 juill. 2021, à propos de Cass. com., 16 déc. 2008, n°07-15.589, pp. 306-307.

⁵⁸⁴ Cass. Com., 27 mars 2019, 17-18.047, J.-D. n°Ø,

⁵⁸⁵ Préc., CA Montpellier, 2^{ème} ch., A, 11 août 1999, n°98/0003685, J.-D. n°1999-127668 : « *[...] la référence aux dispositions de l'article 36-5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 modifiée par la loi du 1 juillet 1996, permet à la juridiction saisie d'apprécier les conditions de la rupture de « toute relation commerciale établie » qu'elle soit pré-contractuelle, contractuelle et même post-contractuelle, dès lors que le législateur a entendu condamner toutes ruptures préjudiciables de relations commerciales lorsque l'une des parties agit de mauvaise foi c'est-à-dire sans raison légitime, unilatéralement et brutalement alors qu'elle a laissé se créer chez son partenaire une confiance dans la conclusion ou le renouvellement d'un contrat* ».

175. La suppression sémantique du « partenaire commercial ». En 2019, toute référence au « partenaire » a été retirée de l'article L. 442-1. La jurisprudence livrait une conception stricte⁵⁸⁶ quant au titulaire des actions fondées sur les anciens articles L. 442-6, I-1° et 2°⁵⁸⁷. D'après la CEPC, cette notion « implique un examen concret de la relation et de l'objet, qui doivent s'inscrire dans la durée et être destiné à développer l'activité des parties⁵⁸⁸ ». Cette définition a été ultérieurement complétée⁵⁸⁹. Les juges empruntent les caractères de la relation commerciale établie⁵⁹⁰ pour vérifier la condition de durée et recherchent ensuite « l'objectif commun⁵⁹¹ ». Le partenariat commercial est donc une condition préalable⁵⁹² à l'application desdits articles. En tant que telle, cela rend la démonstration plus difficile pour la victime. Le rapport fait au Président de la République, relatif à l'ordonnance EGalim, fait état de cette exclusion⁵⁹³, et y trouve la justification de la suppression du « partenaire commercial ».

176. Une notion maintenue et élargie. En 2020, en jurisprudence, non seulement la notion est maintenue, mais elle est élargie. Le partenaire commercial s'entend de « la partie avec laquelle l'autre partie s'engage, ou s'apprête à s'engager dans une relation commerciale⁵⁹⁴ ». La référence

⁵⁸⁶ S. CHAUDOUET, Le déséquilibre significatif, th., 961, pp. 743-745.

⁵⁸⁷ M. CHAGNY, Vers une conception (plus) stricte du « partenaire commercial » bénéficiaire des articles L. 442-6-I-1° et 2° du code de commerce, RTD Com. n°03 du 07 nov. 2018, p. 635, à propos de Cass. Com., 31 janv. 2018, n°16-24.063, J.-D. n°Ø et CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 27 sept. 2017, n°16/00671, J.-D. n°2017-029835.

⁵⁸⁸ CEPC, avis n°15-1 relatif à une demande d'avis sur un contrat portant sur la création de site internet au regard de sa conformité avec l'article L. 442-6-I, 1° et 2° du code de commerce.

⁵⁸⁹ CEPC, avis 18-9 relatif à une demande d'avis d'un professionnel portant sur la légalité d'une pratique mise en œuvre dans le cadre de l'achat de produits MDD, reprenant la définition prétorienne de la Cour d'appel de Paris (CA Paris, Pôle 05, ch. 4, 27 sept. 2017, n°16/99671, J.-D. n°2017-028935) : « Un partenaire se définit comme le professionnel avec lequel une entreprise commerciale entretient des relations commerciales pour conduire une activité quelconque, ce qui suppose une volonté commune et réciproque d'effectuer de concert des actes ensemble dans des activités de production, de distribution ou de services, par opposition à la notion plus large d'agent économique ou plus étroite de cocontractant ». Cette définition est identiquement reprise par la CEPC dans ses avis : n°18-8 relatif à une demande d'avis d'un syndicat professionnel sur les modalités des appels d'offres dans le secteur de la restauration collective et n°18-7 relatif à une demande d'avis d'un professionnel sur les pratiques commerciales d'un fournisseur de logiciels.

⁵⁹⁰ M. CHAGNY, *ibid* : « Dans les deux cas [arrêts précités], il est fait référence à une relation, présentant, de surcroît, certains caractères, « suivie » ou encore « stable et établie ». Ainsi, la cour d'appel emprunte non seulement le terme même de relation, mais elle reprend aussi, outre l'adjectif « établi » lui-même, d'autres (« suivi », « stable ») utilisés en jurisprudence pour conclure au caractère établi d'une relation au sens de l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce. Le vocabulaire utilisé révèle sans le moindre doute une inspiration dans ce texte et une tendance à concevoir le partenaire comme celui qui est en relation établie ».

⁵⁹¹ M. MALAURIE-VIGNAL, Notion de partenaire commercial, CCC n°06, juin 2016, comm. 141, à propos de CA Aix-en-Provence, 11^{ème} ch. B, 10 mars 2016, n°2016/140, J.-D. n°2016-008150.

⁵⁹² N. MATHEY, Précision sur la notion de partenaire commercial, CCC n°05, mai 2019, 86.

⁵⁹³ Rapport au Président de la République relatif à l'ord. n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, *ibid* : « Le 1° du I de l'actuel article L. 442-6 et le 2° du I de l'actuel article L. 442-6 exigent que l'auteur de la pratique obtienne un avantage sans contrepartie de son « partenaire commercial » ou impose un déséquilibre significatif à ce même partenaire. Or, la jurisprudence définit limitativement cette notion de « partenaire commercial » en exigeant notamment que le partenariat formalise la volonté des parties de construire une relation suivie, excluant par la même toute relation commerciale qui n'aurait pas vocation à être reconduite dans la durée. Pour pallier cette exclusion, le nouvel article L. 442-1 du code de commerce remplace cette notion de « partenaire commercial » par celle de « l'autre partie » au contrat, qui est une notion plus adaptée en ce qu'elle permet d'inclure toutes les situations où la pratique illicite est imposée à un cocontractant dans le cadre de son activité de distribution, de production ou de service ». M. BEHAR-TOUCHAIS, Le partenaire commercial est mort, vive le partenaire commercial, JCP E n°21-22, 21 mai 2020, pp. 36-40, spéc. 3, p. 37, « La DGCCRF, rédactrice de l'ordonnance du 24 avril 2019, n'a pas caché qu'elle avait voulu éradiquer cette jurisprudence ».

⁵⁹⁴ Cass. Com., 15 janv. 2020, n°18-10.512, J.-D. n°2020-000405.

aux *parties* recoupe le vocabulaire de l'ordonnance. S'agissant de la « *relation commerciale* », elle figure à l'article L. 442-1, II, complétée de l'épithète « *établie* », mais n'est visée ni au L. 442-1, I-1°, ni au L. 442-1, I-2°. C'est la jurisprudence qui l'y fait entrer⁵⁹⁵, sans que l'on ne sache avec certitude ce qu'elle recouvre. La « *relation commerciale* » ne correspond probablement pas à la « *relation commerciale établie* » du fait que la première doit s'envisager « *dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat* ». Si le doute s'infère de la vérification du caractère établi au stade de la négociation, il est dissipé en jurisprudence : les juges conçoivent des relations commerciales établies au stade précontractuel⁵⁹⁶. De la même façon, le partenaire commercial de l'article L. 442-1, I n'est peut-être pas celui du II. S'agissant de leur épithète commune, il est possible que les juges l'envisagent largement, comme en notre matière, et ce, d'autant plus que le champ d'application de l'article L. 442-1 a été élargi aux activités de production, de distribution et de services : comprenant dès lors des activités professionnelles, en plus des activités strictement commerciales⁵⁹⁷. L'identification prétorienne des victimes dans le cadre de rupture brutale nous indique qu'elles exercent les unes et les autres.

B. L'identité des auteurs et des victimes

177. Établissement des rapports d'identité. Dans le silence des dispositions et des incertitudes entourant la notion fuyante de partenaire commercial, les recherches sont recentrées sur ce qu'il y a de plus concret : les solutions des juges. Elles permettent d'identifier de façon certaine les victimes. L'ensemble épars a été organisé de façon à faire apparaître les qualifications identiques aux auteurs et aux victimes. La liste des auteurs peut être reprise pour y faire figurer les victimes. De leur confrontation (1), s'infère alors un autre rapport d'identité : les parties sont des entreprises, liées par une relation économique (2).

1. De la confrontation des victimes aux auteurs : des qualités communes

178. Les producteurs. Réticents à attirer ceux constituant leur principal canal de distribution⁵⁹⁸, c'est de façon sporadique qu'on recense des jurisprudences où des producteurs s'enhardissent à agir. La mise en œuvre de la rupture brutale par le ministre de l'Économie ou le

⁵⁹⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, *ibid.*, spéc. 6, p. 38.

⁵⁹⁶ CA Montpellier, 2^{ème} ch., A, 11 août 1999, n°98/0003685, *ibid.*

⁵⁹⁷ M. BEHAR-TOUCHAIS, *ibid.*, spéc. 6, p. 38

⁵⁹⁸ M. CHAGNY, Contribution sur le titre IV du livre IV du code de commerce, in Pour une réforme du droit de la concurrence. Rapport du club des juristes, 2018, p. 157 : « *Le problème essentiel tient sans doute à l'abstention des victimes directes répugnant à agir en justice dans certains cas* » ; dans le même sens : AFJE, *ibid.*, p. 239 : « *Dès lors que les opérateurs n'iront que rarement poursuivre l'un de leur cocontractant dont le circuit de distribution est fondamental pour leur développement* ».

ministère public est possible⁵⁹⁹, mais ses actions concernent plus fréquemment des pratiques, poursuivies sur le fondement du déséquilibre significatif⁶⁰⁰. Il reste que certains producteurs osent s'opposer aux grands distributeurs et à leurs centrales. L'un d'eux fait fabriquer des articles de textile et d'habillement en Asie, pour les faire distribuer dans les points de vente du Groupement des Mousquetaires. La centrale d'achat ITM a été mise en cause et sanctionnée après avoir modifié unilatéralement leurs relations commerciales⁶⁰¹. La centrale de référencement du groupe Casino a aussi été poursuivie par un fournisseur, sans pour autant que ses prétentions aient pu être accueillies, en raison de l'absence de brutalité⁶⁰². De la même façon, un transformateur de viande de bœuf, partie à un contrat d'approvisionnement, avec la société Lucie, centrale de référencement du groupe Leclerc, l'a assignée, après qu'elle a résilié ledit contrat. Les juges retiennent l'exception d'inexécution compte tenu de la gravité du manquement du transformateur à ses obligations contractuelles et réglementaires⁶⁰³.

179. Les prestataires de services. Au début des années 2000, la Cour de cassation affirme explicitement que la « *relation commerciale établie* », visée à l'article L. 442-6, I-5° du Code de commerce, peut indistinctement porter sur « *la fourniture d'un produit ou d'une prestation de service*⁶⁰⁴ ». Un prestataire de services, missionné pour la conception et la réalisation de systèmes de surveillance, poursuivait le distributeur Auchan. En défense, ce dernier prétend que le dispositif « *a pour objet d'assainir les rapports tripartites existants entre les producteurs, les distributeurs et leurs clients* ». L'exclusion des relations bilatérales ne convainc pas les juges d'appel, pour qui « *les termes mêmes de la loi ne permettent pas - dans la généralité de l'expression - d'instaurer des réserves ou des exceptions selon tel type de marché ou de contrat*⁶⁰⁵ ». Ils incluent en définitive la relation du distributeur et son prestataire dans le champ d'application. La Cour de cassation rejette le pourvoi. L'expression « *à bon droit* » figure dans son attendu de principe, révélatrice d'un

⁵⁹⁹ C. Com., art. L. 442-4, I, al. 3

⁶⁰⁰ Not.

⁶⁰¹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 3 sept. 2020, n°17/18674, J.D. n°Ø : « *ITM versera [au producteur] au titre de la rupture brutale des relations commerciales la somme de 29.378 euros* ».

⁶⁰² CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 29 oct. 2014, n°12/11269, J.-D. n°2014-026029 : « *la baisse significative et continue du volume d'affaires entre les parties durant 6 années rendait la rupture prévisible ; que la diminution des commandes passées par CASINO, qui a été progressive et négociée au début de chaque année, ne présente aucun caractère de soudaineté ; que la diminution et la cessation des relations commerciales, qui se justifient par le manque de compétitivité en terme de prix de la société BARVIC sur un marché de plus en plus concurrentiel et par ses défaillances contractuelles récurrentes, ne peuvent être qualifiées de fautive ; qu'il n'est d'ailleurs pas établi que la cessation définitive des relations commerciales après l'assignation en 2008 soit imputable à CASINO* ».

⁶⁰³ Cass. Com., 08 nov. 2017, n°16-15.296, J.-D. n°2017-022312 : « *il résulte des dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce que la gravité du comportement d'une partie à une relation commerciale autorise l'autre partie à y mettre fin sans préavis ; qu'ayant caractérisé la gravité du manquement de la société Chiron à ses obligations contractuelles et réglementaires, la cour d'appel a pu déduire, peu important les modalités formelles de résiliation contractuelle, que la société Lucie était fondée à rompre sans préavis leur relation commerciale* ».

⁶⁰⁴ Cass. Com. 23 avr. 2003, n°01-11.664, Bull. 2003, IV n°57, p. 67, J.-D. n°2003-018820. BEHAR-TOUCHAIS (M.), La rupture d'une relation commerciale établie, Petites Affiches, 09 oct. 2008, n°203, p. 9 : « *Même s'il est vrai qu'au départ le législateur a pensé au déréférencement des fournisseurs par les grands distributeurs, les termes du texte ne comportant aucune restriction, imposaient d'en faire une application à toute fourniture de produits ou de services.* »

⁶⁰⁵ CA Douai, 15 mars 2001, RG n°1999/01301, J.D. n°2001-150707.

contrôle normatif « *lourd* »⁶⁰⁶ : cela pour signifier que la Cour d'appel ne pouvait pas statuer autrement, « *sous peine de voir son arrêt cassé pour violation de la loi*⁶⁰⁷ ». Ainsi, la Cour de cassation affirme la largesse du champ d'application de l'article L. 442-6, I-5° du Code de commerce en faisant prévaloir les activités sur le statut des victimes.

180. Les agriculteurs. Ils assignent leurs partenaires, qu'ils soient leurs fournisseurs, en amont, ou leurs premiers acheteurs, en aval. En 2010, les juges versaillais accueillent les prétentions d'une agricultrice, ayant agi contre son fournisseur d'engrais et de semences⁶⁰⁸. De la même façon, l'article L. 442-1 du Code de commerce « *semble pouvoir recevoir application au bénéfice ou à l'encontre des acteurs du monde viticole, dans le cadre de leurs relations « aval » avec les tiers et notamment les distributeurs de leurs produits*⁶⁰⁹ ». L'ordonnance du 30 juin 2021⁶¹⁰ transpose la Directive sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire⁶¹¹. Elle ajoute la prohibition de pratiques commerciales « *qui ne peuvent pas être appréhendées par les pratiques illicites générales que sont le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, l'avantage sans contrepartie et la rupture des relations commerciales*⁶¹² ». Parmi elles : l'interdiction de l'annulation de commande à trop brève échéance, insérée à l'article L. 443-5 du Code de commerce⁶¹³. Elle est plus à même de répondre promptement aux difficultés rencontrées par un agriculteur acculé par une commande de denrées périssables annulée. Dans une telle situation, il s'agit d'une commande, la relation n'est pas forcément totalement rompue, en ce cas l'article L. 442-1, II du même Code ne peut être mobilisé. Il reste que la rupture brutale se conçoit lorsqu'elle n'est seulement que partielle, à condition que des modifications substantielles et n'ayant pas été négociées, bouleversent la relation, ce qui sera difficile à établir s'agissant d'une seule commande. Par contre, si la relation entre l'agriculteur et l'un de ses premiers acheteurs vient effectivement à

⁶⁰⁶ A. PONSARD, Préface, in M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, J. BUK LAMENT, La technique de cassation, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, avr. 2019, ISBN n°978-2-247-18222-0, pp. V-VII, spéc. p. VI.

⁶⁰⁷ J.-F. WEBER, Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile, Cour de cassation, 2009, consulté depuis l'URL

https://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2009_2866/no_702_3151/communication_3153/, le lun. 03 août 2021.

⁶⁰⁸ CA Versailles, 3^{ème} Ch., 10 juin 2010, n°09/00298, J.-D. n°2010-024584 : « *cette absence de préavis de résiliation, du fait que la relation d'affaires s'inscrivait dans la durée et la continuité, ouvre droit à indemnité* ».

⁶⁰⁹ J.-L. VITOUX, Entretiens de droit viti-vinicole – Le recours aux pratiques du droit commercial et du droit économique, Droit rural n°384, juin 2010, dossier 8.

⁶¹⁰ Ord. n°2021-859 du 30 juin 2021 relative aux pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, *ibid*.

⁶¹¹ Directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil, directive européenne sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, *ibid*.

⁶¹² Chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire : transposition de la Directive « PCD », Hebdo édition aff. n°683 du 08 juill. 2021.

⁶¹³ C. Com., éd. Dalloz, art. L. 443-5, « *Les art. L. 443-5 à L. 443-7 sont applicables à compter du 1^{er} nov. 2021 aux contrats conclus après la publication (JO 1^{er} juill.) de l'Ord. no 2021-859 du 30 juin 2021. Les contrats en cours d'exécution à la date de publication de cette ordonnance sont mis en conformité avec les dispositions mentionnées ci-dessus dans un délai de douze mois à compter de cette date (Ord. préc., art. 4)* ».

être totalement ou partiellement rompue, alors l'agriculteur pourra se prévaloir des dispositions afférentes.

181. Les activités civiles d'enseignement. Une école de commerce invoque son activité civile pour être tenue hors du champ d'application lorsqu'elle est poursuivie par l'un des enseignants⁶¹⁴. Les juges d'appel réfutent l'argument car l'école est une société constituée en SAS. Commerçante par la forme⁶¹⁵, les dispositions du Code de commerce lui sont applicables. Les juges admettent une réserve : l'acte fait par un commerçant pour son usage personnel n'est pas un acte de commerce. Ainsi, sauf à démontrer pour l'école que le contrat est exécuté pour son usage personnel, l'acte civil par nature sera considéré comme un acte de commerce⁶¹⁶. La règle de l'accessoire vient au soutien du raisonnement alors que « *la nature commerciale des actes et de l'activité sont indifférents pour caractériser l'existence d'une relation commerciale*⁶¹⁷ ». Dans l'arrêt, il est reconnu que l'enseignant victime de la rupture brutale compte parmi les victimes potentielles. Mais en l'occurrence, le caractère établi fait défaut. Dans un précédent, les juges admettaient l'« *activité, sinon commerciale, du moins économique*⁶¹⁸ » à M. de Kéguelin, exploitant un centre de soutien scolaire et un centre de vacances⁶¹⁹. L'analyse linguistique indique que « *sinon* » est en relation de solidarité avec « *du moins* »⁶²⁰. L'un de ses emplois est concessif et l'énonciateur propose alors deux caractérisations possibles de ce dont il est question⁶²¹. Les termes ne sont pas à opposer mais il faut rendre de compte d'une différence de degré⁶²² entre eux. En l'occurrence, les relations économiques sont davantage inclusives que les relations commerciales. Mais cette interprétation n'est pas la seule possible : « *sinon* » en relation avec « *du moins* » peut aussi exprimer la négation⁶²³. L'énonciation : « M. de Kéguelin exerce une activité, sinon commerciale, du moins économique » se reformule comme suit « Si ce n'est une activité commerciale que M. de Kéguelin exerce, du moins elle est économique ». Pour nous, cette interprétation doit être rejetée car elle ne fait pas sens. Strictement commerciale, une activité sera économique.

⁶¹⁴ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 30 janv. 2020, n°17/18451, J.-D. n°0.

⁶¹⁵ C. Com., art. L. 210-1, al. 2 : « *Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions* ».

⁶¹⁶ R. MERCADAL, *Mémento Droit commercial 2021*, EFL, n°185.

⁶¹⁷ N. MATHEY, *Relation commerciale et profession de santé*, CCC n°6, juin 2021, 98.

⁶¹⁸ CA Paris, 25^e Ch., Sect. A, 29 fév. 2008, n°06/03934, J.-D. n°2008-357630. BRDA 10/08, paru le 15 mai 2008, n°26.

⁶¹⁹ Cons. Conc., 18 mai 2000, décision n°2000-MC-06 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par M. et Mme Kéguelin.

⁶²⁰ M. NDIAYE, *Les deux statuts de « sinon »*, *L'information grammaticale* n°80, janv. 1999, pp. 8-12, spéc. p. 10.

⁶²¹ G. DE MONTJOU, *Étude des traductions majoritaires de sinon en anglais*, in *La Négation : Formes, figures, conceptualisation* [en ligne]. Tours : Presses universitaires François-Rabelais, 2006 (généré le 02 août 2021). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/pufr/4866>>. ISBN : 9782869064799. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.pufr.4866>, spéc. 9 et 10.

⁶²² G. DE MONTJOU, *ibid.*

⁶²³ F. MIGNO et I. CHOI-JONIN, *Les emplois de sinon et le processus d'interprétation*, *Travaux de linguistique*, 2011/2 (n°63), p. 59-84. DOI : 10.3917/tl.063.0059. URL : <https://www.cairn.info/revue-travaux-de-linguistique-2011-2-page-59.htm>.

182. Les associations. En 2007, la Cour de cassation affirme, sans détour, que « *l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce [...] peut être mis en œuvre quel que soit le statut juridique de la victime du comportement incriminé*⁶²⁴ ». Les juges marquent l'indétermination de l'identité de la victime conformément au mutisme du dispositif. Ils n'ont pas à caractériser l'accomplissement d'actes de commerce par l'association à titre habituel. L'interdiction de la paracommercialité⁶²⁵ figure parmi les autres pratiques prohibées des pratiques commerciales déloyales entre entreprises. Elle s'applique aux associations, coopératives d'entreprises ou administrations qui se livreraient à une activité commerciale, sans supporter les charges correspondantes⁶²⁶. Les prix des biens ou des services qu'elles proposeraient, seraient inférieurs à ceux pratiqués par des entreprises, car ces dernières doivent y répercuter les charges supportées⁶²⁷. L'interdiction fait en sorte que la concurrence ne soit pas faussée. Toutefois, elle est loin d'être absolue : les entités visées ont la possibilité de prévoir des activités commerciales dans leurs statuts. En somme, il leur est interdit de les exercer sans les avoir expressément mentionnées. La portée de l'interdiction est moindre⁶²⁸ ⁶²⁹ et, par corrélation, sa sanction l'est aussi : une peine d'amende pour les contraventions de la cinquième classe⁶³⁰, soit 1500€⁶³¹. En relativisant la portée de l'interdiction, on se rend compte que les associations ne sont pas empêchées dans l'exercice d'activités commerciales. Dès lors, elles sont non seulement en concurrence avec les entreprises mais entretiennent des flux d'affaires avec elles. Dans cette configuration, la protection des dispositions de la rupture brutale ne peut leur être déniée⁶³².

183. Une non-exhaustivité. Leur statut étant indifférent, bien d'autres victimes ont été reconnues en tant que telles pour se prévaloir des dispositions de la rupture brutale. De façon non-exhaustive, en plus de toutes celles déjà visées, s'y trouvent aussi : un architecte⁶³³, un

⁶²⁴ Cass. Com. 06 fév. 2007 n°03-20.463, Bull. Civ., IV, n°20, J.-D. n°2007-037248.

⁶²⁵ C. Com., art. L. 442-10 : « *Aucune association ou coopérative d'entreprise ou d'administration ne peut, de façon habituelle, offrir des produits à la vente, les vendre ou fournir des services si ces activités ne sont pas prévues par ses statuts* ».

⁶²⁶ B. BAKANG, De la paracommercialité, LPA n°118 du 14 juin 2001, p. 4.

⁶²⁷ *Ibid.*

⁶²⁸ J. MESTRE, B. FAGES, De l'impossibilité pour une association de se prévaloir de la rupture brutale d'une relation « commerciale » établie, RTD Civ. n°01 du 15 mars 2004, p. 90, à propos de CA Paris, 4ème ch. sect. A, 17 sept. 2003, n°2002/06984, J.-D. n°2003-224158.

⁶²⁹ A.-L. ARCHAMBAULT, Rupture brutale d'une relation commerciale au sens de l'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce : indifférence du statut de la victime, JCP G n°24, 13 juin 2007, II 10109, qui voit dans l'interdiction de la paracommercialité une « *condition implicite tenant à la licéité de l'activité exercée par la victime* ».

⁶³⁰ C. Com., art. R. 442-4, prévoyant la sanction au premier alinéa, la récidive au second, tel que modifié par le D. n°2021-211 du 24 fév. 2021 modifiant le code de commerce et portant mise en cohérence de dispositions réglementaires, JORF n°0049 du 26 fév. 2021, texte n°13, art. 4, 2°.

⁶³¹ C. Pén., art. 131-13, 5°.

⁶³² N. MATHEY, Rupture brutale et association, CCC n°3, mars 2016, comm. 67, à propos de Cass. Com., 05 janv. 2016, n°14-15.555, J.-D. n°2016-000037, arrêt dans lequel les juges reconnaissent qu'une association peut être à l'origine d'une rupture brutale à condition d'exercer une activité de producteur, de commerçant, d'industriel ou de prestation de services et à propos duquel l'auteur note qu'« *il faut le reconnaître, la solution inverse aurait pour conséquence de créer une étrange asymétrie entre les parties. En l'espèce, si la rupture avait été imputable à la société, il n'aurait fait aucun doute que l'association aurait pu se plaindre de la rupture brutale de la relation commerciale* ».

⁶³³ Cass. Com., 16 déc. 2008, n°07-18.050, Bull. civ. IV, n°208, J.-D. n°2008-046291.

photographe⁶³⁴, un expert de sinistres⁶³⁵, une personne enregistrée en tant que « conseil pour les affaires et autres conseils de gestion⁶³⁶ ».

2. Auteurs et victimes comme entreprises, parties à une relation économique

184. Démarche. Dans nos recherches, nous avons d'abord examiné qui sont les auteurs, puis qui sont les victimes de ruptures brutales. En les comparant, il s'agit des mêmes producteurs, prestataires de services, agriculteurs, associations, entités avec des activités civiles. Tous exercent des activités économiques, dans le cadre d'une relation qui ne devrait donc plus être commerciale mais économique. Les étapes de l'établissement du rapport d'identité entre victimes et auteurs comme entreprises est synthétisé ci-après. Le changement d'épithète, en faveur d'« économique », est justifié par référence au mouvement d'expansion de la commercialité. Observé bien antérieurement à l'article L. 442-1, II du Code de commerce, ce texte a contribué à le mettre en évidence.

185. La réunion indispensable des champs d'application personnel et matériel. La détermination des auteurs par le législateur et l'identification non-exhaustive des victimes par la jurisprudence amènent à considérer qu'il est impossible de traiter distinctement les champs personnel et matériel de la rupture brutale. Ils comprennent, respectivement et littéralement, le commerçant et la relation commerciale. Mettons momentanément de côté ce qu'ils ont en commun. Par définition, la relation est un rapport qui unit⁶³⁷. Intrinsèquement, il faut envisager son dualisme : le fait qu'elle intègre nécessairement deux parties. Son utilisation sémantique n'est pas remise en cause, elle est tout à fait appropriée. Mais elle requiert l'identification des deux parties qu'elle lie.

⁶³⁴ TGI Paris, 14 janv. 2016, n°12/09966, J.-D. n°Ø : « Cette disposition [art. L. 442-6 I 5° C. Com.] s'attachant à l'existence d'une relation commerciale, qui n'est pas contestée, et à la qualité de l'auteur de la rupture et non à celle de celui qui la subit, [le photographe], peu important qu'il soit ou non commerçant, est recevable à agir sur son fondement ». L. VOGEL et J. VOGEL, Ce qui ne va toujours pas en matière de rupture de relations commerciales établies après la réforme, BRDA 4/20, chron.

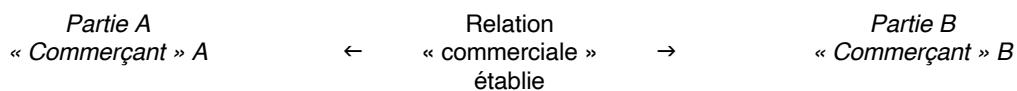
⁶³⁵ CA Paris, Pôle 05, Ch. 10, 09 janv. 2017, n°15/17533, J.-D. n°Ø : « L'article L. 442-6 I 5° du code de commerce précise que l'auteur de la rupture doit être producteur, commerçant, industriel ou immatriculé au registre des métiers, il est silencieux s'agissant du statut juridique de la victime du comportement incriminé de sorte que les relations d'un expert avec une compagnie d'assurance dont l'activité est exercée à titre lucratif et portant sur une prestation de service à savoir l'évaluation par l'expert de sinistres, entre bien dans le champ d'application de cet article ».

⁶³⁶ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 10 janv. 2018, n°15/17379, J.-D. n°2018-005198. Pour la résolution d'un litige, la société Vinci Énergies s'en remet à un avocat et un « conseil pour les affaires et autres conseils de gestion ». Ce dernier traite directement avec les interlocuteurs de la marque sur laquelle porte le contrat de coopération litigieux et fait rapport de son travail à la société Vinci Énergies. Le conseil facture ses honoraires à l'avocat, qui les ajoute aux siens pour une facturation finale à la société. Lorsqu'elle met fin à sa relation avec l'avocat, pour confier la suite de la gestion du litige à un autre, elle ne traite plus du tout avec le conseil. De là, celui-ci l'assigne en vue d'obtenir le paiement de la facture de ses prestations ainsi qu'un dédommagement à raison de la rupture brutale subie. Ses prétentions sont accueillies. Sur le fondement qui nous intéresse, les juges ont retenu que la relation entre le conseil et la société a été effective et rejeter le prétendu exercice illégal de la profession d'avocat par le conseil en raison des tâches bien distinctes confiés à l'un et l'autre.

⁶³⁷ V. Dict. de l'Académie française [site internet], V° Relation, sens 2. G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, PUF, 13ème éd., déc. 2019, ISBN n°978-2-13-081741-3, V° Relation(s), sens 1.

Le mutisme du texte quant à la victime fait défaut, c'est là une insuffisance à laquelle il doit être remédié pour avoir un dispositif complet.

186. L'expansion de la commercialité. Il est fréquemment affirmé que la jurisprudence a livré une interprétation extensive de l'épithète « *commercial* »⁶³⁸. L'observation faite à l'aune du seul texte est partielle, compte tenu de sa récence. Le phénomène est plus ancien, et n'est donc pas propre aux dispositions examinées. Pour l'appréhender, remontons brièvement à la codification. Elle implique de figer⁶³⁹ le droit, or le commerce ne peut l'être⁶⁴⁰. Le procédé est antagoniste : son caractère statique s'oppose au caractère dynamique de ce qu'il y a à codifier. Il en résulte un décalage, irrésolu. La codification a engendré la décodification, consistant dans le développement de réglementations hors du Code⁶⁴¹. Mais le changement ne concerne pas seulement la transformation des modes d'élaboration du droit, il doit aussi être associé à des raisons de fond, parmi lesquelles : l'expansion de la commercialité⁶⁴². En 1990, Oppetit procède à l'énumération de ceux ayant progressivement pénétré son champ d'application : « *les artisans, les agriculteurs, les membres des professions libérales et même les collectivités publiques...* ». On reconnaît, dans cette liste, des auteurs et des victimes. La rupture brutale révèle l'évolution et elle s'y est inscrit. Dès lors, la relation commerciale doit s'envisager largement : entre deux parties, qui ne sont plus seulement des commerçants, mais exercent des activités économiques.



187. La renaissance des activités économiques. La codification a privilégié l'approche subjective : « *le code de commerce est devenu celui des commerçants* », reléguant « *l'approche plus réaliste par l'activité*⁶⁴³ ». Elle reflète la rupture consommée avec l'Ancien Régime, avec, entre

⁶³⁸ Not. J.-C. RODA, Droit de la concurrence, 1^{ère} éd. Dalloz, Coll. Mémentos, 2019, ISBN n°978-2-247-16735-7, spéc. p. 218 : « [...] le texte avait fait l'objet d'un très net élargissement de son champ d'application par la jurisprudence ». M. PICHON de BURY, K. HAERI, Extension de l'application de la notion de rupture brutale des relations commerciales établies, CCC n°5, mai 2010, ét. 6 : « La notion de « relation commerciale établie » reçoit une application extensive en jurisprudence, les juges reconnaissant aisément dans les relations dont ils ont à connaître les caractères de commercialité et de durée prévus par les textes. Ainsi, il ressort de la jurisprudence que l'article L. 442-6, I, 5° s'applique à un nombre croissant de relations, quelque soit le statut juridique de la victime et ce, même lorsque ces relations n'ont pas a priori une nature « commerciale ».

⁶³⁹ J. MONÉGER, De l'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au code de commerce français de septembre 2000 : réflexion sur l'aptitude du droit économique et commercial à la codification, RIDE 2004/2 t-XVIII, 2, pp. 171-196, spéc. p. 177.

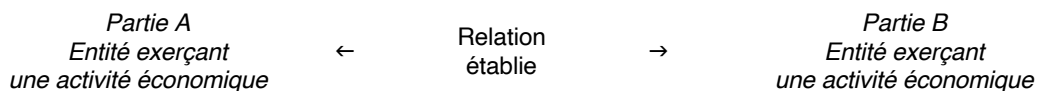
⁶⁴⁰ *Ibid.*, spéc. p. 173 : « C'est plus sérieusement la question de l'utilité et de la méthode de la codification d'un droit prétendant régir l'activité économique et commerciale qui l'explique. En effet, par définition, codifier rigidifie et cela paraît antonymique de la vie économique, faite de mouvements incessants » ; p. 177 : « La codification et le commerce semblent former un couple bien difficile à unir pour longtemps. L'une fige le droit. L'autre est mouvement permanent » ; p. 178 : « Le droit du commerce ne supporte la codification que si elle reste ouverte à toutes les évolutions. La rigidité du droit semble incompatible avec le mouvement économique ». L'auteur assène de façon éclatante l'antagonisme, qui existe dès l'origine dans la codification du droit du commerce.

⁶⁴¹ B. OPPETIT, L'expérience française de codification en matière commerciale, D. n°01 du 04 janv. 1990, p. 1,

⁶⁴² B. OPPETIT, *ibid.*

⁶⁴³ J. MONÉGER, *ibid.*, spéc. p. 180.

autres, l'abolition des corporations⁶⁴⁴. L'accent est mis sur la personne du commerçant, non dans une visée incitative mais plutôt coercitive⁶⁴⁵. En s'attachant à la personne du commerçant et aux actes qu'il réalise, le Code délaisse des pans entiers de l'économie, à l'instar du crédit, de la vente, des groupements et de la concurrence⁶⁴⁶. S'ils n'en font pas partie, cela ne signifie pas pour autant qu'ils ne font l'objet d'aucune attention : des lois spéciales leur sont dédiées, accompagnant leur essor. La décodification n'est pas l'absence de réglementations. Le droit commercial n'a jamais connu que l'entrepreneur⁶⁴⁷. Il prend divers statuts : producteur, commerçant, industriel, artisan. En dépit d'avoir été coiffée de l'épithète, l'entreprise est ignorée du droit commercial⁶⁴⁸. C'est le droit de la concurrence qui en fait son sujet. Il n'en fournit aucune définition, c'est l'activité économique qui la caractérise, sans que celle-ci ne soit non plus définie. « *Dans l'immense majorité des hypothèses, l'identification de l'activité économique ne pose pas de difficulté*⁶⁴⁹ ». L'article L. 410-1 du Code de commerce reconnaît « *les activités de production, de distribution et de services* ». Les juges s'y sont référés pour faire application des dispositions de la rupture brutale à des entités, qui sans être des commerçants, les exerçaient. Les auteurs ont été ainsi poursuivis et les victimes protégées. La prévalence des activités sur les statuts permettrait ainsi de sauvegarder des conditions de concurrence non faussée.



188. Une relation entre entreprises. L'énumération des activités a perduré telle quelle jusqu'à l'introduction de l'*entreprise*. La définition retenue n'emporte pas notre complet assentiment. Sous réserve de correctifs ultérieurs, établis sur ceux suggérés précédemment, elle permet de transcender l'opposition traditionnelle entre les activités commerciales et les activités civiles. En retenant que des entreprises sont placées de part et d'autre d'une relation établie, les exclusions du domaine d'application peinent alors à être justifiées.



⁶⁴⁴ M. BERTOZZO, Le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 ou la matérialisation des idées libérales de la Révolution française, Revue générale du droit *on line*, 2015, n°19932.

⁶⁴⁵ J. MONÉGER, *ibid.*, spéc. p. 180 : « *la plus grande partie du code fut donc consacrée à la faillite et à la banqueroute* ».

⁶⁴⁶ *Ibid.*, spéc. p. 180, précisant qu'un seul article concerne la vente.

⁶⁴⁷ R. CONTIN, Droit commercial, 1. Les entreprises commerciales, Paris, 1978, Introduction, consulté depuis Gallica.

⁶⁴⁸ *Ibid.*

⁶⁴⁹ L. IDOT, La notion d'entreprise, Revue des sociétés n°02 du 13 juill. 2001, p. 191, spéc. 13.

SECTION 2 : DES EXCLUSIONS INJUSTIFIEES

189. D'inclusions en exclusions. Au sein du champ d'application de la rupture brutale, auteur et victime partagent une même identité : celle de l'entreprise. Pour privilégier une conception unitaire dans l'application de la notion, sa définition positive doit s'accompagner de sa définition négative. Les exclusions devraient alors se composer des entités n'exerçant aucune activité économique : celles ayant une activité à caractère exclusivement social et celles avec des activités régaliennes ou de souveraineté⁶⁵⁰. Ce n'est pourtant pas celles-ci que l'on trouve au titre des exclusions en la matière.

190. Des enclaves injustifiées. Le déferlement dans l'application des dispositions est attribué à l'appréciation extensive prétorienne de la commercialité. Elle rompt avec une dichotomie désuète pour embrasser une conception élargie. L'économique supplante le commercial. Qui pour résister à cette impétuosité ? Les juges réservent quelques enclaves où déontologie et spécialité font rempart. Mais ni dans l'un, ni dans l'autre, on trouve de quoi justifier l'exclusion eu égard aux critères susvisés.

D'abord, une opposition resurgit : entre l'activité libérale et l'activité économique, entre les professions libérales et les autres ; non qu'elle ait été un temps menacée, au contraire elle traverse les âges et résiste. « *Cette opposition sera peut-être la victime désignée par le XXI^e siècle. Pour l'instant, ni les coups qui lui ont été portés, ni la dissolution du droit commercial dans un ensemble plus vaste – le droit des affaires, ni l'irrésistible marchandisation du travail intellectuel n'ont suffi à la faire passer de vie à trépas*⁶⁵¹ ». Les professions libérales tiennent à distance le commerce par l'interdiction qui leur est faite de s'y livrer. Les règles d'incompatibilités font survivre l'opposition quand les prestations intellectuelles ressortent d'activités économiques. En en faisant application, les juges entérinent l'auto-régulation de la profession et s'amputent, *de facto* et pour partie, de leur pouvoir souverain d'appréciation ; le même qui les avait menés à l'inclusion par observation d'activités économiques.

Ensuite, par dérogation : des dispositions plus spéciales que les dispositions spéciales de la rupture brutale trouvent à s'appliquer. Les juges les ont ainsi écartées pour le droit coopératif. Cela s'expliquerait d'emblée par l'intervention de l'adage *specilia generalibus derogant*. Il faudrait dès lors considérer des champs d'application communs. Effectivement, sans pluralité de textes applicables, qui lient les intéressés, l'adage n'a pas vocation à intervenir. Les relations

⁶⁵⁰ J.-C. RODA, Droit de la concurrence, *ibid.*, pp. 42-43.

⁶⁵¹ C. NOBLOT, L'opposition des activités intellectuelles et matérielles en droit privé, JCP G n°3, 18. janv 2010, spéc. 8.

infrastructurelles entre coopérative et adhérents relèveraient donc du champ d'application de la rupture brutale. Ce pourrait être confirmé par l'exercice d'activités économiques, les services rendus en son sein pouvant être caractérisés comme telles.

Quand elles ne ressortent pas de la définition négative de l'entreprise, les exclusions ne convainquent pas. Le rempart de la déontologie semble ainsi artificiel (§1) et celui de la spécialité, illusoire (§2).

§1. Le rempart artificiel de la déontologie

191. Des similitudes évidentes. L'opposition entre les activités intellectuelles et matérielles est multiséculaire⁶⁵². Si elle est discutée, elle persiste : ancrée dans les esprits et dans l'organisation sociale. D'une façon générale, remettre en cause une opposition c'est observer ce qui peut être rapproché dans ses éléments. Mais dès lors « *pourquoi n'admet-on pas sans sourciller que le travail intellectuel tombe dans la commercialité alors que des similitudes quant aux modes de fonctionnement de ces activités économiques sont souvent évidentes* ?⁶⁵³ »

192. « L'évidence est ce qui ressort comme manifestement vrai »⁶⁵⁴. Existe-t-il des similitudes dans l'exercice des activités du professionnel libéral et du commerçant ? Chacun d'eux en tire sa subsistance, en dépit d'opposer « *honoraires* » et « *bénéfices* ». Cet élément pourrait suffire à dépasser l'opposition. Mais l'exercice libéral neutralise l'intention de réaliser une marge, qu'il concerne indifféremment le soin, les chiffres ou le droit. L'incompatibilité est présente dans chacun des codes de déontologie afférents. Édiktés par les professions elles-mêmes pour contenir « *une morale collective*⁶⁵⁵ », ils se composent règles professionnelles. Certaines s'appliquent entre professionnels et participe au « *contrôle de l'appartenance*⁶⁵⁶ », les autres : dans les rapports établis avec ceux y recourant. Il n'est donc pas question des relations nouées entre les professionnels et ceux qui leur permettent indirectement d'exercer. Pourtant, il semble que l'interdiction de pratiquer leur art comme un commerce s'applique aussi au dernier cas. Une telle extension pose problème dans le fait de ne plus se conformer au droit⁶⁵⁷.

⁶⁵² *Ibid.*, spéc. 3.

⁶⁵³ *Ibid.*, spéc. 8.

⁶⁵⁴ Vocabulaire juridique, *ibid.*, V° Évidence.

⁶⁵⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, Déontologie et discipline dans les professions libérales, Les Professions libérales (Iles Journées de l'Association H. Capitant, Nice, 1997), Paris, LGDJ, 1998, p. 103-118, spéc. 1., p. 103.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, spéc. 40., p. 115.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, spéc. 3., p. 104 : « [...] il existe une déontologie élémentaire composée de cette simple et unique obligation de conformer son comportement au droit ».

193. « *L'évidence est ce qui se fait reconnaître comme tel par tout esprit raisonnable*⁶⁵⁸ ».

Est-ce raisonnable de tenir les professionnels libéraux à la marge des dispositions de la rupture brutale ? C'est admettre qu'ils sont soustraits à l'obligation d'octroyer un préavis avec ceux avec qui ils sont en relation. Cela ne s'accorde de toute façon pas avec la relation de confiance s'instaurant entre le professionnel libéral et son patient, et son client. Pourtant c'est un sentiment qui est identiquement recherché pour parvenir à qualifier la relation d'établie. L'auto-régulation des professions libérales est mise en cause pour le défaut de protection qu'elle implique, indistinctement imputable aux professionnels du soin (A), du chiffre (B) et du droit (C).

A. Les relations économiques des professionnels du soin

194. « *l'établissement de santé privé est devenu, dans la pratique, une entreprise comme une autre*⁶⁵⁹ ». L'assertion heurte l'incompatibilité selon laquelle la médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce⁶⁶⁰. Mais l'activité de soin n'est restée étrangère ni au droit commercial, ni au droit économique⁶⁶¹. Son exercice en société à forme commerciale⁶⁶², la licéité de la cession de clientèle médicale⁶⁶³ sont des constats récents. Que dire alors de l'application de l'ordonnance de 1945 sur les prix aux honoraires des professions médicales⁶⁶⁴ ? Déjà en économie administrée, la législation économique les appréhendait. C'est donc logiquement que le droit de la concurrence les a aussi accueillis ultérieurement⁶⁶⁵. On ne s'explique pas alors que ces mêmes

⁶⁵⁸ Vocabulaire juridique, *ibid.*, V° Évidence.

⁶⁵⁹ S. PORCHY-SIMON et D. DUVAL-ARNOULD, Le médecin ou la sage-femme salariés qui agissent dans les limites de leur mission n'engagent pas leur responsabilité à l'égard des patients, JCP G n°7 du 16 fév. 2005, II, 10020, cité par A. LEANDRI, Le contrat d'exercice libéral du médecin, Bordeaux, LEH Édition, 2010, Thèses numériques de la BNDS, 38, p. 46.

⁶⁶⁰ CSP, art. R. 4127-19.

⁶⁶¹ A. LEANDRI, *ibid.*, 36, p. 44.

⁶⁶² Pour la législation d'origine : L. n°90-1258 du 31 déc. 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales, JORF n°0004 du 05 janv. 1991, pp. 216-219. D. n°94-680 du 03 août 1994 relatif à l'exercice en commun de la profession de médecin sous forme de société d'exercice libéral, JORF n°184 du 10 août 1994, pp. 11681-11683 ; codifiée, avec modifications, au sein du CSP : art. R. 4113-1 à R4113-5. A. BOUGNOUX, Société d'exercice libéral – Régime juridique – Commentaires, JCI Entreprise individuelle, fasc. 975, maj 06 juill. 2021.

⁶⁶³ Cass. Civ. 1, 07 nov. 2000, n°98-17.731, Bull. 2000, I, n°283, p. 183, J.-D. n°2000-006729 : « si la cession de clientèle médicale, à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession, n'est pas illicite, c'est à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient ».

⁶⁶⁴ CE, 23 fév. 1949, Sieur Faveret, Rec., p. 88, en l'espèce, la requête du docteur en médecine tend à l'annulation pour excès de pouvoir d'un décret qui prévoit la diminution des honoraires des professions médicale à hauteur de 10%. Le Conseil d'État indique alors « qu'il résulte de l'ensemble des dispositions législatives sur les prix, et notamment de l'ordonnance du 30 juin 1945 susvisée, que la réglementation ainsi édictée a un caractère général et est susceptible de s'appliquer éventuellement à tous les produits et services ; qu'il suit de là que la mesure contestée entre dans le champ d'application de l'ordonnance du 30 juin 1945 et que le requérant n'est pas fondé, par le moyen qu'il invoque, à demander l'annulation de l'article 7 [dudit] décret », consulté depuis Gallica, le mar. 17 août 2021, depuis l'URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k3414207n/f104.item>.

⁶⁶⁵ Not. Cons. Conc., déc. n°91-D-43 du 22 oct. 1991 relative aux honoraires des chirurgiens exerçant dans les cliniques privées du département de Lot-et-Garonne, p. 5 : « l'activité professionnelle de soins médicaux constitue une activité de services au sens de l'article 50 de l'ordonnance du 30 juin 1945 et de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que la confrontation des offres de ces services et des demandes émanant des patients donne lieu à la création d'un marché ; qu'aucune disposition de

professionnels du soin soient en marge de la rupture brutale, applicable en présence de relations commerciales établies. En complément de tout ce qui a pu être écrit pour admettre ces praticiens dans le giron du droit de la concurrence, on s'attachera à démontrer qu'ils nouent des relations économiques. Les juges se flanquent derrière le rempart artificiel de l'incompatibilité pour neutraliser des marges alors qu'elles existent (1). De surcroît, ils la traitent avec l'interdiction du partage des honoraires, qui déformée, participe de différences de traitement injustifiées entre praticiens (2).

1. Des marges neutralisées avec les fournisseurs

195. Une cassation pour violation de l'interdiction faite à la profession dentaire d'être pratiquée comme un commerce. Dans l'arrêt du 31 mars 2021⁶⁶⁶, les juges de cassation décident que « *l'article L. 442-6, I, 5 du Code de commerce n'a pas vocation à s'appliquer dès lors qu'il n'existe pas de relation commerciale entre un chirurgien-dentiste et son fournisseur de matériel médical* ». Cette solution n'emporte pas notre adhésion alors qu'elle est pleinement intelligible. Sur la forme, l'arrêt respecte les nouvelles règles édictées par la Cour de cassation : les paragraphes sont numérotés, la phrase unique est abandonnée, le style est direct⁶⁶⁷. Sur le fond, le visa est renseigné. Les règles de droit violées par la décision attaquée sont indiquées au paragraphe 6 : l'article L. 442-6, I-5° et l'article R. 4127-215 du Code de la santé publique⁶⁶⁸, alors en vigueur. Conformément à la méthode syllogistique, elles constituent la majeure, après laquelle le motif censuré de la décision attaquée est indiqué⁶⁶⁹. En l'espèce, les juges d'appel retiennent que les deux sociétés en cause étaient « *commerciales par la forme* » et « *effectuaient des actes de commerce* ». Or, cela s'oppose à l'interdiction de principe faite à la profession dentaire d'être pratiquée comme un commerce. La cassation est donc prononcée.

196. Renouveler une question de principe : l'incompatibilité des professions réglementées avec l'exercice du commerce. L'arrêt ne fait pas partie des arrêts pour lesquels

ces ordonnance ne limite aux personnes morales la reconnaissance de la qualité d'offreur ou de demandeur sur ce marché ; que dès lors les membres du corps médical, pour ce qui est de leur comportement d'acteurs sur le marché de soins, se trouvent bien dans la situation de l'entreprise au sens des textes susmentionnées et qu'ils ne sauraient, dans cette mesure, se soustraire à l'application de ces textes ».

⁶⁶⁶ Cass. Com., 31 mars 2021, n°19-16.139, J.-D. n°2021-004758.

⁶⁶⁷ Rapp. de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avr. 2017, p. 32, consulté depuis l'URL : <https://www.courdecassation.fr/IMG///Rapport%20sur%20la%20r%C3%A9forme%20de%20la%20Cour%20de%20cassation.pdf>, le lun. 09 août 2021,

⁶⁶⁸ Le code de la santé publique est désigné ci-après par l'acronyme communément admis « CSP ».

⁶⁶⁹ J. BORÉ, L. BORÉ, Pourvoi en cassation, in S. GUINCHARD (dir.), Rép. de procédure civile, Dalloz, déc. 2015, maj juill. 2021.

la motivation est développée⁶⁷⁰. Il n'opère pas de revirement de jurisprudence : « *la Cour de cassation persiste à écarter l'application de l'article L. 442-6, I, 5°, devenu L. 442-1, II du Code de commerce en présence d'un statut professionnel incompatible avec l'exercice du commerce*⁶⁷¹ ». Il ne procède pas non plus à l'interprétation d'un texte nouveau⁶⁷². Avec l'entrée en vigueur de l'article L. 442-1, II, le champ d'application personnel s'élargit à « *toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services* ». Mais la « *relation commerciale établie* » est inchangée. La conception extensive de l'épithète n'atteint pas les professions réglementées. La question du principe doit être renouvelée dans l'intérêt d'une jurisprudence unitaire. C'est là l'un des cas pour lesquels la motivation devrait être développée. Suivant de surcroît les recommandations formulées par la Cour de cassation pour sa propre réforme⁶⁷³, introduisons ce qu'aurait pu être l'« *opinion séparée intégrée*⁶⁷⁴ ».

197. L'opinion séparée intégrée « *consiste à permettre aux juges de joindre à un arrêt de la formation collégiale dont ils sont membres une déclaration par laquelle ils font savoir qu'ils sont opposés à la solution adoptée par la majorité*⁶⁷⁵ ». L'ambivalence de cette possibilité nourrit un profond clivage entre ses détracteurs et ses partisans. Le fait qu'elle ne constitue pas, pour un juge, une violation du secret des délibérés pousse à l'envisager. Elle représente « *une forte incitation pour la formation qui délibère à traiter tous les aspects du dossier, sans esquiver aucune difficulté*⁶⁷⁶ ». En décidant qu'« *il n'existe pas de relation commerciale entre un chirurgien-dentiste et son fournisseur de matériel médical* », l'affirmation des juges ne souffre aucune contestation. Cependant des éléments prêtent à discussion.

198. Une relation entre un fournisseur et son acheteur. Le laboratoire fabrique du matériel dentaire et vend ses produits au cabinet de chirurgiens-dentistes, qui donc les lui achète. Il les refait ensuite dans l'exécution de ses prestations, précision donnée qu'en procédant ainsi : il

⁶⁷⁰ Rapp. de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avr. 2017, *ibid.* et p. 152, proposition 33 : « *adopter l'utilisation de la motivation enrichie (au regard notamment des jurisprudences CEDH et CJUE lorsque celles-ci l'imposent) pour : les revirements de jurisprudence, la réponse à question juridique de principe, lorsqu'il est répondu à l'évocation de la violation d'un droit ou d'un principe fondamental, lorsqu'est exercé un « contrôle de proportionnalité », lorsque l'arrêt présente un intérêt pour l'unification de la jurisprudence et le développement du droit, ainsi que pour les questions préjudicielles* ».

⁶⁷¹ N. MATHEY, Relation commerciale et profession de santé, CCC n°6, juin 2021, 98.

⁶⁷² C. Cass., Le mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation change, Dossier de presse, 2019, p. 2 champ d'application de la motivation développée, consulté depuis l'URL : https://www.courdecassation.fr/IMG///mode_de_redaction_01.07.19_v2.pdf, le lun. 09 août 2021.

⁶⁷³ Rapport de la Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030, juill. 2021, consulté depuis l'URL : <https://www.courdecassation.fr/IMG///Rapport%20Commission%20Cour%20de%20cassation%202030%20sans%20annexe.pdf>, le lun. 09 août 2021.

⁶⁷⁴ Rapport de la Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030, *ibid.*, spéc. pp. 44-45 et Annexe 1.5, pp. 31-34, consulté depuis l'URL : <https://www.courdecassation.fr/IMG///Rapport%20Commission%20Cour%20de%20cassation%202030%20-%20Annexes.pdf>, le lun. 09 août 2021.

⁶⁷⁵ Rapport de la Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030, *ibid.*, spéc. p. 45. J.-M. PASTOR, Quelle Cour de cassation demain ? AJDA n°25 du 12 juill. 2021, p. 1420.

⁶⁷⁶ Annexe 1.5, *ibid.*, spéc. p. 32.

dégage une marge brute. La précision est nécessaire car la refacturation apparaît d'emblée comme une opération neutre. Avant de le voir, notons que la relation lie deux professionnels et non le praticien à l'un de ses patients. La relation de soin est complètement hors de cause⁶⁷⁷. Généralisons le propos à l'interdiction de ne pas pratiquer la médecine comme un commerce, pour livrer le commentaire afférent de l'ordre des médecins. Il intéresse le « *contrat moral de soins* » : qui n'est ni « *une convention marchande, ni un marché*⁶⁷⁸ ». Il n'est pas question des autres contrats passés par les praticiens. Si la relation entre soignant et soigné chasse l'aspect mercantile, il n'en n'est pas de même des relations entre le soignant et des professionnels, lesquelles recouvrent un caractère sinon commercial, du moins économique⁶⁷⁹.

199. La refacturation, opération neutre. Le verbe « refacturer » n'est pas défini⁶⁸⁰, il n'apparaît dans aucun Code. Il est couramment employé en matière de baux commerciaux, lors de litiges entre bailleur et preneur : lorsque le premier entend mettre certaines dépenses à la charge du second⁶⁸¹. L'article R. 145-35 du Code de commerce énumère celles qui ne peuvent jamais être imputées au locataire. Les charges, en tant que sommes, ne peuvent pas être portées au débit du compte du preneur⁶⁸². En ce sens, la refacturation implique donc de faire supporter une somme à une tierce personne dans le cadre d'un rapport de droit. Elle se retrouve ainsi traitée dans les holdings⁶⁸³, et généralement dans les groupes de sociétés⁶⁸⁴. Dans ces exemples, la refacturation de la somme en cause ne varie pas. Le montant est identique pour le bailleur et le preneur, pour la holding et la filiale.

⁶⁷⁷ V. CA Paris, 7^e Ch., 24 oct. 1908, qualifiant un dentiste de commerçant après qu'il s'est livré à des actes de commerciale envers ses clients et des prospects, « *Considérant qu'il appert des débats que C. ne se borne pas à exercer la profession de dentiste, laquelle en soi n'a rien de commercial, mais fabrique, avec des substances qu'il achète, des pâtes et poudres dentifrices, qu'il vend, non seulement aux clients à qui il en prescrit l'emploi, mais encore à tous ceux qui s'adressent à lui, sur le vu des articles de réclame qu'il fait insérer dans les journaux, ou des prospectus qu'il répand dans le public : qu'il est établi, d'autre part, que ces spécialités sont débitées non seulement dans son cabinet mais encore dans diverses pharmacies où il en a effectué le dépôt* ». L'odontologie, t. 41. – Paris, 1909, pp. 300-302, obs. spéc. p. 302, in fine : « [...] un dentiste qui ne se borne pas à exercer son art, mais tient certains objets ou produits destinés au public et qu'il vend à toutes personnes, prend la qualité de commerçant » (URL pérenne : <https://www.biusante.parisdescartes.fr/histmed/medica/page?PF092x1909x01&p=306>, consulté le dim. 08 août 2021).

⁶⁷⁸ Conseil national de l'ordre des médecins, commentaire de l'article 19 du code de déontologie (art. R. 4127-19 du code de la santé publique), consulté depuis l'url : <https://www.conseil-national.medecin.fr/code-deontologie/devoirs-generaux-medecins-art-2-31/article-19-commerce-interdiction>, le mer. 11 août 2021.

⁶⁷⁹ M. CAYOT, Pas de « relations commerciales établies » pour les professionnels de santé, Revue droit & santé n°102, juill. 2021, pp. 608-610, pour qui « [...] la relation unissant le praticien à son fournisseur de matériel peut difficilement être considérée comme « non commerciale » ou « non économique ».

⁶⁸⁰ Le verbe est absent du dictionnaire de l'Académie française, de celui du CNRTL. Il n'est pas non plus dans les dictionnaires juridiques consultés : celui de l'Association H. Capitant, et dans le lexique des termes juridiques, sous la direction du Professeur S. GUINCHARD. Il n'apparaît pas dans le lexique des termes économiques, sous la direction du Professeur A. SILEM.

⁶⁸¹ Mémento Baux commerciaux 2021-2022, EFL, n°12000.

⁶⁸² V° « Imputer », Dict. Académie Française, sens 2.

⁶⁸³ B. DONDERO, L. DUGUET, B. GOUTHIERE et al., Les Holdings 2020, EFL, 5599.

⁶⁸⁴ Mémento Comptable 2021, EFL, 11270.

200. Neutralisation de la marge brute du professionnel de santé. Le cabinet de chirurgiens-dentistes achète des produits, il les refacture dans l'exécution de ses prestations, en dégageant une marge brute. Il intègre le coût d'achat des produits dans le tarif des prestations, en l'augmentant d'une certaine part, ce faisant : il fixe un prix. La marge est le résultat de la différence entre le prix de revente et le prix d'achat. Traditionnellement, « *ce qui rend l'acte commercial c'est moins l'intention de revendre en elle-même et toute seule, que l'intention de réaliser des bénéfices par la revente*⁶⁸⁵ ». Le lucre exprime la commercialité, mais pas de façon absolue. « *L'achat n'est pas commercial si les marchandises achetées doivent servir à l'exercice d'une profession ou d'un art qui n'ont rien de commercial*⁶⁸⁶ ». En annihilant la commercialité de l'acte d'achat d'un professionnel n'exerçant pas le commerce, il est ensuite inefficace de faire constater qu'il procède à une revente en réalisant des bénéfices. L'intention existe mais est neutralisée. Ce principe est intangible : même en ayant été soumis à la patente, les médecins n'ont pas été considérés comme commerçants⁶⁸⁷. L'impôt était alors basé sur une valeur locative et une contribution mobilière, rien qui ne puisse être assimilé à de l'achat-revente. Mais, depuis lors, les activités économiques dépassent cette conception. Poursuivons dans cette voie pour étayer ce que l'opinion séparée intégrée pourrait être.

2. Les différentes redevances selon les structures d'exercice

201. Les précédents. Pour améliorer l'accessibilité et l'intelligibilité des règles de droit, la Commission préposée à la réforme de la Cour de cassation propose la publication plus fréquente du rapport du conseiller rapporteur et de l'avis de l'avocat général. Ils font référence aux nombreux précédents, qu'il faudra hiérarchiser pour saisir l'évolution⁶⁸⁸. En 2007, un arrêt⁶⁸⁹ intéresse les relations entre deux chirurgiens et la clinique dans laquelle ils exercent chacun leur spécialité.

⁶⁸⁵ Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, T.1, 4^e éd., LGDJ, 1906, 115, pp. 128-129, spéc. p. 128, consulté depuis Gallica (URL : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6519010v/f7.item>, le mar. 17 août 2021).

⁶⁸⁶ Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *ibid.*, 116, pp. 130-132, spéc. p. 130.

⁶⁸⁷ A. LECHOPIÉ et Ch. FLOQUET, *Droit médical*, ou Code des médecins, docteurs, officiers de santé, sages-femmes, pharmaciens, vétérinaires, étudiants, etc., Paris, 1890, consulté depuis Gallica, Chapitre IV : De la patente, p. 117 et s. : « *La contribution des patentes frappe, en principe, tout individu, français ou étranger, qui exerce en France un commerce, une industrie, une profession non expressément compris dans les exceptions déterminées par la loi* », p. 118 : « [...] *la loi du 18 mai 1850 a, de nouveau, soumis à la patente, les médecins qui en avaient été exemptés par la loi du 25 avril 1844. Y sont soumis, d'après le tableau G de la loi du 18 mai 1850, les docteurs en médecine et en chirurgie, les officiers de santé, les chirurgiens-dentistes et les vétérinaires* », p. 122 : « *Ainsi que nous l'avons dit, bien que le mot de patente, dans le langage du monde et jusqu'à un certain point dans l'esprit du législateur, corresponde à l'idée de commerçants, les médecins ne sont cependant point des commerçants ni par conséquent justiciables des tribunaux de commerce [...]* ». J. GAILLARD, *Les intentions d'une politique fiscale, la patente en France au XIX^e siècle*, Bulletin du centre d'histoire de la France contemporaine, Institutions et Dynamiques historiques de l'économie et de la société, 1986, pp. 15-38, téléchargeable depuis l'url : https://idhes.parisnanterre.fr/medias/fichier/gaillard__1169825560834.pdf, « [...] *l'inscription à la patente des médecins – exemptés en 1844, mais astreints par la loi du 18 mai 1850 aux droits proportionnels qui frappaient déjà un certain nombre de professions libérales* ».

⁶⁸⁸ Rapport de la Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030, *ibid.*, p. 69.

⁶⁸⁹ Cass. Com., 23 oct. 2007, n°06-16.774, Bull. 2007, IV, n°220, J.-D. n°2007-041012.

L'annonce de sa fermeture leur parvient environ trois mois avant la cessation définitive de l'activité. Le contrat les liant prévoit une indemnité à défaut du respect d'un préavis de six mois. La clinique honore le versement compensatoire mais les praticiens allèguent une rupture brutale. Pour leur refuser, les juges rappellent la prohibition de la pratique de la médecine comme un commerce. Ils ajoutent que « *les dépenses concernant les prestations, services et fournitures engagées par la clinique en conséquence de l'exercice de l'activité des praticiens et dont le financement n'était pas assuré par les tarifs de responsabilité fixés par la convention liant l'établissement et les organismes d'assurance, qui étaient à la charge des praticiens, étaient remboursées à la clinique à leur coût* ». Revenons successivement sur ces deux éléments.

202. Des solutions opposées. Pour déqualifier le caractère commercial de la relation établie entre les chirurgiens et la clinique, les juges se retranchent derrière l'incompatibilité⁶⁹⁰. Cet arrêt s'oppose à celui précédemment rendu quant aux associations : « *la Cour de cassation fait ici jouer au code de déontologie médicale le rôle qu'elle avait refusé de faire jouer à la loi du 1^{er} juillet 1901*⁶⁹¹ ». Elle accueille favorablement les dispositions du code de déontologie médicale pour faire rempart, là où la loi de 1901 relative au contrat d'association avait été inopérante pour reconnaître la prohibition de la paracommercialité. Les associations appartiennent depuis lors au champ d'application de la rupture brutale alors que les professionnels de santé en sont écartés ; une exclusion qu'il peut être difficile de justifier sous plusieurs aspects : de l'origine de la règle, à la conception prétorienne de la redevance.

203. Prévalence d'une norme hiérarchiquement inférieure. Selon l'article L. 4127-1⁶⁹² du CSP, un code de déontologie médicale est édicté sous la forme d'un décret en Conseil d'État⁶⁹³. Il figure dans la partie réglementaire du CSP. L'article 19 visé dans l'arrêt examiné correspond à l'article R. 4127-19⁶⁹⁴. En comparaison : les règles de déontologie médicale sont édictées par décret et leur application est consacrée en jurisprudence, alors que la prohibition de la

⁶⁹⁰ Ibid., « [...] en application de l'article 83 du code de déontologie médicale les contrats d'exercice libéral liant [les chirurgiens] à [la clinique] précisaient les moyens permettant à ces derniers de respecter les dispositions du code parmi lesquelles figure l'article 19 qui prohibe expressément la pratique de la médecine comme un commerce ».

⁶⁹¹ E. CHEVRIER, Article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce : le retour de la relation commerciale, D. 2007, p. 2805 : « Comme pour l'arrêt de la cour d'appel de Paris censuré par l'arrêt du 6 février 2007 (n°06-16.774, *ibid.*) pour lequel ces auteurs [J. MESTRE, B. FAGES, *ibid.*] avai[en]t estimé que c'était prêter à la prohibition de la paracommercialité une portée bien grande, c'est peut-être ici donner à une règle déontologique une conséquence qu'elle n'a pas vocation à avoir ».

⁶⁹² CSP, art. L. 4127-1 : « Un code de déontologie propre à chacune des professions de médecin, chirurgien-dentiste et sage-femme, préparé par le conseil national de l'ordre intéressé, est édicté sous la forme d'un décret en Conseil d'État ».

⁶⁹³ D. n°2004-802 du 29 juill. 2004 relatif aux parties IV et IV (dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code, JORF n°183 du 08 août 2004, texte n°37086. Pour les versions antérieures, V. M. DUPONT, Principes communs – Code de déontologie médicale, Feuilles mobiles Litec Droit médical et hospitalier, fasc. 7, maj 13 déc. 2012, 18.

⁶⁹⁴ CSP, art. R. 4127-19 : [al. 1] « La médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce ». Le second alinéa de cet article a été supprimé par décret en 2020 (D. n°2020-1662 du 22 déc. 2020 portant modification du code de déontologie des médecins et relatif à leur communication professionnelle, JORF n°0311 du 24 déc. 2020, texte n°58, art. 1, 2°).

paracommercialité l'est par ordonnance, et est rejetée. La solution de 2007, et celles depuis lors, paraissent s'affranchir de la rigueur imposée par la hiérarchie des normes, présentant les ordonnances du bloc législatif comme des normes supérieures aux décrets, placés dans le bloc réglementaire. Au regard des règles prévues, leur origine ne leur confère pas la portée idoine, l'analyse substantielle devrait alors y suppléer. Les interdictions de pratiquer la médecine comme un commerce et du partage d'honoraires sont appréhendées ensemble.

204. Modalité de remboursement des dépenses à leur coût : la redevance. L'exercice des praticiens en clinique pose la question de la répartition des coûts. Certains sont pris en charge par la sécurité sociale tandis que d'autres restent à la charge des médecins⁶⁹⁵. Le contrat d'exercice⁶⁹⁶, entre le professionnel et la structure d'exercice, stipule les prestations facultatives⁶⁹⁷. Les praticiens les règlent sous forme de redevance⁶⁹⁸. Comme pour l'épithète « *commercial* », le terme choisi ne recouvre pas la réalité pour laquelle il est employé : « *il s'agit du paiement par le médecin de prestations assurées à sa demande par l'établissement. Mais, commode et d'un emploi courant, le mot a la vie dure*⁶⁹⁹ ». Il faut alors surpasser le substantif pour approcher le mécanisme qu'il recouvre.

205. Une remise en cause. Le principe à reconsidérer est celui du remboursement des prestations par les praticiens à leur coût et non celui de la redevance. Elle ne saurait être contestée dans son existence car, à défaut, le praticien s'enrichirait injustement⁷⁰⁰. Quant à l'établissement, ses prestations seraient fournies à titre gratuit et pourraient dès lors être assimilées à des actes anormaux de gestion, sur le plan fiscal⁷⁰¹. Conformément à l'interdiction du partage d'honoraires⁷⁰², la redevance couvre les frais réels des prestations rendues au médecin. Elles sont remboursées à

⁶⁹⁵ A. CASTALDO, L'ours d'Ardres et la " redevance " des médecins exerçant en cliniques privées, in *Écrits de droit de l'entreprise. Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, Dalloz, pp.399-432, 2015, 8-13, spéc. pp. 402-405.

⁶⁹⁶ C. LACHIÈZE, Les méandres de la redevance versée par les praticiens libéraux aux cliniques privées, JCP G n°49, 03 déc. 2003, II 10187, 1 : « *Les médecins exerçant leur activité libérale dans une clinique sont attachés à cette dernière par un contrat d'exercice* ».

⁶⁹⁷ G. MÉMETEAU, Contrats d'exercice entre médecins et clinique : le principe de la redevance, D. n°44 du 18 déc. 1997, p. 604 : « *Lorsque le contrat se conclut, il consent au médecin l'exercice, privilégié ou non (l'ancienne « exclusivité »), prétendu « cessible » ou non, dans les locaux de la clinique. En plus, l'établissement, pour faciliter cette pratique de la médecine, va, selon la spécificité de l'intéressé, fournir au professionnel divers avantages : des services en matériel et personnel allant, par exemple, de la mise à disposition d'une ligne téléphonique à celle de matériel radiologique ou opératoire [...], d'un bureau, d'un local de consultation, etc.* ».

⁶⁹⁸ G. MÉMETEAU, *ibid.* : « *Un professionnel de santé pratiquant son art en établissement paye mensuellement ou trimestriellement à celui-ci une somme d'argent appelée « redevance » ou « rétrocession de l'honoraire » [...] L'arrêt du 17 juin 1997 [Cass. Com., 17 juin 1997, n°95-14.162, Bull. 1997 I, n°201, p. 133, J.-D. n°1997-002897] précise que la redevance constitue le paiement d'un service rendu au médecin.* »

⁶⁹⁹ A. CASTALDO, *ibid.*, 14, p. 405 : « *le mot [redevance] est particulièrement malheureux (ce qui a été dit depuis longtemps)* ».

⁷⁰⁰ C. Civ., art. 1303.

⁷⁰¹ C. DAVER, Droit des contrats en exercice libéral, RGDM n°08, 2002, pp. 183-196, spéc. p. 276.

⁷⁰² CSP, art. L. 4113-5 : [al. 1, prohibition] « *Il est interdit à toute personne ne remplissant pas les conditions requises pour l'exercice de la profession de recevoir, en vertu d'une convention, la totalité ou une quote-part des honoraires ou des bénéfices provenant de l'activité professionnelle d'un membre de l'une des professions régies par le présent livre* », [al. 2, aménagements].

leur coût⁷⁰³. La jurisprudence l'explique par le fait de ne pas pouvoir porter atteinte à la rémunération de l'activité médicale⁷⁰⁴. Les honoraires nets⁷⁰⁵ ne peuvent absolument pas être partagés avec des « non-médecins », à l'instar de cliniques, constituées sous forme de sociétés commerciales. Les réflexions menées sur l'extension de l'interdiction du partage des honoraires rendent compte de sa déformation⁷⁰⁶.

206. Une redevance injustifiée par des différences de traitement. Pour l'exercice de son activité, un médecin libéral assume divers frais : le paiement d'un loyer, d'un véhicule professionnel, des services d'un expert-comptable⁷⁰⁷. Le bailleur, le crédit-bailleur et le professionnel libéral dégagent tous une marge bénéficiaire⁷⁰⁸, réglée par le praticien, au titre de ses frais professionnels. Pour faire apparaître encore plus nettement la différence de traitement, comparons les redevances des médecins exerçant en clinique et ceux exerçant à temps plein dans les hôpitaux publics. Pour ces derniers, « *l'activité libérale donne lieu au versement par le praticien d'une redevance dans des conditions déterminées par décret*⁷⁰⁹ ». Des chirurgiens ont contesté le décret afférent devant le Conseil d'État⁷¹⁰. Selon celui-ci, « *le respect de la règle d'équivalence entre le tarif d'une redevance et la valeur de la prestation ou du service peut être assuré non seulement en retenant le prix de revient de ce dernier, mais aussi, en fonction des caractéristiques du service, en tenant compte de la valeur économique de la prestation pour son bénéficiaire* ». Elle est non seulement constituée par le « *coût des installations techniques et des locaux mis à la disposition* » du praticien, mais est aussi « *appréciée au regard des avantages de toute nature qu'en retirent les praticiens hospitaliers* ». La notoriété de l'établissement est l'un d'eux. La réputation favorable acquise provient de l'équipe, de l'émulation qu'elle suscite. Sans rendre véna ce qui ne doit pas y être réduit, la structure d'accueil offre davantage que les prestations rendues à leur coût. Par conséquent, les juges administratifs conçoivent différemment la redevance par rapport aux juges judiciaires, alors que « *ce qui est vrai pour un établissement public, dont la*

⁷⁰³ A. CASTALDO, *ibid.*, 4, p. 400.

⁷⁰⁴ Cass., A.P., 28 mai 1976, n°75-10.371, Bull. des arrêts Cass. A.P. n°8, p. 10 : « *en constatant que le remboursement à la clinique du montant des prestations qu'elle a fournies [au médecin anesthésiste] a correspondu aux retenues opérées d'accord avec lui, sur les honoraires bruts de ce praticien comprenant ses frais professionnels sans qu'il ait été porté aucune atteinte à la rémunération de sa propre activité médicale, la cour d'appel a, par des motifs exempts d'insuffisance et de contradiction, légalement justifié sa décision* ».

⁷⁰⁵ M. BRUSORIO-AILLAUD, Honoraires du médecin – Contentieux, Feuilles mobiles Litec Droit médical et hospitalier, fasc. 82-10, maj 10 sept. 2014, 78 : « *Selon la Cour de cassation, il convient de distinguer les honoraires bruts, incluant les frais professionnels, et les honoraires stricto sensu, constituant la rémunération de la propre activité médicale. La redevance doit correspondre à des retenues sur les honoraires bruts du praticien, comprenant ses frais professionnels, sans qu'il soit porté atteinte à la rémunération de sa propre activité médicale* ».

⁷⁰⁶ A. CASTALDO, *ibid.*, spéc. 37 et s., p. 419 et s.

⁷⁰⁷ A. CASTALDO, *ibid.*, spéc. 40 et s., p. 420 et s.

⁷⁰⁸ *Ibid.*

⁷⁰⁹ CSP, art. L. 6154-3, al. 3.

⁷¹⁰ CE, ass., 16 juill. 2017, n°293229, Syndical national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital, Lebon p. 349.

*vocation n'est pas de faire des bénéfiques, devrait l'être encore plus pour une société dont l'objet est commercial*⁷¹¹ ».

207. Une évolution collatérale. Depuis le revirement⁷¹² du Conseil d'État, la redevance peut dépasser le coût réel de la prestation, pour tenir compte de sa valeur économique. Elle est bornée par « *des critères objectifs et rationnels, dans le respect du principe d'égalité entre les usages du service public et des règles de concurrence*⁷¹³ ». Dans cette limite, une marge bénéficiaire peut-elle s'envisager ? Ou celle-ci survient-elle quand la limite est franchie ? Les avantages procurés vont inévitablement connaître des contentieux pour la fixation de leur valeur. La marge bénéficiaire pourrait découler d'une surévaluation. Sans forcer la notion de valeur économique, telle qu'elle a été dégagée par les juges administratifs, une évolution collatérale dans le monde de l'hospitalisation privée est augurée en doctrine⁷¹⁴. Il n'y a pourtant pas eu d'alignement de la jurisprudence judiciaire⁷¹⁵. Quant aux préconisations faites aux professionnels, elles indiquent toujours la stricte équivalence entre redevance et coût réel des prestations fournies⁷¹⁶.

208. Une solution insatisfaisante. On ne peut se ranger à la solution prétorienne tenant les professionnels de santé hors du champ d'application de la rupture brutale ; les relations qu'ils entretiennent, soit avec des fournisseurs, soit avec leurs structures d'exercice, revêtent un caractère économique. Il ne faut pas nier ce qui est de longue date admis en droit des pratiques anticoncurrentielles, à l'échelle européenne. C'est en substance ce que pourrait contenir l'opinion séparée intégrée. Elle pourrait aussi gagner à être étendue à d'autres professions réglementées du chiffre et du droit, qui à l'instar du soin, évoluent de façon irréversible vers le secteur économique.

⁷¹¹ A. CASTALDO, *ibid.*, spéc. 51., p. 428.

⁷¹² C. DAVER, Quelques mots d'actualité sur la redevance et la définition du coût réel..., *Acta Endoscopica*, vol. 38, 2008, n°S1 [accès restreint], consulté depuis l'URL : <https://www.cregg.org/wordpress/wp-content/uploads/2012/07/documents-854-00001-redevance-daver.pdf>, le mar. 10 août 2021.

⁷¹³ CE, ass., 16 juill. 2017, n°293229, *ibid.*

⁷¹⁴ C. DAVER, Quelques mots d'actualité sur la redevance et la définition du coût réel..., *ibid.* : « [...] il semble difficile de ne pas envisager des effets « collatéraux » qui concerneraient alors les établissements de santé privés où chaque professionnel peut également bénéficier d'avantages procurés notamment par la renommée de la structure, la présence de personnels, de professionnels de santé, de services complémentaires susceptibles d'optimiser la prise en charge globale des patients et donc la réalisation des actes par le médecin libéral... Comme nous avons d'ores et déjà eu l'occasion de conclure, les conclusions retenues par le Conseil d'État, laissent plus qu'augurer que cette porte ouverte pour le secteur hospitalier public ne restera pas fermée sur les établissements de santé privés... ».

⁷¹⁵ CA Caen, ch. civ. 01, 06 juill. 2021, n°19/00137.

⁷¹⁶ F. BIZARD et C. DAVER, Enquête Occitanie « redevances » médecins spécialistes dans les établissements MCO [Médecine Chirurgie Obstétrique] et psychiatrie, Analyse et préconisations, fév. 2021, consulté depuis l'URL : <https://www.medecin-occitanie.org/wp-content/uploads/2021/03/Rapport-Redevance-PourURPSOccitanie.pdf>, le mer. 11 août 2021.

B. L'assouplissement de l'incompatibilité des professionnels du chiffre

209. Une incompatibilité finalement assouplie. L'ordonnance du 19 septembre 1945 institue l'ordre des experts-comptables et réglemente le titre et la profession d'expert-comptable⁷¹⁷. Elle prévoyait alors que « *les fonctions de membres de l'ordre sont incompatibles avec toute occupation ou tout acte de nature à porter atteinte à leur indépendance, en particulier : [...] avec tout acte de commerce ou d'intermédiaire* ». Les incompatibilités avec l'activité d'expert-comptable ont été assouplies en 2010, sans pourtant que le régime ne soit complet (1). La publication de la norme professionnelle commerciale en 2021 le parachève (2). Dans l'intervalle, des experts-comptables ont agi sur le fondement de la rupture brutale mais les juges ont rejeté leurs prétentions. Ils ne peuvent suppléer l'absence de norme professionnelle. Sa publication modifie la situation puisqu'il faut désormais les inclure le champ d'application, dès lors qu'ils se livreront à des activités commerciales, aux conditions imposées.

1. Le régime incomplet de l'exception à l'incompatibilité

210. Une question inédite⁷¹⁸ diversement appréciée. Dans l'arrêt du 10 février 2021⁷¹⁹, une société d'expertise-comptable souhaite se prévaloir des dispositions de la rupture brutale. Elle se présente comme un prestataire de services, partie à une relation commerciale ; son client l'a rompue après avoir embauché un comptable. La Cour de cassation approuve les juges d'appel de ne pas en avoir fait application. Les juges du droit rappellent l'incompatibilité de l'activité avec toute activité commerciale ou acte d'intermédiaire, tout en ajoutant, néanmoins, que le principe connaît une exception. Cette solution a été présentée sous plusieurs aspects en doctrine. Elle a alternativement été formulée : de façon positive : « *un expert-comptable peut agir pour rupture brutale de relations commerciales établies sous conditions*⁷²⁰ », interrogative : « l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce s'applique-t-il à la rupture des « relations d'affaires » existant une société commerciale et son expert-comptable ?⁷²¹ » et enfin, négative : « *la Cour de cassation juge que les experts comptables ne relèvent pas du champ d'application des dispositions relatives à la*

⁷¹⁷ Ord. n°45-2138 du 19 sept. 1945 portant institution de l'ordre des expert comptables et des comptables agréés et réglementant les titres et professions d'expert-comptable et comptable agréé, JORF n°0222 du 21 sept. 1945, pp. 5938-5946.

⁷¹⁸ A.-C. LE BRAS, L'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce s'applique-t-il à la rupture des « relations d'affaires » existant une société commerciale et son expert-comptable ? *in* Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, D. n°18 du 27 mai 2021, p. 993.

⁷¹⁹ Cass. Com., 10 fév. 2021, n°19-10.306, F-P, J.-D. n°2021-001731.

⁷²⁰ Actualités EFL, 17 mars 2021.

⁷²¹ A.-C. LE BRAS, *ibid.*

*rupture brutale de relations commerciales établies*⁷²² ». Le sens de l'arrêt ne se perçoit pas directement. Il requiert une analyse dans le temps car la profession d'expert-comptable connaît une extension de ses activités aux côtés de ses missions⁷²³. Depuis 2010, certaines peuvent être commerciales⁷²⁴, mais les conditions et limites tenant à leur exercice n'ont été fournies qu'en 2021⁷²⁵. Dans l'intervalle, des incertitudes. En 2016, la Cour d'appel de Paris avait accueilli un expert-comptable dans le champ d'application, avant de se raviser⁷²⁶.

211. Les activités accessoires et principales de l'expert-comptable. Les experts-comptables disposent d'un monopole d'intervention⁷²⁷ : une compétence réservée de tenue, de surveillance et d'établissement des comptes annuels des entreprises⁷²⁸. Ils ont aussi des missions connexes, elles ne leur sont donc pas réservées. Elles sont accessoires dès lors qu'elles sont « effectuées à l'égard de clients auprès desquels le cabinet assure déjà une mission complète⁷²⁹ ». Elles peuvent être proposées à titre principal lorsque l'expert-comptable n'a pas de mission comptable auprès de ces clients⁷³⁰. Les adjectifs « accessoire » et « principal » empruntent un sens propre aux missions de l'expert-comptable. En plus de cette spécificité, ils sont aussi employés pour appréhender l'incompatibilité de la profession avec tout acte de commerce ou acte d'intermédiaire. Continuons avec, seulement, ce second emploi.

212. Le régime incomplet de l'exception à l'incompatibilité. L'incompatibilité de l'activité d'expert-comptable avec toute activité commerciale ou acte d'intermédiaire figure à l'article 22 de

⁷²² M.-C. MITCHELL, Rupture brutale : La Cour de cassation juge que les experts comptables ne relèvent pas du champ d'application des dispositions relatives à la rupture brutale de relations commerciales établies (Audit gestion social comptabilité / SMI), 10 février 2021, Concurrences n°2-2021, art. n°100448, p. 113.

⁷²³ Ph. BARRÉ, Les normes professionnelles d'expertise comptable sont-elles une entrave à la performance des cabinets ? in A. BURLAUD, Mélanges en l'honneur du Pr. Christian HOARAU, Comptabilité, Finance et Politique, De la pratique à la théorie : l'art de la conceptualisation, ECS, 2014, consulté depuis l'URL : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01132706>, le ven. 13 août 2021, pp. 269-277, spéc. pp. 272-273, distinguant la période 1984-2004 : « période assez calme malgré des mutations permanentes au premier rang desquelles figurent bien entendu les révolutions technologiques successives. Les cabinets se préoccupaient peu du commercial ou de leur gestion interne. Les affaires marchaient globalement bien et il n'était pas nécessaire de passer (perdre ?) du temps à gérer les affaires », de la période 2004-2014 : « de profondes mutations sont apparues dans la profession et hors de la profession avec de considérables impacts sur le métier : publicité et démarchages autorisés, intégration des AGC [associations de gestion et comptabilité, nouvelle forme d'exercice associatif de la profession], perte d'attractivité de la profession, arrivée de la génération Y, autorisation des filiales et des actes de commerce, ouverture du capital simplifications comptables, externalisation, ouverture de nouveaux marchés, sans oublier bien sûr la crise économique... ».

⁷²⁴ L. n°2010-853 du 23 juill. 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services, JORF n°0169 du 24 juill. 2010, art. 22, 4°.

⁷²⁵ Arrêté du 12 mars 2021 portant agrément de la norme professionnelle relative aux activités commerciales et aux actes d'intermédiaire, JORF du 02 mai 2021, texte 11, dite « Norme Commerciale ».

⁷²⁶ C.-S. PINAT, L'applicabilité de la rupture brutale d'une relation commerciale établie à l'activité d'expert-comptable, Dalloz actualité, 03 mars 2021, se référant à CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 11 fév. 2016, n°14/17563, J.-D. n°Ø (inclusion) et CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 18 mars 2016, n°13/17054, J.-D. n°2016-014322 (exclusion).

⁷²⁷ C. De LAUZANGHEIN, J.-L. NAVARRO et D. NÉCHELIS, Droit comptable, Éd. Dalloz, Coll. Précis, éd. n°03, oct. 2004, ISBN n°978-2-247-09434-9, 102, p. 93.

⁷²⁸ B. BLUM, L'innovation comme levier de la performance durable dans la profession comptable libérale en France, th. Finance [q-fin.GN]. Conservatoire national des arts et métiers - CNAM, 2015, p. 77.

⁷²⁹ C. De LAUZANGHEIN, J.-L. NAVARRO et D. NÉCHELIS, *ibid.*, 104, p. 95.

⁷³⁰ *Ibid.*, 105, p. 96.

l'ordonnance modifiée du 19 septembre 1945⁷³¹. En s'y rapportant, l'article prévoit une exception, rappelée par les juges de cassation. Elle tient en une double condition, positive : l'activité commerciale ou l'acte d'intermédiaire doivent « être réalisés à titre accessoire », et négative : ils ne doivent pas « mettre en péril les règles d'indépendance et de déontologie de la profession ». Mais le régime de l'exception est incomplet. L'article 22 précise *in fine* que « les conditions et limites à l'exercice de ces activités et à la réalisation de ces actes sont fixées par les normes professionnelles élaborées par le conseil supérieur de l'ordre et agréées par arrêté du ministre chargé de l'économie ». Les juges notent l'absence de publication de cette norme au moment de rendre leur solution.

213. L'impossibilité pour les juges de cassation de suppléer l'absence de norme professionnelle. Le référentiel normatif de l'Ordre des experts-comptables rassemble les normes professionnelles élaborées par le Conseil supérieur⁷³². L'ajout de l'exception à l'article 22 résulte des modifications apportées par la loi du 23 juillet 2010. La norme professionnelle y afférent a été agréée par arrêté le 12 mars 2021. Dans la période courant depuis l'ajout de l'exception jusqu'à la publication de la norme professionnelle, il n'est certainement pas possible pour les juges d'admettre les experts-comptables dans le champ d'application de la rupture brutale. Ils ne peuvent suppléer l'absence de la norme professionnelle. Ils ne devraient pas pouvoir apprécier les conditions et limites à l'exercice d'activités commerciales par les experts à défaut pour elles d'avoir été précisées, par la seule organisation professionnelle habilitée à le faire⁷³³.

2. L'exercice d'activités commerciales accessoires limité par la norme professionnelle

214. La Norme Commerciale : des activités commerciales à titre accessoire. La norme professionnelle agréée définit « les conditions et les limites à l'exercice d'activités commerciales et à la réalisation d'actes d'intermédiaire⁷³⁴ ». La limitation tient dans le fait qu'ils « doivent être effectués à titre accessoire, c'est-à-dire présenter un caractère connexe ou complémentaire aux

⁷³¹ Ord. n°45-2138 du 19 sept. 1945 portant institution de l'ordre des expert comptables et des comptables agréés et réglementant les titres et professions d'expert-comptable et comptable agréé, JORF n°0222 du 21 sept. 1945, pp. 5938-5946.

⁷³² OCE, Référentiel normatif de l'Ordre des experts-comptables, 2020-2021, téléchargé depuis l'URL : <http://www.bibliordre.fr/>, le jeu. 12 août 2021.

⁷³³ C. RENART, A. MINEO, Rupture brutale des relations commerciales : conditions de mise en cause de la responsabilité du client, 30 mai 2021, consulté depuis l'URL : <https://www.compta-online.com/rupture-brutale-des-relations-commerciales-conditions-de-mise-en-cause-de-la-responsabilite-du-client-ao5098>, le jeu. 12 août 2021. C. De LAUZAINGHEIN, J.-L. NAVARRO et D. NÉCHELIS, *ibid.*, 55, p. 51 : « [...] Le respect de ces normes professionnelles est le gage de la qualité de ses prestations et le moyen de prévenir efficacement les mises en cause. À cet effet, elles posent clairement un ensemble de règles professionnelles propres à garantir le bon exercice des missions et permettent de trouver, dans une doctrine émanant de l'organisation professionnelle seule habilitée à la définir, les critères d'appréciation nécessaires quant à l'exercice de sa mission ».

⁷³⁴ Arrêté du 12 mars 2021, *ibid.*, Objectif, 3.

*activités autorisées aux experts-comptables*⁷³⁵ ». Son appréciation consiste à établir un rapport de grandeur entre les chiffres d'affaires, ou les moyens consacrés, aux activités accessoires et aux activités autorisées. L'établissement du rapport implique nécessairement la comparaison attendue pour déterminer ce qui est accessoire.

215. La Norme Commerciale : conditions illustrées avec l'activité de domiciliation. L'arrêté du 12 mars 2021 énumère les conditions requises à l'exercice d'activités commerciales et à la réalisation d'acte d'intermédiaire. Confrontons-les à l'exercice, désormais possible⁷³⁶, de l'activité de domiciliation par l'expert-comptable. La première d'entre elles est la licéité de l'activité : la domiciliation est une activité réglementée à l'article L. 123-11-3 du Code de commerce. Elle doit être réalisée dans le respect des règles qui la gouvernent. Diverses conditions doivent être satisfaites pour que l'autorité administrative délivre l'agrément⁷³⁷. Celui-ci devra être renouvelé par période sexennale⁷³⁸. Les règles déontologiques et du référentiel normatif doivent être respectées⁷³⁹. L'ensemble qu'elles forment se rapporte davantage à celui qui exerce qu'à l'activité exercée. La probité, l'honneur, la dignité, l'indépendance, l'objectivité, l'intégrité sont l'apanage de personnes physiques. Les compétences et capacités s'y réfèrent également. L'obligation d'assurance incombe à la personne ou à sa structure d'exercice⁷⁴⁰. L'activité projetée doit enfin être conforme à l'objet social de la personne morale l'accomplissant⁷⁴¹ et donner lieu à rémunération⁷⁴². Les conditions sont nombreuses, et contraignantes, pour l'expert-comptable avec des activités commerciales, en comparaison avec les autres entreprises.

216. L'application de la rupture brutale aux activités commerciales de l'expert-comptable. Les normes professionnelles édictent les principes fondamentaux des comportements professionnels de l'expert-comptable. Elles ont force obligatoire⁷⁴³. Lorsqu'un expert-comptable est mis en cause, les juges recherchent s'il les a correctement remplies⁷⁴⁴. En comparaison, pour une même activité commerciale, il pèse sur l'expert-comptable davantage de contraintes que sur n'importe quelle autre personne. À défaut d'avoir satisfait à toutes les exigences requises par la Norme Commerciale, l'activité exercée ne devrait cependant pas être remise en cause. Ayant donné lieu à l'établissement d'une relation commerciale, chacune des parties devrait pouvoir s'en

⁷³⁵ Arrêté du 12 mars 2021, *ibid.*, Limitations, 4.

⁷³⁶ « *Parution de la norme commerciale* », Le Francilien magazine trimestriel des experts-comptables, consulté depuis l'URL : <https://lefrancilien.oec-paris.fr/deontologie-et-normes-reponses-ordre-109/>, le ven. 13 août.

⁷³⁷ C. Com., art. L. 123-11-3.

⁷³⁸ C. Com., art. R. 123-166-3.

⁷³⁹ Arrêté du 12 mars 2021, *ibid.*, Exigences requises, Respect des règles déontologiques et du référentiel normatif, 12 à 16.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, Exigences requises, Assurance, 18.

⁷⁴¹ *Ibid.*, Exigences requises, Respect des règles déontologiques et du référentiel normatif, 16.

⁷⁴² *Ibid.*, Exigences requises, Rémunération, 17.

⁷⁴³ Ph. BARRÉ, *ibid.*, pp. 269-277.

⁷⁴⁴ C. De LAUZAINGHEIN, J.-L. NAVARRO et D. NÉCHELIS, *ibid.*, 172, p. 153, sur la distinction entre obligation de résultat et obligation de moyens et les clefs de résolution proposées.

prévaloir s'il y a été mis fin brutalement. L'exercice d'activités commerciales par l'expert-comptable rend désormais applicables les dispositions de la rupture brutale des relations commerciales établies. La distorsion observée dans les conditions d'exercice de l'activité commerciale jouera en défaveur de l'expert-comptable si sa responsabilité est recherchée. Le juge vérifiera s'il « *s'est correctement acquitté de ses obligations professionnelles*⁷⁴⁵ » et s'il a respecté un préavis suffisant en considération des relations nouées.

C. Les professionnels du droit

217. Une incompatibilité réaffirmée. En 2020, la Cour d'appel de Paris rappelle l'incompatibilité de la profession des conseils en propriété industrielle⁷⁴⁶ et des avocats⁷⁴⁷ avec toute activité commerciale. Ces arrêts regimberont à les intégrer au champ d'application de la rupture brutale. Ils retiennent une définition stricte de la commercialité, à rebours de l'élargissement constaté. Ils réfrèneront l'évolution de ces professions. Un décalage se crée nécessairement, déjà maintes fois mis en évidence.

218. Une frontière évanouie. Dans la vingt-septième édition du droit commercial et de affaires, on peut lire qu'« *il est sans doute grand temps d'abandonner les critères classiques du commerçant et de l'acte de commerce pour fixer de nouvelles bases à la commercialité*⁷⁴⁸ ». Mais il n'est déjà plus temps. Au début du vingtième siècle, les Professeurs Lyon-Caen et Renault faisaient déjà observer lucidement l'artificialité de la distinction entre droit commercial et droit civil ; une distinction dont ils savaient déjà qu'elle était vouée à disparaître⁷⁴⁹. L'évanescence ne la caractérise plus. La distinction a cessé et ce qui aurait dû être fait ne l'a pas été. Les différences de traitement se font subséquemment plus criantes.

⁷⁴⁵ Ph. BARRÉ, *ibid.*, spéc. p. 271 et p. 273.

⁷⁴⁶ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 04 mars 2020, n°18/15532, J.-D. n°2020-003999, « [...] aux termes de l'article L. 422-12 du code de la propriété intellectuelle, la profession de conseil en propriété industrielle est incompatible avec toute activité de caractère commercial ».

⁷⁴⁷ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 27 fév. 2020, n°17/19000, J.-D. n°0 : « Selon l'article 111 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991, la profession d'avocat est incompatible avec toutes les activités de caractère commercial, qu'elles soient exercées directement ou par personne interposée ».

⁷⁴⁸ D. LEGAIS, Droit commercial et des affaires 2021, Dalloz, 27^e éd, 2020, ISBN n°978-2-247-20350-5, 37, p. 27.

⁷⁴⁹ Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, Traité de droit commercial, T.1, 4^e éd., LGDJ, 1906, 103, pp. 109-111, spéc. p. 111 : « On peut regretter sans doute que les limites du Droit commercial et du Droit civil ne soient pas déterminées d'une façon plus précise en vertu de principes rationnels. Mais il ne fait pas oublier qu'il s'agit ici de rechercher quel a été le système du législateur, non de poser les bases d'une législation idéale. L'indétermination même des limites dont il s'agit provient sans doute de ce que les travaux préparatoires du Code de commerce ne donnent pas plus que le Code lui-même des indications sur la question. Mais on peut l'attribuer aussi quelque peu au caractère artificiel de la distinction entre le Droit civil et le Droit commercial que des motifs d'utilité pratique ont seuls fait admettre et qui est peut-être destinée à disparaître un jour ».

219. La déréglementation des activités réglementées. Certaines professions libérales relèvent des professions réglementées⁷⁵⁰. Selon la loi du 31 décembre 1990⁷⁵¹, elles sont soumises à un statut législatif, ou réglementaire, ou dont le titre est protégé. C'est sous la désignation englobante de professions réglementées que la réforme de certaines professions libérales a été entreprise⁷⁵². La sémantique est d'importance : elle imprègne une généralisation en dépit de la diversité des situations⁷⁵³. Elle l'éclipse et rompt avec certaines conceptions. Parmi les mesures prises : l'adjonction d'activités commerciales accessoires. Elle plonge, pour partie, les professions réglementées dans l'environnement concurrentiel. La « double casquette » rend plus ténue la réservation de compétences à l'une et l'autre des activités. Hormis les compétences techniques acquises, certaines autres s'exerceront indifféremment dans l'une et l'autre. Dans ce contexte, l'estocade sera portée à la déontologie. La déréglementation des professions réglementées contribue à rendre moins saillante⁷⁵⁴ l'activité libérale. Les évolutions des professions de conseils en propriété industrielle⁷⁵⁵ et d'avocats en témoignent. La diversification de leurs activités combinée à l'adjonction d'activités commerciales conduit à les placer irrémédiablement, en partie, dans le champ d'application de la rupture brutale. Mais ce sont les activités qui continuent d'en être exclues qui retiennent l'attention car elles déforment la matière. Le monopole partagé des conseils en PI maintient artificiellement des différences dans l'application des dispositions de la rupture brutale (1). La production par les ordres de leurs propres règles empêche les juges d'exercer leur pouvoir souverain d'appréciation, les privant *in fine* de mettre fin aux incohérences (2).

1. Le monopole partagé des conseils en propriété industrielle

220. En l'absence de critère univoque de commercialité et de jurisprudences concordantes. Dans l'arrêt du 04 mars 2020, en appel, la société de conseil en PI soutient appartenir au champ d'application de la rupture brutale⁷⁵⁶, mais selon les juges : ni l'exercice sous

⁷⁵⁰ G. CHABOT, Professions libérales, Synthèse *in* JCI Entreprise individuelle, date de fraîcheur : 06 juin 2021, 4.

⁷⁵¹ L. n°90-1258 du 31 déc. 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou dont le titre est protégé, JORF n°0004 du 05 janv. 1991, pp. 216-219.

⁷⁵² L. n°2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, JORF n°0074 du 29 mars 2011, texte 1.

⁷⁵³ G. CHABOT, *ibid.*, 3., pour l'ensemble des professions réglementées. Aut. conc., avis n°15-A-02 du 09 janv. 2015 relatif aux questions de concurrence concernant certaines professions juridiques réglementées, 696, relevant une diversité des situations et d'acteurs qui rend complexe la définition de leur rémunération par des principes communs.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, 2.

⁷⁵⁵ Les conseils en propriété industrielle sont ci-après désignés par l'expression « conseils en PI ».

⁷⁵⁶ « [...] il est artificiel sur un plan économique, et, surtout, contraire tant à la lettre et à l'esprit de l'article L. 442-6, l 5° du Code de commerce, d'exclure les conseils en propriété industrielle du bénéfice de ces dispositions, dès lors qu'il serait désormais illusoire et erroné de considérer que les sociétés en propriété industrielle ne lieraient avec leurs clients aucune relation de nature commerciale, d'autant que même les avocats, depuis un décret du 29 juin 2016, ne sont plus soumis à l'impossibilité d'exercer toute autre activité commerciale, puisqu'ils sont désormais autorisés à le faire à titre accessoire ».

forme de société commerciale, ni la possibilité de faire de la publicité, ne constitue un critère de commercialité. À défaut de précision, et pour cause : aucun consensus n'ayant été trouvé⁷⁵⁷, c'est alors renvoyé à une quadrature du cercle dont personne ne se satisfait. La question se pose toujours en 2021 : « *qu'est-ce au juste que la matière commerciale ?* », à propos du domaine de la présomption de solidarité⁷⁵⁸. Sans critère, les juges avaient précédemment relevé un courant d'affaires entre un cabinet de conseil en PI et une grande enseigne⁷⁵⁹. Il n'en faudrait pas davantage pour caractériser une relation commerciale établie. En outre, et à l'instar de l'architecte, le conseil fournit une prestation intellectuelle, un service qui est de nature à rendre les dispositions applicables au premier⁷⁶⁰, mais pas au second. Pour notre matière, la recherche d'un critère de commercialité peut être dépassée. L'extension du champ d'application aux entreprises force à mobiliser ses seuls critères distinctifs. L'un d'eux tenant à l'exercice d'une activité de production, de distribution ou de services rassemble ce qui a pu être à faux séparé. En l'occurrence, la diversification des missions du conseil en PI le rapproche d'un agent d'affaires.

221. Le conseil en PI comme agent d'affaires. Des traits communs s'infèrent de la confrontation de leurs éléments caractéristiques. Le premier est la fourniture de services : l'agent gère les affaires d'autrui⁷⁶¹ et le conseil en CPI offre ses services au public⁷⁶². La gestion et l'offre diffèrent, mais il faut entendre largement l'offre de services car, dorénavant, le conseil en CPI gère des portefeuilles marques, de brevets. Chacun d'eux noue des relations avec des tiers. Tous deux en font leur activité professionnelle, à titre habituel et rémunéré⁷⁶³. Ils peuvent être, ou non,

⁷⁵⁷ J. VALLANSAN et R. VABRES, Compétences des tribunaux de commerce – Détermination des actes de commerce, JCI Commercial, fasc. 37, maj 25 mai 2013, 2, 22 et s. : notion de spéculation, activité de circulation, notion d'entreprise, activité commerciale.

⁷⁵⁸ V. FORTI, Le domaine de la présomption de solidarité en matière commerciale, RTD Com. du 12 août 2021, p. 257.

⁷⁵⁹ Cass. Com., 03 avr. 2013, n°12-17.905, Bull. civ. IV, n°53, J.-D. n°2013-006176 : « [...] l'arrêt relève que si la rupture du mandat le 23 mai 2008 n'a été précédée d'aucun avertissement, [le mandant] a laissé le soin [au mandataire] de procéder, jusqu'à la fin de l'année 2008, à l'ensemble des renouvellements de marques et en déduit qu'un certain courant d'affaires a donc été maintenu jusqu'à cette date ». B. BRIGNON, Le conseil en propriété industrielle n'est pas commerçant, Hebdo édition affaires n°337 du 01 mai 2013.

⁷⁶⁰ Cass. Com., 16 déc. 2008, n°07-18.050, Bull. civ. IV, n°208, J.-D. n°2008-046291 : « pour rejeter l'action en responsabilité que [l'architecte] a engagée à l'encontre de la société [recourant aux prestations] pour rupture brutale de relations commerciales établies, l'arrêt retient que les prestations réalisées par un architecte, issues d'une création purement intellectuelle et exclusive de toute acquisition antérieure en vue de la revendre, constituent une activité par essence civile », ce à quoi les juges de la Cour de cassation ont répondu « qu'en statuant ainsi, alors que toute relation commerciale établie, qu'elle porte sur la fourniture d'un produit ou d'une prestation de service, entre dans le champ d'application de l'article L. 442-6-1, 5° du code de commerce ». La cassation est prononcée pour violation de la loi, soit pour la fausse application qu'il en a été faite par les juges du fond.

⁷⁶¹ Cass. Com., 05 déc. 2006, n°04-20.039, J.-D. n°Ø : « l'article L. 110-1 6 du code de commerce répute actes de commerce « toute entreprise de fournitures », et que cette disposition s'applique à la fourniture de services ».

⁷⁶² CPI, art. L. 422-1, « Le conseil en propriété industrielle a pour profession d'offrir [...] ses services au public [...] ».

⁷⁶³ CPI, art. L. 422-1, « Le conseil en propriété industrielle a pour profession d'offrir, à titre habituel et rémunéré, ses services au public [...] ». Cass. Com., 05 déc. 2006, n°04-20.039, *ibid* : « [l'activité du diagnostiqueur immobilier] revêt un caractère commercial dès lors qu'elle est exercée à titre habituel et lucratif ». SAINTOURENS (B.), La qualité de commerçant est reconnue à l'expert ne diagnostic immobilier, RTD Com. n°04 du 14 déc. 2007, p. 673.

mandatés⁷⁶⁴, pour s'occuper d'administrer des biens, corporels ou incorporels (titres de PI), de suivre les procès et de faciliter la conclusion de contrats⁷⁶⁵. Les missions du conseil en PI ont été diversifiées : en plus de conseiller, d'assister ou représenter les tiers en vue de l'obtention, du maintien, de l'exploitation ou de la défense des droits de PI⁷⁶⁶, elles s'insèrent dans une stratégie globale de « management de la PI » au sein des entreprises⁷⁶⁷. Les conseils prodigués dans l'intérêt du dépôt d'un brevet ne comprennent plus seulement la recherche d'antériorités, ils livrent une analyse du portefeuille de brevets : ses faiblesses, ses forces, son environnement concurrentiel grâce à l'élaboration de cartographies. Leur expertise s'étend, se complétant d'un sens aigu des affaires. Mais l'obstacle à la qualification suggérée dans ce rapprochement est la déontologie.

222. Une profession récente progressivement dotée de règles déontologiques⁷⁶⁸. Lors de sa promulgation en 1992⁷⁶⁹, le Code de la propriété intellectuelle consacre un chapitre aux conditions d'exercice de la profession de conseil en PI. Aucune n'indique l'incompatibilité avec l'activité commerciale. Lorsque sa partie réglementaire entre en vigueur, trois ans plus tard, l'article R. 422-52 prévoit l'exercice de la profession avec « *dignité, conscience, indépendance et probité, et dans le respect des lois et règlements régissant sa compagnie* ». L'article suivant lui interdit tout démarchage et publicité⁷⁷⁰. En 2003, le projet de loi pour la réforme de certaines professions judiciaires ou juridiques indique qu' « *aucune incompatibilité ne vient garantir le respect par les conseils en propriété industrielle de leur obligation d'indépendance* ». La loi y supplée. Le nouvel article L. 422-12 du CPI entérine l'incompatibilité. L'insertion est récente, sans faire douter que la profession ait toujours été dotée d'une déontologie. Il reste que l'intermédiaire s'est institué postérieurement aux titres qu'il gère. Les inventeurs précèdent logiquement ceux qui se sont entremis entre eux et leur titre : des privilèges, aux patentes, aux brevets. La matière a tôt connu la mondialisation, une complexification, une bureaucratie⁷⁷¹ viennent en conséquence. Le métier

⁷⁶⁴ G. VERMELLE, C. COULON, Agent d'affaires – Agent immobilier, JCI Civil Code > Art. 1240 à 1245-17, fasc. 315, maj : 26 fév. 2020, 4 : « *Selon la doctrine, l'agent d'affaires gère, moyennant rémunération, les affaires des autres. Il s'occupe de manière habituelle et professionnelle, des affaires d'autrui, qu'il soit ou non mandataire* ». PIMBERT (A.), Contrats de conseil, JCI Contrats – Distribution, fasc. 2030, maj 15 juin 2009, 6° Contrat de conseil en propriété industrielle (76-81), spéc. 77 : « *La mission de conseil est parfois accompagnée d'un mandat* ».

⁷⁶⁵ G. VERMELLE, C. COULON, *ibid.* 4.

⁷⁶⁶ CPI, art. L. 422-1.

⁷⁶⁷ A. PIMBERT, *ibid.* : « *Les prestations qu'il est susceptible de fournir sont très variées : il peut ainsi fournir des conseils sur l'intérêt d'un dépôt de brevet, d'une action en contrefaçon, rechercher si un brevet ou une marque identique n'ont pas déjà été déposés...* ». D. DOYEN, P. PIERRE, Le management de la PI, éd. n°1, 2019, consulté depuis l'url : https://www.inpi.fr/sites/default/files/11242_guidemanagement_ebook_3.pdf, le lun. 16 août 2021.

⁷⁶⁸ P. MAROLLÉ, Exercice de la profession de conseil en propriété industrielle et déontologie, Propriété industrielle n°4, avr. 2017, ét. 7.

⁷⁶⁹ L. n°92-597 du 1^{er} juill. 1992 relative au code de la propriété intellectuelle (partie législative), JORF n°0153 du 03 juill. 1992, pp. 8801-8843.

⁷⁷⁰ CPI, art. R. 422-53.

⁷⁷¹ C.-H. FROUART, 3. Fabrication et privatisation de l'innovation par le droit des brevets, in Béatrice Hibou éd., La bureaucratiation néolibérale. Paris, La Découverte, « Recherches », 2013, p. 77-102. DOI : 10.3917/dec.hibou.2013.01.0077.

de conseiller en PI s'est construit parallèlement et progressivement en tant que profession libérale, dotée d'une déontologie⁷⁷² mais avec un monopole partagé.

223. Le monopole partagé des conseils en PI. L'article L. 422-4 du CPI dispose que « *les personnes qui souhaitent se faire représenter dans les procédures devant l'Institut national de la propriété industrielle ne peuvent le faire, pour les actes où la technicité l'impose, que par l'intermédiaire de conseils en propriété industrielle dont la spécialisation [...] est en rapport avec l'acte* ». Le défaut de technicité prive donc le conseil en PI de représentation. De surcroît, le second alinéa du même article prévoit « *dans les situations où la représentation est facultative, le demandeur peut mandater un professionnel autre qu'un conseil sans tenir compte d'une quelconque spécialisation* ». Il pourra s'agir « *d'un avocat* », ou « *d'une entreprise ou d'un établissement public auxquels le demandeur est contractuellement lié* » ou « *d'une organisation professionnelle spécialisée* » ou « *d'un professionnel établi sur le territoire d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen intervenant à titre occasionnel et habilité à représenter les personnes devant le service central de la propriété industrielle de cet État* ». La liste est longue et ce qui revient, pour les commentateurs du CPI aux éditions Dalloz, à concéder que « *le monopole des conseils en PI est ainsi inexistant puisque même dans les situations où le recours à un mandataire est imposé, d'autres professionnels sont éligibles*⁷⁷³ ». À défaut de monopole, des prestations de services identiques sont donc offertes par différents professionnels, parmi lesquelles des entreprises. Pour celles-ci n'ayant pas le titre de conseil en PI, nous pensons qu'elles devront alors observer un préavis avant de cesser toute relation avec, par exemple, une entreprise avec un portefeuille de brevets alors que le conseil en PI n'y sera pas contraint.

⁷⁷² P. MAROLLÉ, *ibid.*, spéc. 1 : « *Du fait des missions qui lui sont confiées, le conseil en PI se doit de respecter les règles de déontologie en vigueur dans la profession, dont un inventaire à la Prévert inclurait la bonne moralité, la conscience, la courtoisie, la délicatesse, le désintéressement, la dignité, la diligence, l'honneur, l'indépendance, la loyauté envers les confrères, la probité, la prudence, le secret, etc.* », une liste, qui à défaut d'exhaustivité, rompt avec sa conception en philosophie kantienne, selon laquelle « *fonder la morale sur des principes aussi peu nombreux que possible : telle est l'ambition de la déontologie, dont la version la plus achevée est d'Emmanuel Kant (1724-1804)* » (F. COVA, « Emmanuel Kant et l'éthique des principes », in Nicolas Journet éd., La Morale. Éthique et sciences humaines. Auxerre, Éditions Sciences Humaines, « Synthèse », 2012, p. 85-95. DOI : 10.3917/sh.journ.2012.01.0085).

⁷⁷³ CPI, éd. Dalloz, commentaire sous l'article L. 422-4. V. dans le même sens : MAROLLÉ (P.), *ibid.*, 6, in fine : « *Les conseils en PI bénéficient d'un monopole de représentation, à l'exception de la représentation devant les juridictions, et non d'accablissement. Ils peuvent être amenés à partager dans certains cas ce monopole avec les salariés d'une entreprise ou d'un établissement, les avocats ou les autres professionnels européens « intervenant à titre occasionnel et habilités à représenter les personnes devant le service central de propriété industrielle » de leur État* ».

2. Les avocats comme entreprises

224. Aucune immunité en droit de la concurrence⁷⁷⁴. Il s'applique aux avocats, que ce soit à l'échelle européenne ou interne. Leur qualification en entreprise y est pourtant circonscrite. Elle ne se retrouve pas en matière de rupture brutale, pratique restrictive de concurrence. À l'incohérence de la coexistence des sens strict et large de la commercialité, s'ajoute celle de la qualification des avocats en entreprises dans le *grand* droit de la concurrence, absente du *petit*. Mais l'adjonction d'activités commerciales dérogatoires et l'application de dispositions issues du chapitre 1^{er}, du titre IV, du livre IV du code de commerce rapproche inéluctablement l'avocat de la qualification recherchée.

225. L'intermédiaire entre justiciables et tribunaux pour le bon fonctionnement de la justice. L'arrêt de 2020 réaffirme l'incompatibilité de la profession d'avocat « *avec toutes les activités de caractère commercial*⁷⁷⁵ ». En l'espèce, une banque a confié à un cabinet d'avocat le contentieux de « *la plus grande escroquerie immobilière et financière que la France ait jamais connue*⁷⁷⁶ ». Il va l'assister et représenter ses intérêts dans le cadre des actions litigieuses introduites. L'ampleur de l'affaire renseigne sur l'inclusion de la mission dans le monopole de postulation de l'avocat⁷⁷⁷, qu'il l'exerce parmi ses activités contentieuses. Y mettre un terme n'ouvre aucune action fondée sur la rupture brutale, en faveur de l'avocat. La relation en cause n'est pas commerciale. En tant qu'intermédiaire entre justiciables et tribunaux, les avocats « *contribuent au bon fonctionnement de la justice et, ainsi, à la confiance du public en celle-ci*⁷⁷⁸ ». Le rapport établi participe d'un idéal. Mais le droit de la concurrence distingue pourtant « *les attributions de nature économique des autres*⁷⁷⁹ », pour s'appliquer aux premières.

226. Les avocats qualifiés d'entreprise. Les activités libérales sont des activités économiques au sens de la jurisprudence européenne. La CJUE l'a affirmé eu égard à des expéditeurs en

⁷⁷⁴ I. LUC, Les professions libérales et le droit de la concurrence, Droit et patrimoine n°153, 1^{er} nov. 2006, pp. 64-74, spéc. p. 64.

⁷⁷⁵ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 27 fév. 2020, n°17/19000, *ibid.*

⁷⁷⁶ A. N., 06 déc. 2012, Proposition de résolution tendant à créer une commission d'enquête sur les insuffisances des dispositifs des investisseurs révélées par l'affaire Apollonia, et les suites qu'il convient d'y donner, n°479.

⁷⁷⁷ Cass. Civ. 2^{ème}, 28 janv. 2016, n°14-29.185 : « *la postulation consiste à assurer la représentation obligatoire d'une partie devant une juridiction et [...] un avocat ne postule pas lorsque la représentation n'est pas obligatoire* ».

⁷⁷⁸ CEDH, 21 mars 2002, *Nikula c/ Finlande*, req. n°31611/96, pt. 45.

⁷⁷⁹ I. LUC, *ibid.*, spéc. p. 66.

douane⁷⁸⁰, des médecins⁷⁸¹, des avocats⁷⁸². Le droit de la concurrence appartient au socle du Traité de Rome⁷⁸³, prévoyant l'établissement d'une concurrence non faussée dans le marché intérieur. De là, ni le droit communautaire tel qu'il résulte des actes pris par les différentes institutions européennes, ni les législations internes des États membres ne peuvent y contrevenir. En France, le Conseil de la concurrence avait sanctionné, à dix reprises, des ententes mises en œuvre par des barreaux⁷⁸⁴. Les pratiques étaient imputables aux ordres professionnels, sans que ceux puissent alléguer de mesure de caractère étatique⁷⁸⁵. C'est parce qu'ils ont été qualifiés d'entreprise que le droit de la concurrence a vocation à s'appliquer. Il ne devrait pas en être autrement en matière de pratiques restrictives de concurrence. Sans aller jusqu'à qualifier l'avocat d'entreprise, la Cour de cassation l'a envisagé en tant que prestataire de services pour accueillir sa demande d'intérêts moratoires, sur le double fondement des articles L. 441-6 et D. 441-5 du Code de commerce⁷⁸⁶. Le rempart de la déontologie tient bon, mais cette réglementation endogène est critiquée pour ses dérives.

227. L'auto-régulation mise en cause : les dérives corporatistes. Indépendante de l'État, la profession s'auto-régule et se soustrait à l'application de dispositions légales applicables aux entreprises. À l'instar du décret pris en Conseil d'État pour édicter le code de déontologie des médecins, le décret du 27 novembre 1991⁷⁸⁷ organise la profession d'avocat. Son article 111

⁷⁸⁰ Commission, déc. n°93/438/CEE, 30 juin 1993, JO 13 août 1993, n° L 203, p. 27, pt. 40, *in limine* : « Le fait que l'activité des expéditeurs en douane soit considérée par le droit italien comme une profession libérale ne fait pas obstacle au fait que les expéditeurs en douane sont des entreprises qui exercent une activité économique ». CJCE 18 juin 1998, *Commission des communautés européennes c/ République italienne*, aff. C 35/96, pt. 37 et 38 : [extraits] « l'activité des expéditeurs en douane présente un caractère économique », « la circonstance que l'activité d'expéditeur en douane serait intellectuelle, nécessiterait une autorisation et pourrait être poursuivie sans la réunion d'éléments matériels, immatériels et humains n'est pas de nature à l'exclure du champ d'application des articles 85 et 86 du traité CE ».

⁷⁸¹ CJCE, 12 sept. 2000, *Pavlov e.a*, C-180/98, Rec. p. I-6451, pt 77 : « les médecins spécialistes indépendants membres de la LSV exercent une activité économique et, partant, constituent des entreprises au sens des articles 85, 86 et 90 du traité, sans que la nature complexe et technique des services qu'ils fournissent et la circonstance que l'exercice de leur profession est réglementé soient de nature à modifier une telle conclusion ».

⁷⁸² CJCE 19 fév. 2002, C-309/99, *Wouters*, Rec. p. I-1577, pt. 48 et 49 : [extraits] « les avocats offrent, contre rémunération, des services d'assistance juridique consistant dans la préparation d'avis, de contrats ou d'autres actes ainsi que dans la représentation et la défense en justice. En outre, ils assument les risques financiers afférents à l'exercice de ces activités, puisque, en cas de déséquilibre entre les dépenses et les recettes, l'avocat est appelé à supporter lui-même les déficits », « les avocats inscrits aux Pays-Bas exercent une activité économique et, partant, constituent des entreprises au sens des articles 85, 86 et 90 du traité, sans que la nature complexe et technique des services qu'ils fournissent et la circonstance que l'exercice de leur profession est réglementé soient de nature à modifier une telle conclusion ».

⁷⁸³ I. LUC, Les professions libérales et le droit de la concurrence, *Droit et patrimoine* n°153, 1^{er} nov. 2006, pp. 64-74.

⁷⁸⁴ Toutes les décisions citées consécutivement sont relatives à des pratiques en matières d'honoraires mises en œuvre par le barreau en cause, pour chacune d'elles est alors précisée la référence, la date et le barreau en cause : n°96-D-69 du 12 nov. 1996, barreau de Quimper ; n°96-D-78 du 03 déc. 1996, barreau de Tarascon-sur-Rhône ; n°96-D-79 du 03 déc. 1996, barreau de Rennes ; n°97-D-29 du 14 mai 1997, barreau des Hautes-Alpes ; n°97-D-30 du 14 mai 1997, barreau de Clermont-Ferrand ; n°98-D-01 du 07 janv. 1998, barreau des Alpes de Haute-Provence ; n°98-D-02, du 07 janv. 1998, barreau de Colmar ; n°98-D-06 du 14 janv. 1998, barreau de Grenoble et n°98-D-07 du 14 janv. 1998, barreau de Marseille.

⁷⁸⁵ I. LUC, *ibid.*, spéc. p. 68. S. POILLOT-PERUZZETTO : Entente et abus de position dominante : interventions étatiques, *RTD Com.* n°04 du 16 déc. 2002, à propos notamment de : CJCE 19 févr. 2002, M. Arduino, aff. C-35/99.

⁷⁸⁶ Cass. Civ. 2^{ème}, 03 mai 2018, n°17-11.926, Bull. 2018, II, n°89, J.-D. n°2018-007210. G. DEHARO, Honoraires de l'avocat et retard de paiement : modalités du recouvrement, *Dalloz actualité* 18 mai 2018. C. CASEAU-ROCHE, Une pierre supplémentaire à la construction du contentieux de l'honoraire de l'avocat, *JCP G* n°22, 28 mai 2018, 599.

⁷⁸⁷ D. n°91-1197 du 27 nov. 1991 organisant la profession d'avocat, *JORF* n°0277 du 28 nov. 1991, pp. 15502-15522.

prévoit l'incompatibilité qui fait échec aux dispositions de la rupture brutale. La jurisprudence a, un temps, considéré que la violation d'une règle déontologique constituait *ipso facto*⁷⁸⁸ une faute civile⁷⁸⁹, avant de se raviser⁷⁹⁰. Les réactions en doctrine avaient été vives et désavouaient la solution : « *imposer aux juges de s'incliner devant le soi-disant pouvoir normatif de ces organismes professionnels procéderait donc d'une méconnaissance flagrante de la hiérarchie des sources du droit qui ne pourrait conduire qu'à des dérives corporatistes*⁷⁹¹ ». L'appréciation souveraine des faits, par les juges du fond, devrait les conduire à reconnaître l'exercice d'activités économiques par les avocats. Cette faculté ne peut leur être retirée. Ils peuvent mettre un terme à la discordance.

228. L'adjonction d'activités commerciales dérogoires. En 2016, le régime des incompatibilités a été modifié⁷⁹². Le principe demeure mais s'accompagne d'exceptions pour « *la commercialisation, à titre accessoire, de biens ou de services connexes à l'exercice de la profession d'avocat si ces biens ou services sont destinés à des clients ou à d'autres membres de la profession*⁷⁹³ ». La validité du régime dérogoire repose sur l'appréciation des caractères accessoire et connexe des activités commerciales exercées, leur conformité aux principes essentiels de la profession⁷⁹⁴ et l'exclusion des prospects⁷⁹⁵. La structuration de l'activité dérogoire suppose des aménagements⁷⁹⁶. Les montages subséquents devront permettre aux clients des activités commerciales une identification aisée de l'avocat ou de sa structure d'exercice.

⁷⁸⁸ S. PORCHY-SIMON, Santé – Responsabilité médicale – Principes généraux, JCI Civil Code > art. 1240 à 1245-17, fasc. 440-20, maj 26 juill. 2021, 29.

⁷⁸⁹ Cass. Com., 29 avr. 1997, n°94-21.424, Bull. 1997 IV, n°111, p. 98, J.-D. n°1997-001824 : « *ayant constaté que les transferts de dossiers de certains clients de la [société d'expertise-comptable dont une experte-comptable est démissionnaire] à la [société d'expertise-comptable concurrence dans laquelle l'experte-comptable démissionnaire a été embauchée] s'étaient effectués en méconnaissance des règles déontologiques de la profession d'expert-comptable, ce qui suffisait à établir que de tels agissements étaient constitutifs de concurrence déloyale* ». R. LICHABER, Déontologie et droit étatique, RTD Civ. n°01 du 16 mars 1998, p. 218, « *la décision est évidemment curieuse, qu'on échoue à justifier* ».

⁷⁹⁰ Cass. Com., 10 sept. 2013, n°12-19.356, Bull. 2013, IV, n°128, J.-D. n°2013-018905 : « *un manquement à une règle de déontologie, dont l'objet est de fixer les devoirs des membres d'une profession et qui est assortie de sanctions disciplinaires, ne constitue pas nécessairement un acte de concurrence déloyale* ».

⁷⁹¹ S. PORCHY-SIMON, *ibid.*, citant la Professeure Geneviève VINEY (JCP G 1997, I, 4068, n°1).

⁷⁹² D. n°2016-882 du 29 juin 2016 relatif à l'exercice de la profession d'avocat sous forme d'entité dotée de la personnalité morale autre qu'une société civile professionnelle ou qu'une société d'exercice libéral ou de groupement d'exercice régi par le droit d'un autre État membre de l'Union européenne, JORF n°0151 du 30 juin 2016, texte n°60, art. 4, 2°, c).

⁷⁹³ D. n°91-1197 du 27 nov. 1991, *ibid.*, art. 111 tel que modifié par D. n°2016-882, *ibid.*

⁷⁹⁴ D. PIAU, Décrets 63 et 67 Macron, I want your business, Part 2 : les incompatibilités, Gazette du Palais n°27 du 91 juill. 2016, p. 8, faisant référence à Cass. Civ. 1^{ère}, 14 mai 2009, n°08-13.422, Bull. civ. I, n°91 : « *le droit communautaire, lequel, s'il consacre le principe du libre exercice d'une activité économique et professionnelle, admet qu'il puisse faire l'objet de restrictions objectivement nécessaires à garantir l'observation des règles professionnelles et à assurer la protection des intérêts qui en constituent l'objectif, telle que, en l'espèce, la sauvegarde de la dignité de la profession d'avocat au regard de l'exercice d'une activité financière* ».

⁷⁹⁵ D. PIAU, *ibid.*

⁷⁹⁶ *Ibid.*, soulignant cependant l'inopportunité de se placer dans le cadre du régime dérogoire ; « *le principe même de l'article 111, b) permet la création, par des avocats, d'une SARL dédiée, par exemple, à la formation, dès lors qu'ils n'en assument pas la gérance, et ce, sans qu'elle soit limitée à rendre des prestations au profit des seuls clients* ».

En ce sens, le CNB recommande une facturation propre⁷⁹⁷. À défaut, les irrecevabilités⁷⁹⁸ pourraient être légion.

§2. Le rempart illusoire de la spécialité

229. Un champ d'application spécial composé des champs d'application des régimes spécifiques. Des dispositions spéciales s'imposent face à celles de la rupture brutale. Il faut dès lors considérer que des relations économiques relèvent de son champ d'application, mais se trouvent être exclues de l'application de ses dispositions, par l'application dérogatoire de dispositions plus spéciales⁷⁹⁹. L'adage *generalibus specialia derogant* le justifie. Son intervention requiert la vérification de conditions. L'une d'elles impose que les textes concurrents lient les intéressés⁸⁰⁰. Ils doivent donc appartenir à leurs champs d'application respectifs. Le rapport du *genre à l'espèce*⁸⁰¹ permet de l'expliquer : le spécial relève du général. La connaissance de régimes dérogatoires à la rupture brutale ne doit donc pas aboutir à affirmer que ceux qui en relèvent n'appartiennent pas à son vaste champ d'application⁸⁰². C'est notamment le cas des relations économiques de transports publics routiers de marchandises, exécutées par des sous-traitants qui, lorsque la durée du contrat-type prévoit la durée de préavis, rend inapplicable les dispositions de la rupture brutale. Il ne faut pas considérer pour autant qu'elles ne sont pas économiques. Les relations entretenues entre un associé-coopérateur et la société coopérative, à laquelle il adhère, suscitent davantage de difficultés pour justifier l'application exclusive des statuts.

230. La vérification de préconçus. Eu égard aux coopératives, la loi réserve aux statuts l'organisation de la fin des relations en cause. Les stipulations font face aux dispositions. En la matière, une application trop hâtive de l'adage *generalibus specialia derogant* est susceptible de mener à des préconçus. Dans le premier, les stipulations s'appliqueraient par dérogation aux dispositions en raison de leur incompatibilité. L'intervention de l'adage implique d'être en présence de textes dont il est impossible de faire application simultanément. Mais l'analyse substantielle des unes et des autres conduit à une convergence. La faute grave de l'associé-coopérateur exclu et

⁷⁹⁷ CNB, Guide pratique Activité commerciale dérogatoire, éd. n°1, déc. 2020, consulté depuis l'URL : [https://encyclopedie.avocats.fr/GED_BWZ/120695794887/CNB_2020-12-16_SPA_activite-commerciale-derogatoire\[web-P-K\].pdf](https://encyclopedie.avocats.fr/GED_BWZ/120695794887/CNB_2020-12-16_SPA_activite-commerciale-derogatoire[web-P-K].pdf), le mar. 17 août 2021.

⁷⁹⁸ CPC, art. 32 : « Est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir ».

⁷⁹⁹ Le rapport est celui du *plus spécial* par rapport au *spécial* étant donné que la rupture brutale est un ensemble de dispositions spéciales par rapport au droit commun.

⁸⁰⁰ A. SIRI, Des adages *Lex posterior derogat priori* & *Specialia generalibus derogant*. Contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français, Revue de la recherche juridique Droit prospectif, 2009-4, pp. 1781-1837, spéc. 9, consulté le mer. 25 août, depuis l'url : http://www.univ-mayotte.fr/_attachments/thomas-claverie-article-5-3-2-2/A.%2520SIRI%2520C%2520art.%2520RRJ%25202009-4.pdf.

⁸⁰¹ *Ibid.*, spéc. 1 et s.

⁸⁰² Hormis l'agent commercial qui a une activité civile.

de l'entreprise évincée pour inexécution de ses obligations, justifie l'absence de préavis. Le second voudrait que les stipulations s'appliquent à l'exclusion des dispositions car les relations de coopération relèveraient uniquement des premières mais pas des secondes. C'est faire une fausse application de l'adage, qui veut que l'espèce relève du genre. Les relations de coopération doivent alors être considérées comme des relations économiques.

231. La solution prétorienne. Lorsqu'elle a eu à connaître de relations de coopération, la Cour de cassation a posé le principe selon lequel les statuts écartent l'application des dispositions de la rupture brutale. S'il faut expliquer sa solution par l'intervention de l'adage, une incompatibilité doit être démontrée (A) et les relations de coopération doivent être appréhendées comme des relations économiques (B).

A. La rupture brutale écartée par les statuts coopératifs : une incompatibilité à démontrer

232. L'absence d'incompatibilité. Lors de l'exclusion d'un associé-coopérateur, seul le droit coopératif s'applique. À première vue, il est plus spécial que les dispositions spéciales de l'article L. 442-1, II du Code de commerce, en conséquence de quoi, son application est dérogoire, en vertu de l'adage *specialia generalibus derogant*. Mais la jurisprudence ne s'y réfère pas et il ne peut être admis directement car son application requiert la satisfaction de conditions. Après analyses sémantique et substantielle des solutions prétoriennes, celle de l'incompatibilité n'est pas remplie. Les dispositions et stipulations tendent vers la même solution : la caractérisation d'une faute grave justifie qu'aucun préavis ne soit observé (1). Mais lorsque des statuts prévoient un préavis en cas d'exclusion, les juges en appellent à l'ancienneté pour le justifier. Renvoyant au licenciement et à la rupture brutale, le critère ne convainc pas pour être utilisé en matière de coopérative (2).

1. L'exclusion de l'associé-coopérateur pour faute grave, sans préavis

233. L'irrecevabilité de l'action en rupture brutale du coopérateur exclu. En 2020, dans un arrêt d'appel de renvoi⁸⁰³, les juges entérinent la position de principe⁸⁰⁴ de la Cour de cassation : la non-application des dispositions de la rupture brutale à l'exclusion d'un associé-coopérateur. Le litige initié par ce dernier avait débuté sept ans plus tôt : exclu sans qu'aucun préavis n'ait été observé, après avoir été membre d'une coopérative, durant environ onze ans. L'irrecevabilité écarte tout examen au fond. Le demandeur est dépourvu de droit pour agir sur le fondement de la rupture brutale en présence de la législation coopérative. Les statuts organisent, en autres, l'adhésion, le retrait et l'exclusion des associés, sans qu'aucune disposition relative aux pratiques restrictives de concurrence ne s'interpose.

234. Trilogie d'arrêts pour l'application des statuts. Par trois fois en 2017, la Cour de cassation affirme l'application exclusive de stipulations statutaires ; à commencer par l'arrêt du 08 février 2017⁸⁰⁵, réglant un litige dans le secteur des transports. Le double visa comporte : l'article L. 442-6, I-5° du Code de commerce et l'article 7 de la loi du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération. Seul ce dernier est jugé applicable. L'arrêt d'appel est cassé pour violation de la loi car les juges du fond avaient appliqué les dispositions de la rupture brutale. Dans l'arrêt du 11 mai 2017⁸⁰⁶, le litige concerne des stations de radio, ayant décidé de se retirer d'un groupement d'intérêt économique⁸⁰⁷. Les juges visent cette fois les règles d'organisation dudit groupement⁸⁰⁸ et l'article relatif au déséquilibre significatif. Ils rejettent expressément les dispositions de la pratique restrictive de concurrence, pour seulement appliquer les règles statutaires du GIE. Enfin, l'arrêt du 18 octobre 2017⁸⁰⁹ étant un arrêt de rejet, et en l'absence de visa, on relève l'expression

⁸⁰³ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 12 mars 2020, n°17/06355, J.-D. n°2020-004000 : « En application de l'article 7 de la loi du 10 septembre 1947, les statuts des coopératives fixant les conditions d'adhésion, de retrait et d'exclusion des associés, les conditions dans lesquelles les liens unissant une société coopérative et un associé peuvent cesser sont régies par les statuts de celle-ci et en conséquence la demande fondée sur l'article L. 442-6-1, 5° doit être déclarée irrecevable ».

⁸⁰⁴ Cass. Com., 08 fév. 2017, n°15-23.050, Bull. Civ. IV, n°25, J.-D. n°2017-001815 : « [...] les statuts des coopératives fixant aux termes du second de ces textes, les conditions d'adhésion, de retrait et d'exclusion des associés [ces textes], les conditions dans lesquelles les liens unissant une société Coopérative et un associé peuvent cesser sont régies par les statuts de cette dernière et échappent à l'application du premier de ces textes ». BEHAR-TOUCHAIS (M.), L'exclusion brutale d'un associé coopérateur : quand le droit spécial chasse le droit plus général, BJS n°05, p. 324, n°116h3, 1. « L'éviction d'un associé d'une coopérative doit-elle respecter un délai de préavis sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ? La Cour de cassation répond par la négative, par un arrêt de principe [...] », souligné par nous. Cass. Com., 21 juin 2017, n°15-23.050, rectifiant l'erreur matérielle, contenue au premier paragraphe après le visa : « ces textes », mots supprimés.

⁸⁰⁵ Cass. Com., 08 fév. 2017, n°15-23.050, *ibid.*

⁸⁰⁶ Cass. Com., 11 mai 2017, n°14-29.717, Bull. civ. IV, n°69, J.-D. n°2017-008800 : « [...] sont exclues du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce les modalités de retrait du membre d'un groupement d'intérêt économique, prévues par le contrat constitutif ou par une clause du règlement intérieur de ce groupement », souligné par nous.

⁸⁰⁷ Le groupement d'intérêt économique est désigné, ci-après, par l'acronyme communément admis « GIE ».

⁸⁰⁸ C. Com., art. L. 251-1 [constitution, but et activité du groupement], L. 251-8 [forme, contenu et publicité du contrat constitutif du GIE] et L. 251-9 [admission et retrait des membres du GIE].

⁸⁰⁹ Cass. Com. 18 oct. 2017, n°16-18.864, Bull. civ. IV, n°136, J.-D. n°2017-020501 : « [...] l'arrêt énonce à bon droit que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° et 5°, du code de commerce sont étrangères aux rapports entretenus par les sociétés en cause, adhérentes d'une société coopérative de commerçants détaillants avec cette dernière », souligné par nous.

« à bon droit », approbation lourde⁸¹⁰ de la solution des juges d'appel, qui exclut les dispositions de la rupture brutale. La solution est invariable. Dans ces trois arrêts, la Cour de cassation écarte les dispositions de pratiques restrictives de concurrence (rupture brutale et déséquilibre significatif) pour retenir les dispositions propres à certaines structures (société coopérative et groupement d'intérêt économique). Les verbes employés nous font douter de l'application d'une directive d'interprétation prise en l'adage : *specialia generalibus derogant*.

235. Des stipulations hors champ d'application de la rupture brutale. Dans les trois arrêts susvisés, la solution retenue est insérée au moyen des trois verbes : « échapper », « être exclu » et « être étranger »⁸¹¹. Ils expriment l'idée selon laquelle les coopératives et GIE ne font pas partie du même ensemble que celui visé par la rupture brutale. En d'autres termes, ces structures ne relèvent pas de son champ d'application. En considérant ainsi les solutions, l'adage *specialia generalibus derogant* n'aurait pas vocation à intervenir. En effet, il est mobilisé par les juges pour « résoudre d'éventuelles difficultés résultant d'un conflit, d'une collision ou d'une opposition entre des textes⁸¹² ». Et plusieurs conditions doivent être satisfaites : (i) la pluralité de textes applicables, (ii) l'identité de valeur juridique des textes et (iii) l'incompatibilité des textes⁸¹³. La première est partiellement vérifiée car les législations des structures et des pratiques restrictives de concurrence appartiennent au droit positif et sont en vigueur, mais il n'est pas certain qu'elles lient les intéressés⁸¹⁴. La seconde ne pose pas de difficulté. Quant à la dernière, il faut se demander s'il est impossible d'appliquer les textes de manière simultanée⁸¹⁵. Là encore la réponse ne peut être fournie directement. Ce faisant, livrons l'analyse substantielle de l'arrêt rendu au double visa de l'article L. 442-6, I-5° du Code de commerce et de l'article 7 de la loi du 10 septembre 1947⁸¹⁶.

236. Les cas de cessation des relations entre coopérative et coopérateur. Dans le commentaire du visa, les juges indiquent que « les statuts des coopératives fixant aux termes du second de ces textes [article 7 de la loi du 10 septembre 1947], les conditions d'adhésion, de retrait

⁸¹⁰ S. CREVEL, Exclusion du coopérateur pour manquement : plus c'est long, moins c'est grave, Droit rural n°460, fév. 2018, comm. 30.

⁸¹¹ Deux sont employés à la voix passive, indiquant que « le sujet est le patient de l'action, c'est-à-dire qu'il la subit » (Bescherelle, *ibid.*, 101). Mais, en l'occurrence, les sujets sont alternativement les statuts et les dispositions des pratiques restrictives de concurrence.

⁸¹² A. SIRI, Des adages *Lex posterior derogat priori* & *Specialia generalibus derogant*. Contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français, Revue de la recherche juridique Droit prospectif, 2009-4, pp. 1781-1837, consulté depuis l'url : http://www.univ-mayotte.fr/_attachments/thomas-claverie-article-5-3-2-2/A.%2520SIRI%2520C%2520art.%2520RRJ%25202009-4.pdf, le dim. 22 août 2021, spéc. 4.

⁸¹³ A. SIRI, *ibid.* spéc. 7 et s.

⁸¹⁴ *Ibid.* spéc. 9 : « La condition préalable à l'application de l'un ou de l'autre adage est la présence de deux ou plusieurs textes, car à défaut de pluralité de textes il n'y pas de difficulté d'application puisqu'il faut appliquer l'unique texte compétent. Mais encore faut-il que ces textes soient applicables c'est-à-dire qu'ils appartiennent au droit positif, qu'ils soient en vigueur, qu'ils lient les intéressés, car en présence de deux textes dont l'un est inapplicable il faut appliquer évidemment le seul texte applicable ».

⁸¹⁵ *Ibid.* spéc. 16.

⁸¹⁶ Cass. Com., 08 fév. 2017, n°15-23.050, *ibid.*

et d'exclusion des associés, les conditions dans lesquelles les liens unissant une société coopérative et un associé peuvent cesser sont régies par les statuts de cette dernière et échappent à l'application du premier de ces textes [l'article L. 442-6, 1-5° du Code de commerce] ». En paraphrasant, les statuts organisent la cessation des liens entre la société coopérative et l'associé coopérateur. Le substantif utilisé se veut englobant mais en se reportant au fonctionnement de la société coopérative, il ne rend pas compte des situations auxquelles l'associé coopérateur peut être confronté. Selon l'article 7 susvisé, les statuts fixent les conditions « *de retrait, de radiation et d'exclusion des associés* » : ils peuvent donc se retirer, être radiés ou être exclus. Radiation mise à part, le retrait s'oppose à l'exclusion dans la mesure où c'est uniquement dans cette première situation que l'associé-coopérateur en a l'initiative. Ce n'est donc pas dans l'exercice de ce droit que l'associé-coopérateur entend se prévaloir des dispositions de la rupture brutale. Ce ne peut être alors qu'en cas d'exclusion, une faculté revenant à la coopérative.

237. L'exclusion de l'associé-coopérateur en cas de faute grave. La faculté d'exclusion de la coopérative n'est pas le pendant du droit de retrait de l'associé-coopérateur⁸¹⁷. Il est libre d'exercer son droit⁸¹⁸. À l'inverse, le conseil d'administration de la coopérative est tenu de motiver la décision d'exclusion, en démontrant l'existence d'une faute grave⁸¹⁹. C'est aux juges de la contrôler⁸²⁰, sans que les statuts ne puissent leur retirer cette vérification⁸²¹. En la matière, la faute grave est celle qui compromet le bon fonctionnement de la société⁸²². La jurisprudence fournit diverses illustrations dans lesquelles la gravité est caractérisée⁸²³. Elle est telle que le maintien de l'associé-coopérateur n'est pas envisageable. En ce cas, comme en matière de rupture brutale, nous le verrons, la faute grave est évasive de préavis. Lors d'une exclusion, la procédure disciplinaire se déroule en un temps resserré. Il ne saurait être assimilé à un quelconque préavis

⁸¹⁷ M. HÉRAIL, Régulation des mouvements des associés dans les sociétés coopératives, Droit des sociétés n°1, janv. 2002, chron. 1.

⁸¹⁸ M. HÉRAIL, Coopérative, in V. MAGNIER, Rép. de droit des sociétés, sept. 2002, maj fév. 2020, 234 : « *Le droit de retrait dans les sociétés coopératives relève de l'ordre public et il s'avère, par conséquent, impossible de supprimer cette prérogative dans les statuts de la société. Le coopérateur est ainsi libre de quitter la société à tout moment, à charge pour lui de respecter le délai de préavis généralement déterminé dans les statuts [...]* » ; 237 : « *La loi ne fixant aucune condition de durée, il appartient aux juges d'apprécier le caractère excessif ou non de la durée d'engagement. Les magistrats contrôlent donc la durée d'engagement et concèdent la sortie des coopérateurs avant le terme de la convention lorsqu'ils estiment que la période prévue est abusive. Les juges considèrent de fait qu'une période d'engagement est abusive lorsqu'elle supprime en pratique la liberté individuelle d'exercer le droit de retrait (Cass. civ. 1^{ère}, 03 juill. 1973, n°72-10.001 Bull. civ. I, n°228 [durée d'engagement de 99 ans, jugée excessive par rapport à la durée moyenne de la vie humaine]).* »

⁸¹⁹ M. HÉRAIL, Coopérative, *ibid.*, 249.

⁸²⁰ *Ibid.*, 249 : « *[...] les motifs énoncés sont contrôlés par les tribunaux* ».

⁸²¹ *Ibid.*, 251 : « *La Cour de cassation [...] s'autorisant même à écarter les dispositions statutaires, lors ces dernières excluent expressément tout pouvoir de contrôle judiciaire (Cass. Com., 21 oct. 1997, Bull. 1997 IV, n°281, p. 242, n°95-13.891, J.-D. n°1997-004279)* ».

⁸²² *Ibid.*, 250.

⁸²³ Le Lamy Sociétés Commerciales [en ligne], maj fév. 2022 n°5372, fournissant plusieurs exemples dans lesquels les magistrats ont reconnu l'exclusion justifiée. À l'inverse, la décision d'exclusion peut aussi être judiciairement annulée. En ce cas, une partie de la doctrine est favorable à la réintégration forcée de l'associé-coopérateur dans la coopérative.

car sa durée se rapporte à celles des formalités à accomplir. Il n'est pas fonction de la relation entre l'associé exclu et la société coopérative.

238. Le défaut d'incompatibilité. Les dispositions de la rupture brutale et les statuts prévoient l'absence de préavis en cas de faute grave. Le fait de parvenir à une solution identique ne révèle pas de contrariété⁸²⁴ entre les textes applicables. À défaut d'incompatibilité, la solution jurisprudentielle ne peut dès lors être expliquée par l'adage qui ne peut intervenir. Par contre, la contrariété pourrait venir de statuts prévoyant un préavis à l'exclusion.

2. L'exclusion d'associé-coopérative pour faute grave, avec préavis

239. Une exclusion d'associés-coopérateurs avec préavis. Dans un arrêt du 29 juin 2017⁸²⁵, les juges d'appel valident l'exclusion de sociétés d'une coopérative, avec un préavis de trois mois. Elles la contestent. Leurs demandes sont diverses : elles mettent en cause la procédure de cooptation, allèguent la nullité des délibérations du conseil d'administration et invoquent une rupture brutale. Sur cette dernière, les sociétés exclues affirment que « *leur relation avec la coopérative [...] était bien une relation commerciale* ». Ni infirmation ni confirmation de la part des juges sur cette allégation. Leur mutisme pose problème pour l'examen de la solution : non dans la partie relative au respect du préavis, mais dans celle qui en fixe le point de départ. Ce faisant, ils empruntent la logique propre à la rupture brutale, et l'allégation des sociétés exclues serait donc vérifiée.

240. L'application des statuts contrôlée par les juges. Conformément aux statuts, un préavis de trois mois devait être respecté à compter de la décision d'exclusion. Les juges confirment qu'il l'a bien été. S'agissant d'une société coopérative artisanale, la loi du 20 juillet 1983⁸²⁶ est applicable et selon l'article 9, « *les statuts déterminent les modalités d'exclusion des associés* ». Il est aussi prévu que la décision d'exclusion est susceptible d'appel. En l'espèce, cette procédure a bénéficié aux sociétés exclues. Elles ont contesté la validité des décisions d'exclusion du conseil d'administration. Pour les juges, la voie de l'appel « *a purgé les vices antérieurs* ». La procédure prévue par les statuts a dûment été suivie, l'exercice des droits de la défense a pu avoir lieu. Si les juges semblent se cantonner à contrôler ce que les statuts prévoient, ils s'attardent pourtant à fixer le point de départ de la procédure d'exclusion.

⁸²⁴ A. SIRI, *ibid.* spéc. 15 et s.

⁸²⁵ CA Paris, Pôle 05, Ch. 09, 29 juin 2017, n°16/14653, J.-D. n°0.

⁸²⁶ L. n°83-657 du 20 juill. 1983 relative au développement de certaines activités d'économie sociale, JORF n°0167 du 21 juill. 1983.

241. Le point de départ du préavis en lieu et place de la caractérisation de la faute grave.

L'un des points discutés par les litigantes est celui de savoir à partir de quand le préavis a commencé à courir. En matière de rupture brutale, cette recherche est comprise dans celle du caractère suffisant du préavis octroyé. En l'espèce, les juges remontent au début de la procédure disciplinaire, soit plus de six mois avant que l'assemblée générale confirme les exclusions. Ils admettent que « *bien que l'issue n'était alors pas certaine, il y avait une possibilité sérieuse pour qu'elle aboutisse* ». Ils suggèrent donc que dès la procédure d'exclusion entamée, les relations allaient indubitablement se dénouer. Leur solution s'accorde avec la logique propre à l'exclusion. Elle commande la démonstration d'une faute grave, une faute telle qu'elle entrave le fonctionnement de la société, qu'elle empêche toute poursuite des relations. En l'occurrence, diverses fautes ont été rapportées. Le conseil d'administration a consigné les griefs visant à « *entraver le fonctionnement de la coopérative et de ses organes de direction jusqu'à mettre son existence en péril* ». Pour la cour, ils « *suffisent à motiver tout ou en partie l'exclusion des sociétés concernées* » sans que l'on sache « *s'il y a avait une véritable faute ou plutôt une profonde mésentente, un peu trop vivement exprimée*⁸²⁷ ». Teintée d'approximation, la solution ne convainc pas alors qu'en la matière, le contrôle judiciaire de l'exclusion et de ses motifs est « *d'une certaine façon, d'ordre public*⁸²⁸ ». Les juges ne peuvent à la fois considérer l'existence d'une faute grave et se reporter au début de la procédure disciplinaire comme pour y fixer le point de départ du préavis. S'ils y sont contraints par des statuts peu conformistes, ils ajoutent d'autres critères éloignés de la logique propre à l'exclusion.

242. Les critères inadéquats d'appréciation de la gravité du manquement.

La Cour de cassation a admis qu'il puisse être tenu compte de l'ancienneté de l'associé-coopérateur exclu au sein de la coopérative, des services rendus par le premier à la seconde et de l'absence d'impact sur la qualité et la notoriété de ses produits pour apprécier la gravité du manquement⁸²⁹. Aucun n'emporte totalement l'adhésion⁸³⁰ et particulièrement pas celui relatif à l'ancienneté, seul critère examiné ci-après. En doctrine, le parallèle est fait avec le droit social : en cas de contestation de la cause réelle et sérieuse du licenciement « *le juge du contrat de travail a égard à la plus ou moins grande ancienneté du salarié dans l'entreprise*⁸³¹ ». Le nombre important d'années dans le lien de subordination, sans incident notable pour y porter atteinte, viendrait atténuer la gravité de la faute. Ce « *raisonnement travailliste*⁸³² » n'aurait pas sa place au sein des coopératives, au sein

⁸²⁷ M. BEHAR-TOUCHAIS, La confirmation timide du recul de l'article L 442-6 du Code de commerce, BJS n°11 du 01 nov. 2017, p. 683.

⁸²⁸ Le Lamy Sociétés Commerciales, [en ligne], maj fév. 2022, n°5372.

⁸²⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 06 déc. 2017, n°16-20.680, J.-D. n°2017-027760, troisième moyen.

⁸³⁰ S. CREVEL, Exclusion du coopérateur pour manquement : plus c'est long, moins c'est grave, Droit rural n°460, fév. 2018, comm. 30.

⁸³¹ *Ibid.*

⁸³² *Ibid.*

desquelles la nature du lien n'est pas le salariat⁸³³. Le critère de l'ancienneté sert aussi la détermination du caractère établi des relations commerciales. Il rejait au moment d'apprécier le préavis. Sa durée est fonction de celle des relations, ce qui revient à affirmer que la durée suffisante est notamment fixée par référence à l'ancienneté. Au cas présent, l'ancienneté ne devrait pouvoir venir atténuer la gravité de la faute. Nous serions davantage en faveur de la conception inverse : l'ancienneté fait croître l'importance du lien noué, y porter atteinte serait alors d'autant plus grave.

243. La stipulation d'un préavis en cas d'exclusion. Est-ce que les statuts devraient ne pas pouvoir prévoir de préavis en cas d'exclusion ? Selon la loi, il incombe aux seuls statuts de fixer les conditions générales de l'exclusion d'un associé-coopérateur⁸³⁴. L'introduction d'un préavis se conçoit difficilement avec l'exclusion, à charge pour la coopérative d'expliquer aux associés-coopérateurs en place pourquoi le contrevenant en bénéficierait. Pour prendre l'exemple des sociétés coopératives agricoles, l'article R522-8 du Code rural et la pêche maritime prévoit que « l'exclusion d'un associé coopérateur peut être prononcée pour des raisons graves, notamment si l'associé coopérateur a été condamné à une peine criminelle, s'il a nui sérieusement ou tenté de nuire à la société par des actes injustifiés ou s'il a falsifié les produits qu'il a apportés à la coopérative ». La conciliation semble impossible.

Les dispositions de la rupture brutale sont écartées par les statuts coopératifs. La solution de la Cour de cassation ne peut être expliquée par l'intervention de l'adage *specilia generalibus derogant* car l'une de ses conditions d'application, celle tenant à l'incompatibilité des textes applicables, n'est pas vérifiée. L'incompatibilité pourrait provenir du fait que les statuts prévoient un préavis en cas d'exclusion. L'hypothèse devrait être isolée, mais sa seule existence devrait pousser à envisager l'application de l'adage en vérifiant que les textes applicables, stipulations et dispositions, lient les intéressés, soit : que les relations de coopération relèvent du champ d'application de la rupture brutale.

B. Un champ d'application commun pour l'application dérogatoire

244. L'inapplication par ineffectivité. Des entreprises de la grande distribution à dominante alimentaire, du commerce de détail d'articles spécialisés, des transports, ont constitué des sociétés coopératives. Toutes exercent des activités économiques et leurs caractères imprègnent jusqu'aux relations nouées entre la structure coopérative et ses adhérents. Les rapports infrastructurels

⁸³³ L'intensité de la position variera selon les secteurs considérés. L'approche sociale de la coopérative entend demeurer bien que l'aspect idéologique s'étiole.

⁸³⁴ Le Lamy Sociétés Commerciales [en ligne], maj fév. 2022, n°5371.

peuvent être conçus comme des relations économiques. Si pour certains cela ne fait aucun doute⁸³⁵, et on les rejoint, la caractérisation d'une valeur créée lors des échanges entre structure et adhérent pourrait convaincre ceux qui sont hostiles à cette conception, ceux pour qui le droit des groupements prime et ne subit aucune atteinte. Pour continuer notre recherche, observons ce que les relations coopérative-coopérateur ont d'économique et non plus ce qu'elles ont de commercial. Il faut conjuguer avec les mutations profondes subies par le modèle coopératif. Elles expliquent la quête de protection lorsque les relations cessent. Mais en dépit de relever de son champ d'application (1), les dispositions de la rupture brutale ne semblent pas constituer une réponse efficace pour l'adhérent (2). En cas d'exclusion, la faute grave élude le préavis et en cas de retrait, son intérêt à agir fait défaut. Il reste qu'en l'absence de caractérisation de la faute grave, le coopérateur injustement exclu pourrait faire valoir sa réintégration.

1. Les rapports de coopération : un partage de valeur

245. La coopération : un rapport dénué d'asymétrie. Le fondement du droit coopératif repose sur la double qualité de l'associé-coopérateur⁸³⁶. « [...] *la société ne se révèle que l'instrument de l'œuvre poursuivie par les coopérateurs*⁸³⁷ ». Historiquement, les « *capitalistes-sans-le-sous* » s'unissaient pour accroître leurs capacités financières⁸³⁸. Ils instituaient une société, une communauté d'intérêts, pour réaliser leurs projets. Depuis, le facteur humain, et les valeurs s'y rapportant, priment⁸³⁹. Le rapport considéré est aux antipodes de celui ayant commandé l'introduction de la rupture brutale. Schématiquement, le premier s'envisage horizontalement : dans un rapport de pairs, tandis que le second, verticalement : de dominant à dominés. La coopération ne connaît pas la soumission. Ce rapport dénué d'asymétrie justifierait l'inapplication des pratiques restrictives de concurrence⁸⁴⁰. Pourquoi un associé-coopérateur chercherait-il à préserver sa situation d'une structure d'entraide à laquelle il est, de surcroît, libre d'adhérer et de se retirer ? Mais l'asymétrie n'est nullement une condition d'application. En conséquence, le rapport coopératif

⁸³⁵ R. RANGEARD, *ibid.*, spéc. 315, pp. 270-271 : « *Relations commerciales établies dans les coopératives. [...] Les sociétés coopératives assurent bien auprès des coopérateurs un ensemble de services, comme le fait de négocier auprès des fournisseurs les prix annuels par le biais des centrales d'achat, et des échanges commerciaux ont bel et bien lieu lorsqu'il s'agit d'apporter une production agricole contre rémunération. Ce service aux coopérateurs, qui justifie avant toute autre chose la création de la société coopérative, entre sans contestation dans le giron de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce* ».

⁸³⁶ M. HÉRAIL, Le lien coopératif au sein des sociétés coopératives, *Revue internationale de l'économie sociale*, n°278, oct. 2000, pp. 47-78, <https://doi.org/10.7202/1023851ar>.

⁸³⁷ *Ibid.*, spéc. p. 53.

⁸³⁸ M. HÉRAIL, *Coopérative, ibid.*, 1.

⁸³⁹ M. HÉRAIL, Le lien coopératif au sein des sociétés coopératives, *ibid.*, spéc. pp. 47-48 : « *On a longtemps considéré que l'inspiration sociale de la coopération se suffisait à elle-même, cette dernière se résumant finalement en l'application de grands principes humains comme la solidarité, l'entraide et la responsabilisation* ».

⁸⁴⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS, La limitation du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce par la règle *specialia generalibus derogant*, *JCP G*, n°27, 03 juill. 2017, p. 1312-1315.

pourrait très bien en relever. Le délitement du modèle archétypal de la coopération sociale⁸⁴¹, entraînant de profondes mutations, s'inscrit en ce sens.

246. Le modèle coopératif altéré par la grande distribution. Dans sa thèse consacrée aux mutations du modèle coopératif dans sa confrontation avec le marché, Romain Rangeard décrit l'influence de la pratique sur la perception des principes coopératifs⁸⁴². Tout y semble malmené. L'organisation de grands distributeurs en sociétés coopératives dévoie l'entrée et la sortie des adhérents. La libre adhésion et le libre retrait n'en ont plus que la dénomination. Les adhérents sont strictement sélectionnés à l'entrée. Quant à la sortie : « *de droit de préemption en droit d'agrément, [les chefs de réseaux] se sont arrogés le pouvoir de décider à qui l'associé pourra vendre ses parts, et à qui il pourra vendre son fonds de commerce*⁸⁴³ ». Le retrait déclenche aussi des obligations post-contractuelles : l'ancien associé est le plus souvent lié par des clauses de non-concurrence. Par ailleurs, on sait que la conquête du marché de la distribution des produits de consommation de masse s'est faite avec le regroupement des distributeurs. Les centrales d'achat et de référencement ont pris la forme de coopératives. Si elles en respectent la logique afférente en leur sein, elles contribuent à forger des déséquilibres dans leurs rapports avec les producteurs et fournisseurs.

247. Les coopérateurs, les uns contre les autres. L'arrêt de la Cour de cassation du 18 octobre 2017⁸⁴⁴ concerne une société coopérative d'achat en commun. Son règlement intérieur organise ses rapports avec les adhérents. Il définit les conditions d'implantation et d'ouverture des nouveaux points de vente. Un commerçant détaillant bénéficie d'une exclusivité pour l'ouverture d'un établissement dès lors qu'il remplit les objectifs généraux d'implantation et de couverture de marché, fixés par le conseil d'administration. Cette possibilité lui est alors réservée, à l'exclusion des autres sociétés associées. C'est bien la première d'entre elles à atteindre les objectifs qui bénéficiera de l'exclusivité, il ne ferait pas sens de l'accorder à toutes si toutes remplissent les objectifs ; cela reviendrait à ne pas la faire exister. En cela, l'exclusivité brise l'esprit coopératif. A l'extrême, elle dresse les coopérateurs les uns contre les autres, en relativisant, elle instille une certaine dose de rivalité pouvant être perçue positivement comme émulation⁸⁴⁵. Mais peu importe la conception retenue, la rupture avec la matière est consommée. « *La coopération a de tout temps connu de grandes difficultés à se démarquer des sociétés capitalistes*⁸⁴⁶ ». Présentées comme des « *entités acapitalistes* », elles « *doivent toutefois fonctionner dans un environnement quasi-*

⁸⁴¹ M. HÉRAIL, Le lien coopératif au sein des sociétés coopératives, *ibid.*

⁸⁴² R. RANGEARD, Les mutations du modèle coopératif confronté au marché, 2019, th., spéc. 119 et s., p. 108 et s.

⁸⁴³ R. RANGEARD, *ibid.*, spéc. 121, pp. 109-110.

⁸⁴⁴ Cass. Com. 18 oct. 2017, n°16-18.864, *ibid.*

⁸⁴⁵ Un coopérateur ne cherchant pas à dépasser les autres, mais à dépasser ses propres objectifs.

⁸⁴⁶ M. HÉRAIL, Le lien coopératif au sein des sociétés coopératives, *ibid.*, spéc. p. 47.

*exclusivement guidé par des valeurs capitalistes*⁸⁴⁷ ». Leur adaptation à cet environnement se produit de façon endogène, illustration prise dans l'arrêt analysé, et exogène. Le législateur a bouleversé le droit coopératif en ouvrant la porte aux associés non coopérateurs⁸⁴⁸. Sa crise d'identité⁸⁴⁹ s'est poursuivie depuis.

248. Des sociétés coopératives réticulaires créatrices de valeur. En 1986, le rapport sur les coopératives de transport routier de marchandises faisait état de l'atomisation des structures⁸⁵⁰, soit un très grand nombre d'entreprises, éparpillées sur le territoire. En 2004, un autre rapport explique que leur groupement en coopératives était moindre en raison d'une législation inadéquate⁸⁵¹. Elle a évolué en attribuant la qualité de voiturier à la coopérative⁸⁵². Elle peut alors « *conclure directement les contrats de transport, [...] endosser la responsabilité du transporteur et [...] répondre ainsi, en son nom propre, des pertes et avaries et des retards survenus pendant le transport envers la clientèle, quel que soit l'adhérent de la société coopérative qui a exécuté ce transport* »⁸⁵³ ». De là, de petites et moyennes structures se sont regroupées en sociétés coopératives d'entreprises de transport routier⁸⁵⁴. La mise en commun de moyens, dont leur parc de véhicules, leur a permis d'acquérir une puissance commerciale, qu'elles n'auraient pas pu obtenir isolément⁸⁵⁵. Ensemble, elles maillent le territoire national, voire européen⁸⁵⁶ : l'organisation est réticulaire. L'efficacité du modèle coopératif a été observée en plusieurs

⁸⁴⁷ *Ibid.*, spéc. p. 49.

⁸⁴⁸ M. HÉRAIL, *Coopérative, ibid.*, 267.

⁸⁴⁹ M. HÉRAIL, Le lien coopératif au sein des sociétés coopératives, *ibid.*, spéc. p. 47.

⁸⁵⁰ Transports Études Recherches, Les coopératives de transport routier de marchandises – Caractéristiques générales fonctionnement et viabilité, mars-sept. 1986, consulté depuis l'URL : http://temis.documentation.developpement-durable.gouv.fr/docs/Temis/0001/Temis-0001158/678_1.pdf, le lun. 23 août 2021, spéc. p. 1.

⁸⁵¹ P. DEBEEUSSCHER, Rapport sur les coopératives d'entreprises de transport, Conseil national des Transports, 01 juin 2004, consulté depuis l'url : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/044000367.pdf>, le lun. 23 août 2021, spéc. pp. 6-7 : « *La constitution d'un cadre juridique fondé sur la loi de 1047 et organisant la coopération entre entreprises dans le secteur des transports routiers remonte à 1963. Il a été obtenu plus tardivement que dans bien d'autres secteurs d'activité économique, à la suite d'interventions de groupes de transporteurs routiers de marchandises désireux de se regrouper dans un cadre coopératif, mais dans l'impossibilité de le faire tant que le cadre réglementaire de la « coordination des transports » qui faisait obstacle à de tels regroupements en empêchant notamment la mise en « pool » des titres de transport détenus individuellement par les transporteurs associés, n'avait pas été aménagé* ».

⁸⁵² P. DEBEEUSSCHER, *ibid.*, spéc. p. 8.

⁸⁵³ *Ibid.*, spéc. p. 8.

⁸⁵⁴ Le titre IV consacré aux sociétés coopératives de transport, du livre IV, de la troisième partie du code des transports, distingue les sociétés coopératives de transport routier et les sociétés coopératives d'entreprises de transport routier. Les premières sont exclusivement formées par des personnes physiques (art. L. 3441-1) tandis que les sociétés coopératives d'entreprises de transport routier sont formées par des entreprises (art. L. 3441-2).

⁸⁵⁵ P. DEBEEUSSCHER, *ibid.*, spéc. p. 9.

⁸⁵⁶ À noter qu'à l'échelle européenne, un règlement a été adopté pour instituer une société coopérative européenne : Règlement (CE) n°1435/2003 du Conseil du 22 juill. 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SCE), JOUE du 18 août 2003, L 207/1. B. LECOURT, Rapport sur l'application du règlement n°1435/2003 du 22 juill. 2003 relatif au statut de la coopérative européenne : échec du statut ! Rev. des sociétés n°05 du 07 mai 2012, p. 325, « *Avec aujourd'hui uniquement 24 créations de sociétés coopératives européennes (SCE), il est tout à fait légitime de se poser la question de l'utilité du statut SCE [...]* ». I. BARSAN, La société coopérative européenne (SCE) : entre identité coopérative et efficacité économique, IRJS éditions, 2016, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, 855 p.

secteurs : les coopératives de benniers, de transport léger⁸⁵⁷. Ils affichent des coûts inférieurs à ceux pratiqués par les affréteurs⁸⁵⁸. La structure coopérative fait accéder ses membres à certains marchés. L'organisation globale de la coopérative repose sur une mutualisation de moyens, qui se traduit par un ensemble de services rendus aux membres. Ce mouvement d'intégration permet nécessairement l'économie de certains coûts et crée de la valeur⁸⁵⁹. Les relations infrastructurelles relèveraient subséquemment d'une logique économique. La mise en commun de moyens ne doit pas seulement s'envisager comme une somme, elle conduit à une optimisation. À l'instar de l'optimisation fiscale qui flirte avec l'évasion, voire la fraude, la frontière entre les relations de coopération et les relations purement économiques ne se trace pas nettement. Pour nous, dès lors que l'adhérent bénéficie d'un service qu'il n'aurait pu obtenir seul, alors la relation revêt une dimension économique.

249. La dissociation de la double qualité par le droit des entreprises en difficulté. Une procédure de redressement judiciaire s'est ouverte à l'encontre d'une société civile agricole. Dans ce contexte, la résiliation d'un contrat d'apport de production à une société coopérative agricole est demandée. En appel, les juges refusent car il s'agirait de résilier le contrat de société⁸⁶⁰. Or le coopérateur peut seulement se retirer de la coopérative ou en être exclu. En dernier ressort, les juges prennent le contrepied de la solution d'appel. Ils se prononcent en faveur de la qualification du contrat d'apport de récolte en contrat en cours⁸⁶¹. Pour contourner l'impossibilité de considérer le contrat de société comme un contrat en cours⁸⁶², ils ont dissocié les qualités de sociétaire et de partenaire⁸⁶³ de l'adhérent à la société coopérative. Ils ont « *éclat[é] la relation coopérative, pour isoler ce qu'elle a d'économique*⁸⁶⁴ ».

⁸⁵⁷ C. JAFFLIN et M. AUVOLAT, Modèles de développement des coopératives et groupements de transporteurs : à l'heure de la gestion collaborative, quelle coopérative au sein de la prestation transport & logistique, 2005, consulté depuis <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00180189>, le lun. 23 août 2021, spéc. p. 56.

⁸⁵⁸ *Ibid.*

⁸⁵⁹ *Ibid.*, spéc. p. 42 : « *Le développement d'une littérature abondante sur les relations de coopération interentreprises en particulier dans le domaine de la coopération agricole années 80 a notamment mis l'accent sur la question de la valeur générée par l'organisation en groupement (dont la coopération) au travers des questions d'efficacité et d'efficience. La notion de valeur retenue était liée à la performance, aux avantages compétitifs développés par l'appartenance à ces organisations* ».

⁸⁶⁰ CA Aix-en-Provence, 8^e ch. C, 21 juin 2012, n°10/20364, J.-D. n°2012-014672 : « [...] sous couvert de résiliation du seul contrat d'apport de récolte, la débitrice poursuit en réalité la résiliation du contrat de société la liant en sa qualité d'associé coopérateur à la [société coopérative], contrat qui ne peut s'analyser en un contrat en cours ».

⁸⁶¹ Cass. Com. 19 fév. 2013, n°12-23.146, J.-D. n°2013-002662 : « [...] le contrat d'apport, fût-il lié au contrat de société, constitue un contrat en cours dont l'administrateur peut exiger la continuation ou la résiliation ».

⁸⁶² G. PARLEANI, Quand la chambre commerciale oublie la « double qualité » coopérative, Rev. soc. n°11 du 09 nov. 2013, p. 629, spéc. 7, « *il faut rappeler qu'il était impossible à la Chambre commerciale de juger que la relation sociétaire était un contrat en cours. La qualification de ce contrat en cours a été clairement et raisonnablement exclue pour le contrat de société* » (V. en ce sens : Cass. Com. 10 juill. 2007, n°06-11.680, Bull. 2007, IV, n°191, J.-D. n°2007-040144 : « [...] l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire contre un associé d'une société civile ne peut être cause de retrait forcé de l'associé à défaut de conversion en liquidation judiciaire »). La solution vaut bien sûr pour le statut d'associé coopérateur ».

⁸⁶³ G. PARLEANI, *ibid.*, spéc. 3 : « *La Première Chambre civile juge itérativement que le droit coopératif repose sur la « double qualité coopérative ». Cela ne signifie nullement qu'existent entre le coopérateur et sa coopérative deux relations distinctes et dissociables. Cela signifie au contraire que le coopérateur est, en tant qu'associé, indissolublement et uniment sociétaire et partenaire* ».

⁸⁶⁴ *Ibid.*, spéc. 7.

2. L'ineffectivité de la protection recherchée par les coopérateurs

250. Conséquences de l'inclusion des relations de coopération dans le champ d'application de la rupture brutale. La jurisprudence écarte l'application des dispositions de la rupture brutale car seul le droit des groupements est voué à régir les relations entre l'adhérent et la société coopérative. Cette solution sous-entendrait que les relations de ne relèvent pas du champ d'application de la pratique restrictive de concurrence. En ayant montré que les relations entre adhérent et société revêtent un caractère économique, on peut en déduire au contraire qu'elles y entrent. L'application de ses dispositions se révèle être en parfaite adéquation avec la double qualité de l'associé-coopérateur.

251. L'indifférence des liens contractuels coopératifs pour l'application de la rupture brutale. Les relations de coopération dans le champ d'application de la rupture brutale : non parce qu'elles font prévaloir le contrat de coopération, mais parce qu'elles tiennent pour indifférente toute formalisation. Elles s'affranchissent de tout *instrumentum* pour considérer la relation. C'est en accord avec la double qualité de partenaire et de sociétaire de l'adhérent, sans que l'une ne prenne l'ascendant sur l'autre. La solution préserve l'un des caractères essentiels du droit coopératif.

252. L'absence de préavis potentiellement comblé par la rupture brutale. L'inclusion des relations infrastructurelles dans le champ d'application de la rupture brutale conduit à considérer que deux ensembles de dispositions lient l'associé-coopérateur et la coopérative. En comparaison, la rupture brutale connaît d'autres droits spéciaux, devant lesquels elle s'efface : qu'il s'agisse des agents commerciaux⁸⁶⁵, des concours financiers⁸⁶⁶ ou des contrats-types de sous-traitance de transport public routier à durée indéterminée⁸⁶⁷. Tous prévoient des préavis, qui de façon dérogatoire, s'appliquent à la place de celui prescrit par la rupture brutale. En l'absence de préavis statutaire, la dérogation ne peut être pleinement conçue. C'est parce qu'ils contiennent des durées que les préavis dérogatoires s'appliquent. Or statutairement rien de tel n'est prévu lors de

⁸⁶⁵ C. Com., art. L. 134-11 : « [al.2] Lorsque le contrat d'agence est à durée indéterminée, chacune des parties peut y mettre fin moyennant un préavis. Les dispositions du présent article sont applicables au contrat à durée déterminée transformé en contrat à durée indéterminée. Dans ce cas, le calcul de la durée du préavis tient compte de la période à durée déterminée qui précède. » et [al.3] « La durée du préavis est d'un mois pour la première année du contrat, de deux mois pour la deuxième année commencée, de trois mois pour la troisième année commencée et les années suivantes. En l'absence de convention contraire, la fin du délai de préavis coïncide avec la fin d'un mois civil ».

⁸⁶⁶ CMF, art. L. 313-12 : « [in lim.] Tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit ou d'une société de financement consent à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours. Ce délai, ne peut, sous peine de nullité de la rupture du concours, être inférieur à soixante jours ».

⁸⁶⁷ C. des transports, art. D. 3222-1 : « Le contrat type applicable aux transports publics routiers de marchandises pour lesquelles il n'existe pas de contrat type spécifique, établi en application de l'article L. 1432-4 figure en annexe II à la présente partie. » Le contrat type visé est modifié par le D. n°2017-461 du 31 mars 2017 relatif à l'annexe II à la partie 3 réglementaire du code des transports concernant le contrat type applicable aux transports publics routiers de marchandises pour lesquels il n'existe pas de contrat type spécifique, JORF n°0079 du 02 avr. 2017, texte n°3. L'article 26 contient les dispositions relatives à la durée et à la résiliation dudit contrat de transport. Le calcul du préavis est établi à l'article 26-2.

l'exclusion de l'associé-coopérateur. La rupture brutale pourrait alors avoir vocation à revenir dans l'interstice laissée par le défaut de préavis. Mais cela contrarierait sérieusement la sanction liée à la faute grave de l'associé-coopérateur.

253. Un préavis injuste et injustifié. La gravité de la faute reprochée à l'associé coopérateur justifie son exclusion. Cela fait l'objet d'une stipulation, insérée dans les statuts, liant tous les associés. S'agissant de l'associé exclu : signataire des statuts, il agit en pleine connaissance de cause⁸⁶⁸. Il ne peut prétendre ne pas porter atteinte au fonctionnement de la coopérative si ses agissements révèlent le contraire. La procédure disciplinaire de l'exclusion doit s'envisager comme une sanction. L'observation d'un préavis la priverait nécessairement de portée « *puisque après avoir négligé les statuts, le groupement, les coopérateurs, il [l'associé coopérateur exclu] aurait eu le loisir de trouver une autre structure pour continuer son activité*⁸⁶⁹ ». Quant aux autres associés : le bénéfice d'un préavis en cas d'exclusion est un signal fort en faveur « *d'un individualisme déraisonnable qui mettrait en branle l'édifice coopératif*⁸⁷⁰ ».

254. La réintégration de l'adhérent exclu. L'associé-coopérateur exclu doit pouvoir se défendre contre une exclusion infondée. Le contrôle judiciaire des motifs peut révéler que la faute grave n'est pas caractérisée. Il est des cas où l'exclusion est discrétionnaire⁸⁷¹. En pareil cas, l'associé-coopérateur peut être réintégré. C'est ce qu'est prévu eu égard aux commerçants détaillants. L'alinéa quatrième de l'article L. 124-10 du Code de commerce prévoit que le tribunal peut « *soit réintégrer l'associé indûment exclu, soit lui allouer des dommages et intérêts, soit prononcer l'une et l'autre de ces mesures* ». Mais un arrêt de la Cour de cassation de 2010⁸⁷² pourrait bien avoir fermé cette voie⁸⁷³, après avoir considéré que l'associé exclu ne peut obtenir la nullité de son exclusion irrégulière décidée par la société coopérative. Une règle d'origine prétorienne prévoit que l'associé doit pouvoir s'expliquer sur les faits qui lui sont reprochés. En l'espèce, l'associé exclu s'en prévaut, à défaut pour cette règle d'avoir été mise en œuvre. Par principe, « *la nullité des actes ou délibération des organes d'une société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du droit des sociétés ou des lois qui régissent les contrats*⁸⁷⁴ ». Or, on l'a précisé, la règle est prétorienne et la nullité ne pourrait donc être

⁸⁶⁸ R. RANGEARD, Les mutations du modèle coopératif confronté au marché, 2019, th., *ibid.*, spéc. 318, p 274.

⁸⁶⁹ *Ibid.*

⁸⁷⁰ *Ibid.*, spéc. 319, p 275.

⁸⁷¹ M. HÉRAIL, Régulation des mouvements des associés dans les sociétés coopératives, *ibid.* : « [...] les tribunaux tentent d'éviter les exclusions discrétionnaires en comparant notamment le comportement du coopérateur exclu avec celui des autres adhérents. Dès lors, si l'ensemble des membres de la coopérative commet les mêmes fautes, l'exclusion d'un seul d'entre eux n'est pas toléré ».

⁸⁷² Cass. com., 13 juill. 2010, n°09-16.156, Bull. civ. IV, n°129, J.-D. n°2010-011617. H. HOVASSE, Exclusion d'un actionnaire d'une société anonyme cooperative à capital variable, Droit des sociétés n°11, nov. 2010, comm. 200

⁸⁷³ Le Lamy Sociétés Commerciales [en ligne], maj fév. 2022, 5372.

⁸⁷⁴ Cass. com., 13 juill. 2010, n°09-16.156, *ibid.*

recherchée. La doctrine s'appuie sur des arrêts ultérieurs pour faire doute du caractère absolu de la précédente solution jurisprudentielle⁸⁷⁵. La protection de l'associé-coopérateur exclu paraît ainsi sauvegardée par application des principes propres au droit coopératif. Il faut que sa protection demeure car les dispositions de la rupture brutale ne pourraient y suppléer.

255. Une protection incertaine. Même si les relations coopératives ressortent du champ d'application de la rupture brutale, la protection n'est pas pour autant assurée. Les mutations du secteur coopératif forcent à envisager que les cas d'exclusion puissent être plus fréquents dans des secteurs qui n'en respectent pas foncièrement la logique (grande distribution, commerce de détail spécialité, transports). En ce cas, le rempart est constitué par l'appréciation de la faute grave par les juges, mais encore faut-il que les actions afférentes soient introduites. Il y a assurément des situations qui échappent à toute forme de protection, qu'elle se traduise par un contrôle judiciaire ou par l'observation d'un préavis. Lorsque l'exclusion ne peut pas être mise en œuvre, la société coopérative peut également pousser l'associé-coopérateur à exercer son droit de retrait. En ce cas aussi, sa protection fait défaut, la durée d'engagement jouant en faveur de la coopérative et elle seule dispose alors de l'intérêt à agir. Comme cela s'est déjà produit lors de l'introduction des dispositions de la Loi Galland, l'action fondée sur la rupture brutale a pu être exercée par les grands distributeurs à l'encontre de producteurs.

*
**

Conclusion du chapitre 2

256. L'examen critique du domaine de la pratique. Il n'a pas été possible de déterminer le champ d'application de la rupture brutale des relations commerciales établies directement à partir des dispositions légales. C'est lorsqu'elles ont été appliquées en jurisprudence que les personnes concernées et ce qui les lie ont pu être précisés. Mais cela a conduit à écarter l'un des termes de la lettre des dispositions et de justifier notre choix faire ainsi.

257. Délimiter doublement le champ d'application. Il a été relevé que seuls les auteurs ont été visés par les dispositions d'origine. On a complété cette observation de départ en affirmant qu'il n'était pas certain, qu'ils aient un temps strictement correspondu à l'énumération initialement fournie (« *tout producteur, commerçant, industriel ou artisan* »), tant la commercialité connaissait un mouvement d'expansion. Les juges y ont participé en ajoutant diverses activités déployées par les auteurs, et ont fait de même quant à celles exercées par les entreprises évincées. Cela s'est

⁸⁷⁵ D. HIEZ (dir.), L. KARLSHAUSEN, W. TADJUDJE, Droit coopératif, JCP E n°51-52 du 19 déc. 2013, 1703, spéc. 8. Nullité des décisions en violation du contradictoire.

révélé d'autant plus nécessaire que les dispositions n'indiquent pas explicitement qui peut s'en prévaloir. Dès lors, c'est en raisonnant à partir de la « *relation commerciale établie* », qu'il a fallu déterminer qui peut y être partie avec l'auteur. La délimitation du champ d'application s'est ainsi faite doublement : *ratione personae* et *ratione materiae*.

258. Abandonner l'adjectif « *commercial* ». Cet adjectif a été vidé de son sens traditionnel, reléguant une dichotomie, qui peut paraître désuète. Il lui a été substitué une conception moderne, tournée vers l'entreprise et l'exercice, par elle, d'activités économiques. Les auteurs sont désormais visés par l'article L. 442-1, II du Code de commerce comme « *toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services* ». À défaut d'avoir été visée explicitement, on a établi avec la correspondance avec l'entreprise. La notion se rapporte au sujet du *grand* droit de la concurrence. En droit interne, le système institué est dualiste. L'introduction de la notion d'entreprise au sein de l'article L. 410-1 du Code de commerce témoigne de ponts jetés entre matières. Mais elle montre aussi combien il est désormais difficile de justifier que certains professionnels soient tenus à l'écart, tant les remparts de la déontologie et de la spécialité peuvent dorénavant sembler artificiels et illusoire. On a noté que le sens de l'adjectif « *commercial* » a évolué. C'est le propre du langage, comme fait social, de parfois changer le sens des mots. Mais en droit, cela pose un problème en tant que condition d'application des dispositions. L'adjectif ne correspond plus strictement à ce qu'il désignait, et s'il est inenvisageable qu'il désigne autre chose que ce qu'il devrait strictement désigner, et soulève ainsi de nouvelles dissensions, on propose de l'ôter de l'expression, pour ne qu'ainsi retenir « *la relation établie* ». Nouée entre des parties identifiées comme des entreprises, c'est l'adjectif « *établi* » qui doit désormais être expliqué.

*
**

Conclusion du titre 1

259. Identifier les choix rédactionnels permissifs du législateur. Les examens menés sur les origines et le domaine des dispositions renseignent sur plusieurs de leurs aspects : elles ont été rédigées sous plusieurs influences, comportent ce qui peut être considéré comme un succédané et sont incomplètes.

Une rédaction diversement influencée. La rupture brutale des relations commerciales établies ne devrait plus être envisagée comme une création *ab initio*. Elle a effectivement été insérée au sein du droit des pratiques restrictives de concurrence par la loi Galland⁸⁷⁶, mais elle peut être

⁸⁷⁶ N. MATHEY, La rupture de relations commerciales établies – Propos conclusifs, AJCA 2019, p. 66.

rattachée au droit des pratiques anticoncurrentielles : d'une part, et explicitement comme l'une des manifestations des abus de position dominante et des abus de dépendance économique, d'autre part, et implicitement comme un comportement protéiforme en matière d'ententes. L'une et l'autre ont permis de cerner plus précisément les relations à même d'être le plus atteintes par des ruptures de relations commerciales : celles caractérisées par des liens de dépendance. Éminemment liée à l'avènement de la puissance d'achat des distributeurs organisés, la pratique n'en a jamais porté la moindre trace⁸⁷⁷. En comparaison avec l'encadrement sectoriel, initié au niveau européen, des pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire⁸⁷⁸, l'absence est encore plus flagrante. L'intitulé de la directive vise le secteur concerné tandis que le domaine de la pratique étudiée apparaît d'autant plus vaste que l'intitulé de la loi dont elle est issue a trait à la loyauté et l'équilibre des relations commerciales. Ses modifications successives ont été autant d'occasions manquées d'inscrire clairement la pratique dans le secteur d'activité pour lequel elle avait été imaginée ; y compris celle ayant eu lieu 2019, après la tenue des états généraux de l'alimentation, dédiés aux relations entre l'amont et l'aval, respectivement entre la production et la distribution. Mais il a alors pu paraître inconcevable de faire renouer les dispositions avec leurs origines car, dans l'intervalle, elles avaient trouvé à s'appliquer en de très nombreuses et diverses hypothèses.

Des dispositions avec un succédané. L'adjectif *commercial* ne peut à lui seul limiter le domaine de la pratique car il a été montré qu'il a successivement été élargi, puis dépassé. La commercialité des relations ne peut plus être entendue restrictivement. L'entrée de la notion d'« *entreprise* » dans le code de commerce, à l'article L. 410-1 ouvrant le livre IV, est une nouvelle étape du mouvement entrepris. Elle est littéralement absente de l'article L. 442-1, II du code de commerce bien que « *toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services* » y fasse directement écho. Toutefois on ne saurait reprocher à l'expression d'être seulement partielle sans reprocher à la définition de l'entreprise insérée d'être également incomplète. L'entreprise est le succédané contemporain des commerçants. Les applications des dispositions de la rupture brutale avaient déjà permis aux juges de s'inscrire dans cette voie quand ils ont dû suppléer l'absence d'indication de la part du législateur s'agissant des victimes.

Une rédaction incomplète. Pour pallier le mutisme législatif, les juges ont déduit la qualité de victime à l'aide de la notion de relation commerciale, nouée de part et d'autre par ceux qui exercent des activités économiques, aussi diverses soient-elles. L'imagination des plaideurs⁸⁷⁹ aidant, le

⁸⁷⁷ *Ibid.* : « Il faut immédiatement ajouter que si l'objectif était essentiellement de protéger les fournisseurs face aux distributeurs notamment contre le risque de déréférencement, la lettre ne rend pas réellement compte de l'intention du législateur en 1996 ».

⁸⁷⁸ Dir. 2019/633, *ibid.*

⁸⁷⁹ N. MATHEY, *ibid.*

domaine a progressivement été précisé. Mais l'attraction est forte et certaines des limites élevées peinent à convaincre. Il est difficile de refermer les voies laissées ouvertes par le législateur car les remparts semblent alors artificiels, voire illusoire, à l'instar des déontologies propres à certains professionnels du soin, du chiffre et du droit, et de la spécialité des activités économiques exercées dans un cadre coopératif. L'incomplétude des dispositions rend le domaine indéfini. En revanche, elles contiennent des notions propres, à examiner, afin d'appréhender à quelles conditions les dispositions sont applicables.

TITRE 2 : L'EMPREINTE DU JUGE SUR DES NOTIONS PLASTIQUES

260. De l'abstraction inductive du législateur aux applications par le juge. À partir des dysfonctionnements observés dans les pratiques des distributeurs organisés, à l'encontre des producteurs, le législateur en a tiré une pratique générale, qu'il a désignée comme étant « *une rupture brutale de relations commerciales établies* », et qui ne correspond pas dès lors qu'aux déréférencements. Le fait qu'il lui revienne la charge de désigner la pratique correspond « *à la question originelle (...) du rapport entre les mots et les choses (Foucault), entre la voix et le phénomène (Derrida) ; quelle relation entre ce qui est et ce qu'on en dit⁸⁸⁰* ». La question est épistémique. Elle se pose avec une acuité particulière en droit car le législateur édicte des règles, construites à partir d'une hypothèse et d'un effet⁸⁸¹. Il faut préalablement savoir si la situation relève de l'hypothèse pour lui appliquer l'effet. En l'occurrence, le législateur l'a décrite à l'aide d'une terminologie généraliste. Pour nous, sa démarche a été aristotélicienne. Il a fait l'observation immédiate d'une pratique dysfonctionnelle, et par abstraction inductive, il l'a rattachée à un concept. La pratique en cause convoque plusieurs parties : les fournisseurs, les distributeurs et leurs structures intermédiaires. N'étant pas toutes nécessairement liées par un contrat, le législateur a privilégié un terme susceptible d'exprimer qu'elles étaient liées, mais sans réduire l'hypothèse à des liens contractuels. Il a donc pu choisir le terme « relation », mais ne pouvait plus utiliser celui de « résiliation », auquel celui de « rupture » a pu être préféré. La formulation de l'hypothèse par le législateur va ensuite se confronter aux hypothèses rencontrées en pratique. Si elles ont pu être nombreuses à s'y rapporter, il est ainsi revenu aux juges de donner leur définition de la « *relation établie* » (chapitre 1) et leurs conceptions de la brutalité de la rupture (chapitre 2).

⁸⁸⁰ R. MARTIN, *Les mots du droit et les choses d'ailleurs*, D. 1999, p. 231.

⁸⁸¹ A. JEAMMAUD, *La règle de droit comme modèle*, RIEJ, 1990/2, vol. 25, pp. 125-164. DOI : 10.3917/riej.025.0125.

261. En quête de sens. Les dispositions de l'article L. 442-1, II du Code de commerce s'appliquent seulement aux relations établies. La recherche du sens de l'épithète peut paraître superflue car le lecteur le connaît. Transposé du vocabulaire courant au vocabulaire juridique, il a conservé sa signification : stable. Mais ce n'est pas la seule, il y en a plusieurs autres, et d'autres encore en tenant compte du fait que l'adjectif dérive du verbe. Des prolégomènes y sont dédiés, écrits à l'aide de l'ouvrage Linguistique juridique du Professeur Cornu. Le verbe *établir* figure dans l'une des typologies dressées pour mettre en évidence les variations subies par un mot lors de son passage d'un vocabulaire à l'autre. *Établi* signifie à la fois ce qu'il y a à démontrer et la façon d'y parvenir. Pour le dire autrement, au moyen d'une répétition révélant ces deux significations : il faut établir la relation établie.

262. Établir la relation établie. En l'absence de définition légale, les juges ont édicté les caractères à réunir pour qualifier la relation d'*établie* et dans l'expression qu'ils ont utilisée, et s'y rapportant : la « *stabilité prévisible* ». Leur démonstration commande la réunion de plusieurs éléments, desquels le contrat est absent. La relation établie n'a pas à être formalisée. Elle dépasse ce cadre préétabli mais peut-elle complètement s'en abstraire ? En relisant l'extrait du rapport de cassation diffusé pour expliquer ce qu'est la relation établie, les références au contrat sont présentes. Cela nous a amené à complètement repenser sa démonstration, non comme elle est habituellement proposée en tenant à distance les contrats, mais à partir d'eux. On cherchera d'abord quels sont ceux qui, parmi eux, présentent les caractères concourant à sa démonstration, puis où se trouvent ces mêmes caractères lorsqu'il n'y a supposément aucun contrat entre les entreprises.

263. Établir le périmètre d'application de la notion. La relation établie est une notion plastique, susceptible de s'adapter et de repousser les limites à l'intérieur desquelles on pourrait penser la contenir. L'appréciation jurisprudentielle des relations précaires se précise mais des brèches ont été ouvertes. En outre, les dispositions d'encadrement des relations entre entreprises – et leur accumulation en vue d'assurer la transparence – les rendent discontinues, les déstabilisent, sans pour autant remettre en cause leur caractère établi. La cohérence de l'ensemble s'érode. Une autre interrogation en découle, on la pose en empruntant à la citation communément admise : la notion de relation établie a-t-elle les défauts de sa qualité plastique ? Son adaptation est telle que sa démonstration est possible malgré la substitution d'une entreprise à une autre, c'est la continuation. Mais cette fiction désincarne la relation établie et participe à l'étendre au-delà

des entreprises. Le franchissement de ses limites fait douter de la possibilité d'établir précisément son périmètre d'application.

264. Regard critique sur la condition d'application *sine que non*. Ce chapitre est dédié à l'analyse approfondie de la condition d'application des dispositions : la caractérisation d'une relation établie. On en propose une démonstration, prenant le contre-pied de l'état du droit positif (section 1), puis on éprouvera son périmètre d'application afin de tenter d'en circonscrire les limites (section 2)

PROLÉGOMÈNES : DU SENS COMMUN À LA JURIDICITÉ D' « ÉTABLI »

265. La double appartenance du mot *établi*. Le Doyen Cornu a classé les mots selon qu'ils relèvent, soit exclusivement du vocabulaire juridique, soit qu'ils appartiennent au vocabulaire courant et au vocabulaire juridique⁸⁸². *Établi* relève de la seconde branche de l'alternative : celle de la double appartenance. Mais le fait qu'il ressorte de l'un et de l'autre ne signifie pas qu'il recouvre le même sens dans les deux. « *À la vérité, ce peut être le même. Mais dans la plupart des cas, il s'agit d'un sens différent*⁸⁸³ ». Pour poursuivre, il convient de se demander où le sens principal se situe. « *Au sein de la double appartenance, se dessinent aussitôt deux compartiments*⁸⁸⁴ » permettant d'y répondre. Les mots avec un sens principal juridique relèvent du premier (l'appartenance juridique principale)⁸⁸⁵ et les autres sont placés dans une catégorie résiduelle, considérée comme telle par son auteur⁸⁸⁶. *Établi* relève assurément de cette dernière : son sens principal est commun, il n'est donc pas à proprement dit un terme juridique. On vérifie alors l'assertion liminaire qui voudrait qu'*établi* ait un sens différent dans l'un et l'autre des vocabulaires. Pour ce faire, on a recensé différentes occurrences d'*établi* dans le code du commerce et on les a confrontées aux définitions usuelles de l'adjectif. En tant qu'adjectif verbal⁸⁸⁷

⁸⁸² G. CORNU, Linguistique juridique, 3^e éd., juin 2005, Paris, Montchrestien, Domat Droit privé, 456 p., ISBN n°2-7076-1425-4, spéc. 16, p. 62 et s.

⁸⁸³ G. CORNU, Linguistique juridique, *ibid.*, spéc. 17, p. 68.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, spéc. 17, p. 69.

⁸⁸⁵ *Ibid.*, spéc. 17, p. 69 : « *Il est commode d'isoler d'abord, dans une première catégorie, les termes dont il est certain qu'ils ont un sens juridique principal et un sens extrajuridique dérivé, termes d'appartenance juridique principale* ».

⁸⁸⁶ *Ibid.*, spéc. 18, pp. 74-75 : « *Cette division résiduelle regroupe l'ensemble des termes qui, comme les précédents, appartiennent à la fois au lexique général et au vocabulaire juridique, mais qui à la différence des précédents, paraissent avoir été empruntés par celui-ci à celui-là. Au moins est-il évident, pour la plupart de ces termes qu'ils ont, dans le langage commun, leur sens principal et qu'ils ont acquis, dans le langage du droit, un sens particulier* ».

⁸⁸⁷ Dict. de l'Académie fr. (en ligne), 9^e éd., V° Adjectif, sens 1 : « *Mot dont la fonction essentielle est de s'ajouter aux noms ou aux pronoms pour les qualifier ou les déterminer. [...] Adjectif verbal, qualificatif issu d'une forme verbale* ».

(ou participe passé), on étend la recherche aux sens du verbe *établir*, mais on exclut le substantif⁸⁸⁸.

266. Un adjectif verbal polysémique. Les occurrences d'*établi* dans le Code de commerce sont trop nombreuses pour être dénombrées. L'intérêt est ailleurs : ce nombre, important mais inconnu, révèle son emploi fréquent, sans qu'il y soit prêter une attention particulière tant il est usuel. Chacune des occurrences relevées est illustrée par référence à un ou plusieurs articles⁸⁸⁹. On les rapproche des définitions courantes, extraites de dictionnaires de langue française⁸⁹⁰ (et mises en gras).

Pour commencer, *établi* indique une **situation spatiale**⁸⁹¹ : « *établis dans un département français*⁸⁹² », « *établie sur le territoire français*⁸⁹³ ». Il se retrouve ensuite accolé à **des documents fournis par certaines personnes** : « *un rapport établi par le gérant*⁸⁹⁴ », « *par le commissaire aux comptes*⁸⁹⁵ », « *une annexe établie par la société consolidante*⁸⁹⁶ ». Le verbe sert aussi pour **l'élaboration de listes**⁸⁹⁷ ; spécialement en droit des entreprises en difficulté, il est utilisé avec la procédure d'inventaire⁸⁹⁸. Généralement, le verbe emprunte la voix passive, pour viser **la conclusion de certaines conventions**⁸⁹⁹. Aussi éparées que toutes ces dispositions semblent l'être, elles convergent vers **l'exposition de ce qui est au moyen de preuves**⁹⁰⁰. Pour reprendre l'exemple des commissaires aux comptes, dans l'accomplissement de leur mission de contrôle, ils

⁸⁸⁸ É. LITTRÉ, Dictionnaire de la langue française, Paris, L. Hachette, 1873-1874. Electronic version created by François Gannaz. <http://www.littre.org>, V° Établi, 2 : « *Sorte de table longue, étroite et épaisse sur laquelle les menuisiers, les serruriers, etc. fixent les pièces auxquelles ils travaillent* ». La définition utilise le verbe « fixer », aussi présent dans la définition d'« établir » (Dict. de l'Académie fr., I, A, 1 et II, 1 dans sa forme pronominale). Ce verbe en commun devrait permettre de rapprocher le substantif exclu du verbe et de l'adjectif verbal mais l'éloignement est tel que l'on ne s'est pas engagé dans cette voie.

⁸⁸⁹ On ne prétend à aucune exhaustivité, les articles cités ont été relevés à titre illustratif.

⁸⁹⁰ On a utilisé les dictionnaires suivants : le dictionnaire de l'Académie française, le Littré et le site du CNRTL (tous dans leur version proposée en ligne).

⁸⁹¹ Littré, V° Établir, sens 1 : « Asseoir et fixer une chose en quelque endroit, l'y rendre stable [...] », sens 2 : « Installer, placer, mettre. On établit des boutiques sur le champ de foire », sens 3 : « Mettre à demeure en un certain lieu ».

⁸⁹² C. com., art. L. 123-1, I : « *Il est tenu un registre du commerce et des sociétés auquel sont immatriculés, sur leur déclaration [...] 6° « Les représentations commerciales ou agences commerciales des États, collectivités ou établissements publics étrangers établis dans un département français ».*

⁸⁹³ C. Com., art. L. 123-11, al. 1 : « *Toute personne morale demandant son immatriculation au registre du commerce et des sociétés doit justifier de la jouissance du ou des locaux où elle installe, seule ou avec d'autres, le siège de l'entreprise, ou, lorsque celui-ci est situé à l'étranger, l'agence, la succursale ou la représentation établie sur le territoire français ».*

⁸⁹⁴ Par ex., C. com., art. L. 221-7-1 : « *[al. 2] Le rapport [...] est établi par le gérant ».*

⁸⁹⁵ Par ex., C. com., L. 223-37 : « *[...] Ce rapport doit, en outre, être annexé à celui établi par le commissaire aux comptes ».*

⁸⁹⁶ Par ex., C. com., L. 233-19 : « *[...] annexe établie par la société consolidante ».*

⁸⁹⁷ Par ex., C. com., art. L. 812-2, I : « *Nul ne peut être désigné en justice pour exercer les fonctions de mandataire judiciaire s'il n'est inscrit sur la liste établie à cet effet par une commission nationale ».*

⁸⁹⁸ C. com., art. L. 621-12 : « *[...] aux fins de réaliser la prise en compte des actifs du débiteur au vu de l'inventaire établi pendant la procédure de sauvegarde [...] ».*

⁸⁹⁹ Par ex., C. com., art. L. 527-2 : « *La convention [...] est établie par un écrit [...] ».*

⁹⁰⁰ Littré, V° Établir, sens 9 : « *Démontrer. Établir une vérité, une proposition de géométrie. Établir des principes, les poser. Établir un fait, l'exposer avec ses preuves [...] Établir un compte, la balance d'un compte, faire état de ce qui est dû ».*

certifient les comptes de la société, en ayant acquis la conviction⁹⁰¹ que « *les comptes annuels sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la personne ou de l'entité*⁹⁰² » contrôlée. Ils peuvent dès lors établir ce qui est, ou plutôt ce qui doit être, conformément aux prescriptions légales. Certaines autres dispositions se placent explicitement dans la logique de la preuve : « *Lorsque l'établissement de la preuve de l'infraction ou du manquement en dépend et qu'elle ne peut être établie autrement [...]*⁹⁰³ ». On observe qu'*établi* est utilisé en droit pour les mêmes sens que ceux du vocabulaire courant. Les éléments de recherche livrés sont brefs mais peuvent être répétés à partir des sens retenus (on a lié *établi*, principalement, à deux sens du vocabulaire courant alors qu'il en compte bien davantage⁹⁰⁴). Le résultat est identique en réduisant le champ de la recherche à l'un des titres du Code de commerce. Dans le titre IV du Livre IV, les sens recensés y cohabitent : la détermination spatiale⁹⁰⁵, l'élaboration de documents⁹⁰⁶, de certaines listes⁹⁰⁷, la formalisation⁹⁰⁸. L'article L. 442-1, II le mentionne aussi par deux fois : l'une relativement à une facture, l'autre dans la séquence *relation commerciale établie*. Dans celle-ci, le sens à donner n'est pas celui de la détermination spatiale et indirectement celui de l'établissement d'un fait au moyen de preuves, il y aurait donc un autre sens, encore différent, en outre, de celui du droit de l'Union européenne et relatif à la liberté d'établissement.

267. Un terme-outil non signifiant. *Établi* conserve certains de ses sens du vocabulaire courant dans le vocabulaire juridique. Pour l'étude des rapports de sens dans l'un et l'autre, le Doyen Cornu a dressé une typologie faisant distinctement apparaître les variations subies par un mot lors de son passage du vocabulaire commun au vocabulaire juridique. Elles sont au nombre de quatre et le verbe *établir* est présent dans la première, celle des « *termes de double appartenance qui possèdent le même sens dans le langage juridique et dans l'usage courant*⁹⁰⁹ ».

⁹⁰¹ D. PORACCHIA, L. MERLAND, M. LAMOUREUX, Commissaire aux comptes, in V. MAGNIER (dir.), Rép. de droit des sociétés, sept. 2008, maj juill. 2021, spéc. 246 s'agissant de la certification pure et simple.

⁹⁰² C. com., art. L. 823-9.

⁹⁰³ C. com., art. L. 450-3-2.

⁹⁰⁴ Littré, *ibid.*, V° Établir, 19 sens. Académie française, *ibid.* V° Établir, 12 sens.

⁹⁰⁵ Par ex., C. com., art. L. 443-3 : « [...] un professionnel *établi en France* [...] ».

⁹⁰⁶ Par ex., C. com., art. L. 440-1, V : « [...] Elle [la CEPC] *établit chaque année un rapport* [...] », L. 441-1, III : « *Dès lors que les conditions générales de vente sont établies* [...] », L. 441-8 : « [...] Un *compte rendu de cette négociation est établi* [...] », L. 442-7 : « [...] Pour caractériser un prix de cession abusivement bas, il est tenu compte des indicateurs de coûts de production [...] ou, le cas échéant, de tous autres *indicateurs* disponibles dont ceux *établis par l'Observatoire de la formation des prix et des marges des produits alimentaires* [...] », L. 443-3 : « [...] un *bon de commande établi* par l'acheteur »,

⁹⁰⁷ C. Com., art. L. 442-8, III : « Les enchères à distances inversées organisées par l'acheteur ou par son représentant sont interdites pour les produits agricoles figurant sur une *liste établie par décret* [...] ».

⁹⁰⁸ C. com., art. L. 441-3, I, in fine : « Cette *convention est établie* soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre et des contrats d'application », L. 441-5 : « Une *convention écrite est établie* [...] ».

⁹⁰⁹ G. CORNU, Linguistique juridique, *ibid.*, spéc. 18, p. 75. et s. La typologie des rapports de sens, telle que dressée par le Doyen Cornu, est déclinée dans les quatre listes suivantes : (1) *Termes de double appartenance qui possèdent le même sens dans le langage juridique et dans l'usage courant*, (2) *Termes dont le sens juridique est la transposition particulière, avec ou sans modification, d'un sens générique commun*, (3) *Termes dont le sens juridique est né, relativement au sens courant, d'une figure de langage* et (4) *Rupture de sens*.

Il figure parmi d'autres comme *document, prouver, observer, admettre*, etc. Tous se « *rattachent à deux démarches essentielles de l'esprit humain : la constatation d'un fait, la discussion d'une thèse [...] ce sont les outils principaux dont l'esprit se sert pour juger, par tous moyens d'observation, de l'existence d'un fait ou pour tout mode de raisonnement, du bien fondé d'une affirmation*⁹¹⁰ ». En ce sens, on parle aussi communément d'un *fait établi* pour évoquer un fait qui aurait été vérifié. Cette indication nous confirme la démarche qu'établir sous-entend. Mais elle n'apporte pas d'information supplémentaire quant au sens de l'adjectif établi. C'est pourquoi il faut isoler le sens propre à donner à *établi* en droit.

268. La juridicité d'établi. En se rapportant à l'entrée correspondante dans le dictionnaire du vocabulaire juridique, *établi* signifie *ferme, stable, fixé, constant*⁹¹¹. C'est le sens qui se rapproche en tout point de celui qu'en donne le vocabulaire courant : *rendre stable et durable*⁹¹². L'adjectif commun des définitions – *stable* – partage l'étymologie d'*établi*⁹¹³. La définition extraite du Vocabulaire juridique en côtoie cinq autres⁹¹⁴. Cela fait d'*établi* un polysème juridique⁹¹⁵, comme signifiant, il a plusieurs signifiés distincts. En tant que tel, il doit être distingué de **notions voisines**, on en a choisi deux (soulignées), permettant d'avancer dans la détermination de sa *charge juridique*.

269. Un terme dénué d'ambiguïté mais source d'équivoque. L'ambiguïté « *se produit lorsque, dans un texte, un terme polysémique est utilisé par le locuteur de telle manière qu'il crée pour le récepteur l'équivoque, c'est-à-dire le doute et l'hésitation sur celui des sens dans lequel il faut alors prendre le terme*⁹¹⁶ ». En l'occurrence, le locuteur est le législateur. Quant au récepteur, pour nous, il y en aurait au moins deux : un récepteur direct en la personne du demandeur, à l'initiative du procès, se prévalant des dispositions de l'article L. 442-1, II du Code de commerce,

⁹¹⁰ G. CORNU, Linguistique juridique, *ibid.*, spéc. 18, p. 76.

⁹¹¹ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, *ibid.*, V. « établi », sens 3.

⁹¹² Académie française, dict. *ibid.*, I., B., 1.

⁹¹³ CNRTL, V° « stable », « *étymol. et Hist.* 1. a) 1re moitié. du xii^es. *estable* « ferme, constant (en parlant de l'esprit) » (Psautier Cambridge, 50, 11 ds T.-L.); b) dr. 1238-39 *estaule* « durable, permanent » (Doc. ling. de la Fr., série fr., Il Vosges, éd. J. Monfrin et L. Fossier, 3, 4: *Et por ce qui ce soit chose estaule*); 1240 *estauble* « id. » (*ibid.*, 6, 25: *Et por iceu que ces choses soient fermes et estaubles*); 2. a) fin xiii^e-début. xiv^es. *stable* « ferme, consistant (en parlant de la terre) » (Aimé du Mont-Cassin, Ystoire de ly Normant, éd. V. de Bartholomaeis, Dédicace, p. 4); b) 1523 *stable* « durable, permanent (en parlant d'un arbre) » (Parthenice Mariane, trad. J. de Mortières, 4b ds Rom. Forsch. t. 32, p. 166); [...]

⁹¹⁴ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, *ibid.*, V. « établi », six sens ont été identifiés : six sens pour l'adjectif « établi » : « (1) *Institué par la loi. Ex. la tutelle est un régime de protection établi par la loi ; parfois syn. d'édicte.* (2) *Plus généralement, fondé en droit.* (3) *Ferme, stable, fixé, *constant. Ex. jurisprudence bien établie.* (4) *Démonstré, prouvé, avéré (établi en fait) et (sous-entendu) conformément à la loi. Ex. lien de filiation légalement établi. Comp. manifeste, incontestable, certain, évident.* (5) *Installé, en place. Ex. commerçant établi.* (6) *Organisé, en exercice. Ex. représentation établie* ».

⁹¹⁵ G. CORNU, Linguistique juridique, *ibid.*, spéc. 20, p. 89 : « *Il y a polysémie interne lorsqu'au regard du droit, dans un système juridique donné, un même terme peut revêtir, dans l'usage actuel, deux ou plusieurs sens distincts. Il importe peu que tous soient propres au droit ou que certains soient aussi dans l'usage courant. Pour qu'un terme soit un polysème juridique, il faut mais il suffit qu'à un seul signifiant correspondent, au regard d'un même système de droit, au moins deux signifiés distincts potentiellement en concurrence* ».

⁹¹⁶ *Ibid.*, spéc. 20, p. 89, 1. *Polysémie et amphibologie [ou ambiguïté]*.

et le juge, récepteur indirect qui va devoir décider s'il y a lieu, ou non, à application. Ni l'un ni l'autre ne devrait avoir de doute quant au sens à donner à *établi* compte tenu de sa double appartenance aux vocabulaires et du fait qu'il soit utilisé pour le même sens dans les deux. Cependant, les arrêts rendus depuis son entrée en vigueur mettent en présence d'une situation contraire, dans laquelle le sens à donner à *établi* fait débat.

270. Une notion-cadre qui s'ignore ? La notion-cadre correspond à des termes ou des expressions juridiques intentionnellement indéterminés⁹¹⁷. Ces dernières présentent deux particularités : « 1) *d'être ouvertes, dans le présent et à l'avenir à une multitude d'applications que leur indétermination, au sein du cadre qui les dessine, rend possibles ; 2) d'avoir toujours et nécessairement besoin pour être appliquées à un cas particulier de la médiation d'un juge (ou d'un autre agent d'exécution), leur indétermination rendant nécessaire que cet agent, vérifie, au cas par cas, que les données de l'espèce entrent dans les prévisions-cadre du critère directif*⁹¹⁸ ». Toutes deux pourraient être rapprochées de ce qui a été observé au sujet d'*établi*. La caractérisation de *relations établies* a donné lieu à de multiples applications en jurisprudence ; sauf que l'intention d'origine du législateur ne semble pas avoir été d'en faire une notion cadre puisqu'elle a été prise en réaction aux déréférencements brutaux. Mais il y a un problème : les dispositions ne contiennent aucun terme technique, ou du moins délimitant son application à ce secteur. De là, une voie s'ouvre car au fur et à mesure de ses applications, c'est comme si *établi* s'était progressivement chargé juridiquement. C'est cet aspect que l'on va examiner, à l'aide de sa démonstration et des applications auxquelles il a donné lieu.

SECTION 1 : UNE DEMONSTRATION DE LA RELATION ETABLIE

271. Extrait du rapport pour 2008 de la Cour de cassation. « *Afin de combiner le respect de la liberté contractuelle et les prescriptions de cet article, la doctrine et la jurisprudence limitent le domaine d'application de l'article L. 442-6, I, 5° [devenu L. 442-1, II] du Code de commerce aux cas où la relation commerciale entre les parties 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'affaire avec son partenaire commercial. 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 partie victime de la rupture pouvait inférer que sa relation commerciale s'instaurait dans la durée*⁹¹⁹ ». En l'absence de

⁹¹⁷ *Ibid.*, spéc. 20, p. 90, 2. *Polysémie et notions cadres*.

⁹¹⁸ *Ibid.*

⁹¹⁹ Cass., Rapp. annuel pour 2008, spéc. pp. 306-307.

définition de la relation établie, la Cour de cassation fournit les critères de la notion, en commentaire d'un arrêt⁹²⁰, sélectionné pour figurer dans son rapport annuel. L'élément central tient dans la conjonction de coordination « *et* », liant les trois caractères que la relation doit réunir à la démonstration, par la partie victime, du fait qu'elle pouvait s'attendre à ce que la relation se poursuive. La Cour d'appel de Paris condense grâce à l'expression « *stabilité prévisible*⁹²¹ ». En 2019⁹²², la Cour de cassation reprend ses propres termes, non seulement l'explication mais aussi, et surtout, l'amorce, laquelle semble être passée inaperçue. Elle tient lieu de rappel du but poursuivi alors que le contrat a été éclipsé compte tenu de l'effet juridique reconnu aux relations commerciales non écrites⁹²³.

272. La reconnaissance d'un effet juridique à des relations commerciales non écrites. Tel est l'intérêt remarqué des dispositions. Il a tût été observé qu'elles ne visaient pas la *relation contractuelle* mais la *relation établie*⁹²⁴. L'expression est toujours restée la même. C'est donc depuis le dispositif d'origine que l'accent a été mis sur l'absence d'exigence de formalisation. Cela signifie qu'une relation établie peut être caractérisée en l'absence de contrat⁹²⁵. Mais cela ne signifie pas qu'il ne faut pas en tenir compte lorsqu'il en existe un. Cette dernière signification est celle des juges du droit. Le paragraphe complet de leur rapport a été reproduit pour faire apparaître toutes les références qui y sont faites ; elles entourent l'explication de la *relation établie* : du principe de la liberté contractuelle à *l'instrumentum*.

273. « combiner le respect de la liberté contractuelle et les prescriptions de cet article ». Dans l'amorce, le verbe est décisif, il s'agit d'allier le respect de la liberté contractuelle aux prescriptions légales. C'est là le but affiché et l'application limitée des dispositions aux seules relations établies permettrait de l'atteindre. La liberté contractuelle – celle de contracter ou de ne pas contracter – entre donc en ligne de compte. Et il ne saurait en être autrement car c'est de la loi des parties dont il s'agit⁹²⁶. Elles y recourent fréquemment spontanément ou y sont même

⁹²⁰ Cass. com., 16 déc. 2008, n°07-15.589, J.-D. n°2008-046299.

⁹²¹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 27 oct. 2016, n°15/06830, J.-D. n°Ø : « *La relation commerciale, pour être établie au sens de ces dispositions, doit présenter un caractère suivi, stable et habituel. Le critère de la stabilité s'entend de la stabilité prévisible, de sorte que la victime de la rupture devait pouvoir raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial* ». La formule est reprise de façon identique dans des arrêts ultérieurs, not. : CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 21 oct. 2021, n°18/10446, J.-D. n°2021-016802 ; CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 14 oct. 2021, n°17/18596, J.-D. n°Ø ; CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 13 oct. 2021, n°19/09550, J.-D. n°Ø.

⁹²² Cass. com., 02 oct. 2019, n°18-14.849, J.-D. n°2019-017142.

⁹²³ J.-C. FOURGOUX, J.-L. FOURGOUX, La réforme de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la concurrence – La loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996 : addition ou soustraction ? JCP E n°44, 31 oct. 1996, 601, spéc. 36.

⁹²⁴ J. BEAUCHARD, Stabilisation des relations commerciales : la rupture des relations commerciales continues, LPA n°02 du 05 janv. 1998, p. 14, spéc. II. Appréciation critique : « *Ce nouveau texte dérange. Il plaque des règles contractuelles à une relation qui ne l'est pas [...]* ».

⁹²⁵ E. KERGOULEN, J.-L. FOURGOUX, L. DJAVADI, *ibid.*, spéc. p. 24.

⁹²⁶ C. civ., art. 1103 : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

parfois obligées⁹²⁷. Dans un cas comme dans l'autre, la liberté contractuelle peut être contrainte. Face aux prescriptions de l'article, le rapport semble avoir été en défaveur de la liberté contractuelle, le contrat ayant parfois été tu pour mieux révéler les critères de la relation établie. Il fallait la découpler de la relation contractuelle⁹²⁸ pour mieux la faire exister. Mais rompre complètement les liens entre les deux n'est pas satisfaisant car en procédant ainsi, le but ne devrait pas pouvoir être atteint. Est-il pour autant possible d'accommoder l'une avec l'autre, et non l'une à l'exclusion de l'autre⁹²⁹ ? Poursuivant ce qui a parfois été initié en jurisprudence, on souhaite y procéder, en commençant d'abord par rechercher où est la relation établie lorsque les entreprises sont liées par un contrat. On envisagera ensuite les relations informelles, pour lesquelles l'absence de contrat justifie que la combinaison ne puisse pas être mise en œuvre.

274. Une démarche à contre-pied du droit positif. Notre démarche s'oppose à la présentation usuelle de la relation établie, consistant à fournir et détailler ses critères⁹³⁰. On ne pose pas la question de savoir ce qu'est la relation établie car la lumière s'est peu à peu faite sur la notion. Pour les zones d'ombre qui demeurent, on a souhaité y revenir en appréciant la démonstration d'une relation établie à partir des contrats, poursuivant ainsi le but assigné par les juges du droit. On paraît contredire la conception de la notion qui prévaut, selon laquelle la notion de relation établie est plus large que celle de contrat⁹³¹, alors que l'on ne s'en départit pas car on s'efforcera de montrer que la relation établie peut agréger des contrats. En outre, une partie de la doctrine tient pour indifférent le type de contrat dans l'établissement de relations établies, mais le fait qu'elle

⁹²⁷ P.-Y. GAUTIER, Paul Durand – première partie : Théorie générale du droit et du contrat, RDC n°04 du 10 déc. 2020, p. 108, spéc. 6. Contrats forcés. Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, F. CHÉNÉDÉ, Droit civil. Les obligations, oct. 2018, Dalloz, 12^e éd., ISBN n°978-2-247-18770-6, spéc. 34-37, pp. 41-44, revenant sur l'essor d'un ordre public économique et social qui « impose des comportements » (36, p. 43) et sur les conséquences de cet essor, parmi lesquelles la réduction de l'acte contractuel pour les parties à l'obtention d'un statut légal impératif (37, p. 43). On ajoute que l'article L. 441-3 du Code de commerce impose qu'à l'issue de la négociation commerciale, le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services mentionnent leurs obligations réciproques dans une convention écrite. Au-delà du fait que cela permette un contrôle de l'Administration, cette contractualisation façonne toujours davantage les rapports entre les entreprises concernées.

⁹²⁸ L.-M. AUGAGNEUR, L'anticipation raisonnable de la rupture des relations commerciales À propos d'un non-revirement de la Cour de cassation, JCP E n°42, 15 oct. 2009, 1969, spéc. 10 : « [...] en affirmant que la notion de relation établie n'est pas « juridique », la Cour de cassation veut signifier que cette relation est indépendante du cadre juridique dans lequel elle s'inscrit ».

⁹²⁹ Mémento Concurrence consommation 2022, éd. Francis LEFEBVRE, spéc. 88140 : « L'article L. 442-1, II du Code de commerce mentionne la rupture d'une « relation » et non d'une « relation contractuelle » établie. Il en résulte que, pour apprécier l'existence d'une telle relation, la Cour de cassation se réfère à la réalité de celle-ci et non à sa formalisation juridique ». D'après ce bref développement, l'absence de l'adjectif « contractuel » suffit à justifier que seule l'appréciation *in concreto* doit être mise en œuvre pour la recherche du caractère établi. La présence de l'adverbe exprimant la négation pousse le lecteur à refuser de considérer la formalisation juridique décidée par les parties. Cette vision s'avère réductrice eu égard au rapport de la Cour de cassation, dans lequel elle indique précisément qu'il faut associer le respect de la liberté contractuelle aux prescriptions de l'article.

⁹³⁰ Par ex., Mémento Concurrence Consommation 2022, éd. F. Lefebvre, 88140 et s., spéc. 88160 ; J.-C. RODA, Droit de la concurrence, 2019, *ibid.*, pp. 218-220, spéc. p. 219 : « Champ d'application du texte » et « Critères de la relation commerciale établie » ; M. MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, 2019, *ibid.*, spéc. 293 pp. 149-150 ; J. VOGEL et L. VOGEL, La rupture brutale des relations commerciales établies, 2020, *ibid.*, spéc. pp. 22-23.

⁹³¹ C.-A. MAETZ, Rupture brutale de relations commerciales établies, JCI Concurrence – consommation, fasc. 300, maj sept. 2019, spéc. 6.

se ravise conforte notre démarche⁹³². On a aussi souhaité mettre la relation établie à l'épreuve du contrat compte tenu de plusieurs autres faits : il est omniprésent⁹³³, il régit toutes sortes de rapports⁹³⁴, il est à portée de clic⁹³⁵, et surtout, la réforme de 2016 est venue l'ancrer dans le temps⁹³⁶. Cela renouvelle l'appréciation qui doit en être faite. La section consacrée à la durée du contrat⁹³⁷ contient des dispositions permettant, en autres, de prolonger le contrat. Cette conception dynamique pourrait tendre à le rapprocher de la relation établie car ses critères entretiennent tous un rapport au temps. La combinaison pourrait en être facilitée mais il reste à déterminer si l'ensemble des éléments propres au contrat et à la relation établie peuvent être conciliés. Enfin, ce serait nier la pratique des entreprises de ne pas tenir compte des contrats qu'elles concluent, cela pourrait être à l'origine d'une certaine défiance de leur part vis-à-vis de la réglementation applicable. L'ensemble de ces éléments nous pousse à rechercher, en premier lieu, les relations établies issues de contrats (§1), et, en second lieu, hors des contrats (§2).

§1. Les relations établies issues des contrats

275. Une opposition insoluble. Appréhendée dans la logique contractuelle, la *rupture brutale des relations établies* contient des éléments antagonistes, mis en exergue lorsque l'expression est

⁹³² K. HAERI, B. JAVAUX, H. J. ADLER, La réforme de la rupture brutale des relations commerciales établies : un encadrement dans la continuité, RLC n°86, 1^{er} sept. 2019, 3641, pp. 24-30, spéc. p. 25 : « Il n'y a, en revanche, pas lieu de distinguer selon la typologie de la relation : contrat à durée indéterminée, contrat à durée déterminée, voire même relation extracontractuelle. La stabilité s'apprécie de manière purement économique et peut résulter, par exemple, d'une succession plus ou moins régulière de contrats ponctuels. Il est toutefois vrai que cette dernière hypothèse requiert une démonstration plus fournie de la part de la partie qui se dit victime de la rupture brutale, puisque l'établissement d'une relation pérenne nécessite de surmonter une forme de présomption de précarité des telles relations. Il sera au surplus nécessaire d'identifier le moment auquel la relation est devenue pérenne, qui ne coïncide pas forcément avec le premier contrat conclu. Par ailleurs, certains contrats ont pu être jugés précaires en raison de leur objet ou des circonstances de leur conclusion et ainsi, être exclus du champ du dispositif ». L. BETTONI, L'appel d'offres privé, JCI Concurrence – Consommation, fasc. 735, maj 14 sept. 2019, spéc. 144, pour qui le « support juridique de la relation (contrat-cadre, CDI ou CDD, avec ou sans tacite reconduction, etc.) » entre dans le faisceau d'indices à la base de l'appréciation *in concreto* de la notion de relation établie.

⁹³³ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, Droit civil. Les obligations, oct. 2020, Dalloz, 17^e éd., ISBN 978-2-247-20439-7, 1, p. 1, présentant les contrats comme les « instruments de la vie économie ».

⁹³⁴ Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, F. CHÉNÉDÉ, *ibid.*, spéc. 34-37, pp. 41-44.

⁹³⁵ *Ibid.*, spéc. 35, p. 42, évoquant le « phénomène de la standardisation des contrats ». Selon nous, il devrait être confronté à la mise à disposition de modèles de contrats sur divers sites internet. A. PORTMANN, Les avocats doivent-ils craindre d'être « robotisés » ? Dalloz actualité, 06 mai 2016, réagissant à la création par Louison Dumont du site internet www.hirepeter.com, à partir duquel des créateurs étatsuniens de start-up peuvent générer des contrats de société. Si le site ne semble plus accessible, l'un de ceux visés par Me Bensoussan : Captain contrat, existe toujours et d'autres sont apparus depuis. Aux côtés des modèles de statuts de société, on y trouve aussi ceux de contrats de distribution, de franchise, etc. Leur personnalisation est attrayante mais limitée car le besoin des services d'un professionnel du droit naît de celui, conscient ou inconscient, des entrepreneurs de vouloir créer quelque chose qui devra nécessairement se distinguer de ce qui existe déjà pour exister. L'autre point d'intérêt des contrats à portée de clic est leur présence dans certains rapports seulement, ils ne rencontrent très probablement pas en présence de rapports inégalitaires où *le fort* imposera un contrat dûment rédigé par des, ou ses experts.

⁹³⁶ Ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 fév. 2016, texte n°26, art. 2. Dans le chapitre IV, intitulé « Les effets du contrat » (inséré dans le sous-titre Ier, « Le contrat », du titre III : « Des sources d'obligations »), une troisième section est spécialement dédiée à « la durée du contrat ».

⁹³⁷ C. civ., art. 1210 à 1215. Ces six articles forment la section 3, intitulée « La durée du contrat ».

scindée en deux, « *alors que le terme de rupture brutale renvoie pour ce qui est de l'origine de la fin des relations à une décision unilatérale, ce qui reste étranger à l'expiration du contrat à durée déterminée, la notion de relation commerciale établie paraît inversement susceptible d'accueillir le contrat à durée déterminée*⁹³⁸ ». En somme, un contrat à durée indéterminée est par essence précaire tandis qu'un contrat à durée déterminée est stable mais la stipulation d'un terme nie toute prévisibilité de continuité. Ni l'un ni l'autre ne devrait permettre l'application des dispositions. Toutefois, la relation établie n'a pas à être calquée sur le contrat. Au titre de la combinaison recherchée, on a rejeté le rapport d'exclusion, de la même façon, on écarte celui de l'équivalence. La relation établie n'est pas la relation contractuelle.

276. La relation contractuelle, ce qui est. La relation contractuelle recouvre des réalités différentes, opposées avec les contrats pourvus et dépourvus de terme extinctif. « *Les contrats à durée déterminée sont des contrats pour lesquels il existe une limite temporelle, fixée par la loi ou les parties, au-delà de laquelle la relation contractuelle cessera. Au contraire, les contrats à durée indéterminée sont censés être exécutés tant qu'il n'y a pas été mis fin par une des parties. L'intérêt majeur de la distinction réside dans la faculté de résiliation unilatérale que possède chaque partie dans un contrat à durée indéterminée. La prohibition des engagements perpétuels commande en effet que les contractants puissent se dégager de la relation contractuelle à tout moment, pourvu qu'ils respectent un délai de préavis minimal*⁹³⁹ ». L'utilisation de l'expression « *relation contractuelle* » (on l'a soulignée précédemment) dans chacune des situations décrites montre qu'il y a une relation contractuelle que les parties soient liées par un contrat à durée déterminée ou par un contrat à durée indéterminée ; elle ne permet donc pas de distinguer l'un de l'autre. Elle indique seulement le rapport, elle livre une description de la situation. Un changement s'opère avec l'appréciation de la relation contractuelle dans le temps.

277. « L'inscription de la relation contractuelle dans le temps⁹⁴⁰ ». L'introduction de la section consacrée à la durée du contrat a été remarquée et saluée⁹⁴¹ car elle participe à corriger certaines failles de l'ancienne version du code civil⁹⁴² ; « *la disparition de la confusion contrat/obligation a permis, enfin, l'inscription de la relation contractuelle dans le temps*⁹⁴³ ». L'édification du droit commun des contrats sur le modèle de la vente, contrat instantané par

⁹³⁸ P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 2019, 5^e éd., Francis LEFEBVRE, ISBN n°978-2-36893-253-7, 454 p., spéc. 977.

⁹³⁹ M. LATINA, *Contrat : généralités*, in E. SAVAUX (dir.), *Rép. de droit civil*, Dalloz, mai 2017, maj fév. 2020, spéc. 238.

⁹⁴⁰ M. LATINA, *ibid.*, spéc. 53.

⁹⁴¹ *Ibid.*, spéc. 53, in fine : « [...] le code civil s'est enrichi d'une section consacrée à la durée du contrat (C. civ., art. 1210 et s.), ainsi que de mécanismes, telle l'imprévision (C. civ., art. 1195), qui ne développent leurs effets que dans les relations contractuelles s'inscrivant dans le temps ». Le verbe choisi est mélioratif, il donne une connotation favorable à la modification.

⁹⁴² *Ibid.*, spéc. 52 et 53.

⁹⁴³ *Ibid.*, spéc. 53. et s.

excellence⁹⁴⁴, a participé à faire perdurer cette conception. Cela n'a toutefois pas empêché d'autres contrats de se développer⁹⁴⁵.

La section commence par poser une limite, celle de la prohibition des engagements perpétuels (article 1210). Il en découle la possibilité pour chacun des contractants à un contrat à durée indéterminée d'y mettre fin (article 1211). Par contre, « *lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, chaque partie doit l'exécuter jusqu'à son terme* » (article 1212). Ces deux articles prévoient les régimes de chaque contrat envisagé, sans les définir⁹⁴⁶. C'est seulement dans l'article 1212 que « *le critère de démarcation entre les deux* » – le terme – est évoqué⁹⁴⁷. Les trois derniers articles intéressent la prolongation des effets du contrat à durée déterminée⁹⁴⁸. Ils envisagent successivement la prorogation (article 1213), le renouvellement (article 1214) et la tacite reconduction (article 1215). Ces trois mécanismes permettent au contrat de produire ses effets dans un temps plus long que celui qui avait été initialement prévu. On commence dès lors à percevoir comment la relation contractuelle est susceptible de s'inscrire dans le temps. Mais la section consacrée à la durée du contrat s'arrête net et une autre poursuit avec la cession de contrat⁹⁴⁹. Rien n'est indiqué quant au fait de savoir comment la prolongation du contrat doit être appréhendée. La relation établie ne pouvant être la relation contractuelle, pourrait-elle correspondre à une relation contractuelle qui s'inscrit dans le temps ? Pour y répondre on la recherche distinctement dans les contrats à durée indéterminée (A) et dans les contrats à durée déterminée (B), en sachant désormais que les premiers sont par essence précaires et les seconds contiennent une échéance contractuelle niant toute prévisibilité.

⁹⁴⁴ G. CHANTEPIE, *Contrat : effets*, in E. SAVAUX (dir.), *Rép. de droit civil*, Dalloz, janv. 2018, maj déc. 2020, spéc. 127.

⁹⁴⁵ *Ibid.* : « *Déjà réductrice, cette conception était devenue insuffisante pour saisir la réalité de nombreux contrats contemporains, inscrits dans la durée* ».

⁹⁴⁶ *Ibid.*, spéc. 142, à propos du contrat à durée indéterminée.

⁹⁴⁷ *Ibid.*

⁹⁴⁸ *Contra* A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE et J.-P. PAQUIN, *La durée du contrat*, JCP N n°47, 20 nov. 2015, 1213, pp. 55-59, spéc. 21, p. 58 : « [...] *alors que la prorogation s'applique au contrat sans distinction, le renouvellement et la tacite reconduction sont réservés au contrat à durée déterminée. Le premier mécanisme pourrait donc s'appliquer au contrat à durée indéterminée, ce qui, contrairement aux apparences, n'est pas incongru. Certes, la prorogation est classiquement entendue comme un report du terme extinctif, caractéristique du contrat à durée déterminée. Néanmoins, la résiliation du contrat par l'une des parties consiste finalement à lui assigner un terme, unilatéralement et en cours d'exécution. Un accord des parties pendant la durée du préavis pourrait reporter la date d'extinction du contrat qui avait été fixée par la résiliation unilatérale. En revanche, le renouvellement et la tacite reconduction du contrat à durée indéterminée sont exclus par les textes : cela implique-t-il que la situation est nécessairement extracontractuelle lorsque, par exemple, les parties ont poursuivi l'exécution après la date d'effet de la résiliation ?* ».

⁹⁴⁹ C. civ., art. 1216 à 1216-3. Ces quatre articles forment la section 4, intitulée « La cession de contrat ».

A. La stabilité dans les contrats dépourvus de terme extinctif

278. Démêler le vrai du faux semblant. Les contrats conclus à durée indéterminée sont synonymes de stabilité alors qu'ils sont par essence précaires (1). La figure particulière du contrat cadre fait exception (2) ; stipulé sans terme extinctif, il traduit la volonté des parties d'ancrer leurs relations dans une stabilité nécessaire à ce qu'elles veulent réaliser ensemble.

1. La relation établie irréductible au contrat à durée indéterminée

279. Le contrat à durée indéterminée, un faux-semblant de durabilité. Dans l'inconscient collectif⁹⁵⁰, un contrat conclu pour une durée indéterminée véhicule l'idée qu'il s'inscrit dans le temps. Cela provient, pour partie, du droit du travail. En cette matière, le contrat à durée indéterminée est conclu pour « *toute embauche réalisée pour faire face à l'activité normale et permanente de l'entreprise*⁹⁵¹ », tandis que le contrat à durée déterminée est réservé à des cas particuliers⁹⁵². Le Code du travail organise les régimes du principe et de l'exception, en opposant la *normalité*⁹⁵³ à la *précarité*⁹⁵⁴. Mais cette logique propre ne saurait être ni transposée telle quelle, ni inversée⁹⁵⁵, ce qui vaut pour une relation d'employeur à salarié ne vaut pas, en toutes circonstances, entre entreprises. En outre, il ne faut pas prêter un caractère stable au contrat à durée indéterminée car chacun des contractants a la possibilité d'y mettre fin.

⁹⁵⁰ E. PERROT, « JUNG CARL GUSTAV - (1875-1961) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 24 novembre 2021. URL : <http://www.universalis-edu.com.passerelle.univ-rennes1.fr/encyclopedie/carl-gustav-jung/>. On doit à Jung la notion d'inconscient collectif (« Avec l'entrée dans cet indéfini, océan d'énergie antérieur à l'individu, Jung franchit un pas que Freud n'avait pas osé accomplir. Par opposition à l'inconscient personnel, il le nomme inconscient collectif. »). A. AGNEL, Freud et Yung : quelques raisons d'une séparation, *Le Coq-Héron* n°244, 2021/1, pp. 33-40, spéc. p. 38 : « *Paracelse, au XVI^e siècle, en avait déjà eu l'intuition, qui parlait d'une unité regroupant « la multiplicité des êtres ». Ce n'est pas mon Soi seul, écrivait-il, mais également celui de mes frères »*.

⁹⁵¹ Le Lamy Social [en ligne], maj mars 2022, n°941 (Contrat à durée déterminée, contrat d'exception).

⁹⁵² C. trav., art. L. 1242-2 : « [...] un contrat de travail à durée déterminée ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire, et seulement dans les cas suivants : [...] ».

⁹⁵³ C. trav., art. L. 1221-2, al. 1 : « Le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail », par opposition à l'art. L. 1242-1 : « Un contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ».

⁹⁵⁴ C. CHABLOT, Contrat de travail à durée déterminée – in A. LYON-CAEN (dir.), *Rép. de droit du travail*, Dalloz, maj sept. 2021, spéc. 26 : « Largement susceptible de créer une situation de précarité pour le salarié, le recours au contrat à durée déterminée devrait rester exceptionnel, le contrat de droit commun demeurant le contrat à durée indéterminée ». F. BOUSEZ, Contrat à durée déterminée, *JCI Travail traité*, fasc. 2-40, maj 2015, spéc. 12. Une précarité en dissimule une autre : « [...] une autre forme de précarité résulte de l'existence d'un contrat à durée déterminée. En effet « les politiques de flexibilité conduisent à multiplier les situations d'emplois discontinues, dans lesquelles des périodes de travail succèdent pour le salarié à des périodes d'inactivité » (Au-delà de l'emploi, dir. A Supiot : Flammarion, 1999, n°155). Ce n'est plus seulement la précarité du contrat qui doit être envisagée, mais la précarité du salarié titulaire d'un contrat à durée déterminée ».

⁹⁵⁵ C. HANNOUN, Y. GUENZOU, Terme, in E. SAVAUX (dir.), *Rép. de droit civil*, Dalloz, oct. 2017, maj déc. 2019, spéc. 1 : « Contrairement à ce qui se passe en droit du travail, le contrat à durée indéterminée n'est pas le principe et le contrat à durée déterminée n'est pas l'exception. L'inverse n'est pas non plus vrai ».

280. Un contrat par essence précaire⁹⁵⁶, une démonstration nécessaire. Les contrats dépourvus de terme extinctif ne préfigurent aucune stabilité car chaque contractant a la possibilité de s'en dégager unilatéralement⁹⁵⁷. La faculté de résiliation unilatérale confère au contrat à durée indéterminée son caractère précaire. En jurisprudence, il a pourtant été qualifié de *relation établie*⁹⁵⁸ ; il est donc précaire tant qu'il n'a pas été démontré qu'il réunit les critères constitutifs de la notion. En 2019, la Cour de cassation indique « *qu'ayant écarté l'existence d'une relation commerciale établie, la cour d'appel n'avait pas à rechercher si [l'auteur] avait consenti un préavis suffisant à [la victime]*⁹⁵⁹ ». Cela sonne comme un rappel à la démonstration⁹⁶⁰. Dans certains arrêts d'appel, le préavis consenti est parfois apprécié sans que la *relation établie* n'ait été caractérisée⁹⁶¹. Les juges procèdent parfois suivant leurs propres affirmations⁹⁶², celle des juges consulaires⁹⁶³, ou encore celle des parties⁹⁶⁴. Tous les arrêts cités en référence ont en commun

⁹⁵⁶ J.-M. GARINOT, Que reste-t-il de l'abus dans le non-renouvellement du contrat, D. 2014, p. 2014, « [...] *un contrat à durée indéterminée, par essence précaire, [...]* »

⁹⁵⁷ C. civ., art. 1211 : « *Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable* ». Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, F. CHÉNEDÉ, Droit civil Les obligations, *ibid.*, spéc. 660, p. 733.

⁹⁵⁸ Par ex., CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 28 fév. 2018, n°16/01101, J.-D. n° : « *Il n'est pas contesté que la relation nouée entre les sociétés GT Procar et Assercar présentait un caractère stable et significatif, compte tenu de l'importance et de l'évolution du chiffre d'affaires réalisé entre les deux parties et qu'elle a duré 29 mois, cette durée relativement brève, suffisant à considérer que la relation entre les deux sociétés présentait un caractère établi* ».

⁹⁵⁹ Cass. com., 02 oct. 2019, n°18-14.849, J.-D. n°2019-017142.

⁹⁶⁰ CA Paris, Pôle 05, Ch. 10, 18 juin 2018, n°16/12767, J.-D. n°2018-014379. Dans cet arrêt, les entreprises n'étaient pas liées par un contrat à durée indéterminée mais par un contrat à « *durée déterminée de 14 mois, tacitement reconductible par périodes successives de 12 mois sauf résiliation par l'une ou l'autre des parties, notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception, au moins 6 mois avant chaque échéance contractuelle* ». Il avait pris effet le 1^{er} novembre 2012, mais n'avait pas été tacitement reconduit car l'une des parties avait informé l'autre, le 11 juin 2013, qu'elle ne le souhaitait pas. En l'état de ces faits, les juges relèvent que l'information du non-renouvellement était parvenue « *un peu plus de 6 mois avant le terme du 31 décembre 2013* ». Ils en ont déduit que « *le préavis de 6 mois pour une durée de 14 mois est donc un délai susceptible de permettre [au partenaire évincé] de retrouver un ou plusieurs partenaires commerciaux ce qui exclut de pouvoir qualifier de brutale [...] la rupture intervenue* ». Ce qui pose problème dans la solution des juges c'est qu'après avoir retenu l'absence de brutalité de la rupture, ils ont ajouté que le partenaire évincé « *ne démontre pas que [l'auteur] lui aurait laissé croire que le contrat serait renouvelé* ». La première partie de la solution invite à considérer que la relation établie entre les parties n'avait pas été brutalement rompue alors que la seconde remet en cause la caractérisation d'une relation établie, faute pour le demandeur de n'avoir pas pu rapporter les éléments de sa croyance en la continuité de la relation d'affaires. Par conséquent, la démonstration n'a pas été menée logiquement : le régime a été appliqué avant que les conditions n'aient été vérifiées.

⁹⁶¹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 24 juin 2016, n°14/01572, J.-D. n°2016-012936. Il est seulement fait référence aux relations habituelles des parties dans l'exposé des faits. Les motifs de l'arrêt ne contiennent pas la démonstration de la *relation établie* alors que les juges affirment « *qu'au regard de la nature de l'activité en cause, le délai de préavis de 90 jours était suffisant* ».

⁹⁶² CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 10 avr. 2014, n°12/22670, J.-D. n°2014-008286, « *Il ressort du dossier que la société Alter Ego a, par courrier du 24 septembre 2010, notifié à la société Cap Inter sa décision de mettre fin, à compter du 30 septembre suivant, au contrat qu'elles avaient conclu le 28 juillet 2009. Les relations commerciales établies entre elles ayant ainsi duré 14 mois, la Cour juge que le délai de préavis requis par l'article L. 442-6 [I] 5° du code de commerce est d'une durée d'un mois* ». L'auteur est condamné à verser une somme de dommages et intérêts sans qu'il n'apparaisse clairement qu'une relation puisse être considérée comme établie.

⁹⁶³ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 1^{er} sept. 2021, n°18/00621, J.-D. n°Ø : « *Ainsi que le tribunal l'a retenu, les relations commerciales sont établies entre X A et BCB au sens de l'article L. 442-6 1, 5° du code de commerce dans sa version applicable à la cause, ce depuis l'année 1996, ainsi qu'il résulte du grand livre de la société Louis Schitter, ancienne dénomination sociale de la société BCB [...]. Le tribunal doit être approuvé d'avoir retenu qu'en ne lui accordant qu'un délai de préavis de 5 mois au regard de l'ancienneté de leurs relations (18 ans) et qu'un délai d'un an devait lui être accordé, la société Peggy Sage avait rompu brutalement ses relations commerciales établies avec la société BCB* ».

⁹⁶⁴ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 29 sept. 2021, n°19/21838, J.-D. n°Ø. En l'occurrence, plusieurs éléments factuels sont rapportés par la victime pour caractériser la relation établie. Mais les juges indiquent que « *les parties ne contestent pas avoir noué des relations commerciales établies depuis 1984* » et en font leur postulat de départ pour apprécier le délai de préavis. Ils retiennent

de s'appuyer sur l'ancienneté pour caractériser de la relation établie alors que ce n'est pas là un critère à part entière de la démonstration. Elle dépend certes d'une certaine durée, mais telle qu'elle trouve à être appréciée dans chacun des caractères « *stable, suivi et habituel* » requis. Ils sont davantage à même d'être identifiés dans une autre figure contractuelle choisie par les parties, celle du contrat cadre ; on les expose alors plus en détails.

2. La relation établie réductible au contrat cadre

281. Le contrat cadre, révélateur de rapports inter-contractuels. D'après l'article 1111 du Code civil, « *le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution* ». L'article distingue différents contrats : le contrat cadre et les contrats d'application, sans que le premier ne désigne l'ensemble formé par lui et les seconds⁹⁶⁵ ; c'est pourtant à partir de cet ensemble contractuel innommé⁹⁶⁶ que l'on va déterminer s'il réunit les critères constitutifs de la relation établie. La réponse ne peut être fournie directement en raison d'oppositions doctrinales : « *partisans et adversaires en appellent souvent à la notion de contrat-cadre pour défendre, au nom de l'acception qu'ils en ont, des positions radicalement opposées, les uns faisant valoir l'irréductible indépendance entre les conventions, les autres insistants sur le lien prégnant qui les unit*⁹⁶⁷ ». Le Professeur Dissaux y associe respectivement les tentations du *sous-contractuel* et du *sur-contractuel*⁹⁶⁸. Pour résumer la première, le contrat cadre ne crée pas d'obligation à la charge des parties, pas même celle de conclure des contrats d'application⁹⁶⁹. Ces derniers ne seraient liés ni au contrat cadre, ni entre eux⁹⁷⁰. La solution n'est évidemment pas celle de la pratique : « *dans des relations professionnelles suivies, il arrive souvent que les parties*

ensuite que « *ce préavis d'une durée importante [31 mois] était justifié compte tenu de l'ancienneté des relations commerciales mais aussi de la dépendance économique de [la victime]* », deux critères ne participant pas à l'établissement d'une relation établie.

⁹⁶⁵ H. NAKATA, Le contrat-cadre du point de vue d'un juriste japonais, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics* 29 (2001), pp. 1-13, consulté depuis l'URL : <https://hermes-ir.lib.hit-u.ac.jp/hermes/ir/re/8146/HJlaw0290000010.pdf>, le mer. 27 oct. 2021, « [...] *le contrat-cadre ne signifie pas l'ensemble formé par le contrat de base et par les contrats d'application ; il signifie seulement le contrat de base* ».

⁹⁶⁶ L'article L. 441-3 du Code de commerce prévoit que la convention écrite entre le fournisseur et le distributeur, ou le prestataire de services, puisse être établie « *soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre et des contrats d'application* ». Dans la seconde branche de l'alternative, on observe identiquement que l'ensemble est innommé. On note aussi un trait d'union entre *contrat* et *cadre* dans cet article tandis qu'il est ne figure pas dans l'article 1111 du code civil. Même si l'ajout au sein du code de commerce n'est pas de nature à faire douter de l'équivalence des contrats visés, une uniformisation dans l'écriture ferait gagner en cohérence.

⁹⁶⁷ F. POLLAUD-DULIAN, A. RONZANO, Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes, *RTD Com* n°02 du 14 juin 1996, p. 179, 7.

⁹⁶⁸ N. DISSAUX, Les mystères du contrat-cadre, *AJCA* 2017, p. 104.

⁹⁶⁹ *Ibid.*, I. 1, se référant à J.-M. MOUSSERON, J.-J. BURST, N. CHOLLET et al., notant que : « *Cette obligation de conclure [des contrats d'application] laisse, simplement, subsister la nécessité d'un échange de volontés pour chacun des contrats ultérieurs ; or, la rencontre des volontés sur les éléments essentiels peut ne pas se produire et les conventions élémentaires n'accèdent pas, alors, à la vie juridique ; c'est là que réside le paradoxe du contrat [...] qui contraint mais laisse libre* ». Évidemment, si les parties concluent un contrat cadre, c'est afin d'entretenir une relation suivie ».

⁹⁷⁰ F. POLLAUD-DULIAN, A. RONZANO, *ibid.*

concluent d'abord un contrat général organisant leurs relations futures, puis des contrats particuliers qui en constituent au fur et à mesure la mise en œuvre⁹⁷¹ ». Les contrats d'application découlent donc du contrat cadre. Quant au *sur-contractuel*, il s'agit du rapport hiérarchique du contrat cadre sur les contrats d'application alors que la distinction de l'article 1111 précité repose sur leur complémentarité⁹⁷². L'une et l'autre des hypothèses sont rejetées car elles conduisent à nier l'originalité de la figure contractuelle. Pour notre démonstration des relations établies, on souhaite envisager une voie tierce, celle de l'*inter-contractuel*. Dans l'ensemble contractuel innommé, plusieurs rapports doivent être envisagés et pas uniquement celui entre le contrat cadre et les contrats d'application. La succession des contrats d'application doit être ajoutée. Le contrat cadre est le point d'ancrage à partir duquel des contrats d'application vont être conclus ; et ces derniers vont alors se succéder. Pour la vérification des critères, c'est bien cet ensemble complet de rapports qu'il faut examiner car seules les relations contractuelles futures sont envisagées à l'article 1111 du Code civil, or il convient de distinguer entre ce qui est à venir (futur⁹⁷³) et ce qui est de nature à durer longtemps (durable⁹⁷⁴).

282. L'inhérence des critères suivi, stable et habituel au contrat cadre. Chacun des critères est observable dans l'ensemble contractuel innommé. La démonstration a été faite au moyen d'un raisonnement en creux, c'est-à-dire en tirant les conséquences de la situation inverse⁹⁷⁵. L'absence de contrat-cadre révèle l'intention des parties de ne pas s'engager durablement, tandis que son existence montre que c'est ce qu'elles souhaitent. Cette analyse présente l'avantage de montrer que le contrat cadre est issu de la pratique des entreprises⁹⁷⁶. Elles y recourent pour des opérations qu'elles ne peuvent pas réaliser en une seule fois. Le contrat cadre serait alors, par nature, un instrument d'intégration, notamment en distribution⁹⁷⁷. Positivement, il instaure un périmètre, dont les parties ont tracé les limites et dans lequel leurs rapports vont s'inscrire. On ne saurait isoler chaque critère en fonction des contrats conclus car c'est ensemble qu'ils y concourent. La stabilité pourrait être rattachée au contrat cadre, mais elle se démontre aussi à

⁹⁷¹ A. BÉNABENT, Droit des obligations, 15^e éd. août 2016, L.G.D.J, ISBN n°978-2-275-04496-5, spéc. 30, p. 39. Il y a une 19^e édition : 2021, 19^e éd., L.G.D.J, Coll. Précis Domat, Privé, ISBN n°978-2-275-09037-5, 768 p., spéc. XX, p. XX.

⁹⁷² N. DISSAUX, *ibid.*, I.2.

⁹⁷³ Dict. A.F., V° « futur », sens I.1.

⁹⁷⁴ Dict. A.F., V° « durable » et V° « stable », qui, employé au figuré signifie « *qui est assuré, ferme, durable, permanent* ».

⁹⁷⁵ J.-M. GARINOT, Que reste-t-il de l'abus dans le non-renouvellement du contrat, D. 2014, p. 2014 : « [...] lorsque les parties n'ont pas entendu se lier par un contrat-cadre et se sont contentées de conclure des contrats à durée déterminée, il ne paraît pas approprié de conditionner la fin de leurs rapports d'affaires au respect d'un quelconque préavis, sauf si elles l'ont expressément stipulé. Peut-être pourrait-on considérer que, si les contractants ont opté pour un tel *modus vivendi*, c'est qu'ils n'entendaient pas inscrire leur relation dans la durée et qu'ils souhaitaient pouvoir y mettre fin à chaque échéance. À cet égard, peu importe, rétrospectivement, que la relation se soit effectivement inscrite dans le temps ou non : faute de contrat-cadre, il paraît douteux que les parties aient voulu se lier dès l'origine pour une longue période et respecter un préavis substantiel avant de pouvoir se désengager. On peut penser, si elles l'avaient effectivement souhaité, qu'elles auraient formalisé leur relation après l'exécution de quelques contrats ponctuels, en guise de période d'essai ».

⁹⁷⁶ F. POLLAUD-DULIAN, A. RONZANO, Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes, RTD Com n°02 du 14 juin 1996, p. 179, spéc. 12, 18 : « *Le contrat-cadre apporte une réponse juridique à un besoin pratique* ».

⁹⁷⁷ F. POLLAUD-DULIAN, A. RONZANO, *ibid.*, spéc. 18.

partir de la succession suivie et habituelle des contrats d'application. L'ensemble formé par les différents rapports semble donc réunir, de façon inhérente, le trinôme des critères et l'anticipation raisonnable en la continuité du flux d'affaires. La jurisprudence confirme⁹⁷⁸. Mais une vérification approfondie s'impose car les variations dans l'intensité des relations et des incidents imputables au contractant se prétendant victime pourraient remettre en cause la stabilité de la relation.

283. L'intensité, un critère dérivé mais déterminant. Il a été mis en évidence que « *c'est la clientèle du concessionnaire qui, indirectement, donne effectivité au contrat-cadre (auquel elle n'est pas partie) en suscitant l'apparition de contrats d'application. La fréquence et l'intensité des contrats d'application sont directement fonction de l'importance et de l'appétit de la clientèle*⁹⁷⁹ ». La succession des contrats d'application participe à la caractérisation de la relation établie, mais cela pourrait être remis en cause du fait que leur conclusion dépende de tiers au contrat⁹⁸⁰. Pour confirmer ou infirmer le propos, on vérifie si l'intensité des contrats d'application, dépendant de la clientèle, correspond à l'intensité de la relation entre un concédant et l'un de ses concessionnaires.

D'emblée, on observe que ce critère ne fait pas partie du trinôme. Il est apparu avant en jurisprudence⁹⁸¹. La doctrine le considère comme « *déterminant* »⁹⁸². Son absence avait été remarquée d'un arrêt de la Cour de cassation qui avait pourtant retenu une relation établie⁹⁸³. Cela

⁹⁷⁸ Par ex., CA Paris, Pôle 05, ch. 05, 13 sept. 2018, n°17/02379, J.-D. n°Ø, en l'espèce, il s'agissait d'une société exerçant une activité de surveillance, gardiennage et sécurité en matière de biens et de personnes, liée successivement à des sociétés du groupe Auchan par un contrat cadre et un contrat de référencement. Ce dernier a été conclu pour une durée indéterminée et seize contrats d'application ont été signés en exécution du contrat de référencement. Après avoir rappelé ce qu'est la relation établie au moyen des critères cumulatifs, les juges ajoutent que « *la relation commerciale s'entend par ailleurs sur le plan économique et non juridique, comme un flux d'affaires, peu important que celui-ci se base ou non sur un seul contrat, ou plusieurs contrats, successifs ou cadre et d'application* ». En l'occurrence, la relation établie a été caractérisée.

⁹⁷⁹ Ph. LE TOURNEAU (dir.), Droit de la responsabilité et contrats 2021/22, éd. n°12, sept. 2020, Dalloz, Dalloz Action, ISBN n°978-2-247-20137-2, spéc. 3112.252, p. 1215.

⁹⁸⁰ En termes économiques, on fait correspondre ces tiers à la demande.

⁹⁸¹ Par ex., CA Versailles, Ch. 12, sect. 2, 20 fév. 2003, n°01/01170, J.-D. n°2003-246506 : « *si ce texte [article 36-5 de l'ord. n°86-1243 du 1^{er} déc. 1986 alors en vigueur au moment de la cessation des relations à effet au 26 juin 1998, tel qu'il avait donc été modifié par la loi n°96-588 du 1^{er} juill. 1996], a vocation à régir toutes les relations d'affaires qui se sont instaurées entre professionnels qu'elles relèvent d'une convention ou se soient nouées de manière informelle, à condition qu'elles s'inscrivent dans la durée comme dans la continuité et qu'elles présentent une certaine intensité afin d'être établies, il ne peut recevoir application qu'entre les personnes physiques ou morales qui les ont réellement et effectivement entretenues* ». V. aussi, CA Versailles, Ch. 12, sect. 2, 23 oct. 2003, n°01/07560, J.-D. n°2003-256237 : « *si l'article précité a vocation à régir toutes les relations d'affaires entre professionnels au titre des activités de production de distribution ou de service, c'est à la condition que celles-ci soient établies et s'inscrivent dans la durée en présentant une intensité telle qu'elles permettent de penser qu'elles vont se poursuivre* ». Les mêmes juges livrent des solutions différentes : le premier arrêt fait de la durée, de la continuité et de l'intensité des critères à réunir pour la démonstration du caractère établi tandis que le second requiert d'une part le caractère établi et d'autre part la durée, l'intensité et la prévisibilité, et ce en raison de la présence de la conjonction de coordination « *et* » en lieu et place d'une locution conjonctive (par ex. « *c'est-à-dire* ») introduisant une subordonnée complétive, ayant valeur d'explication.

⁹⁸² S. REGNAULT, Guide la rupture des relations commerciales établies, RLDC n°45, 1^{er} janv. 2008, 2839, pp. 75-85, spéc. p. 76.

⁹⁸³ K. HAERI, M. PICHON de BURY, Extension de l'application de la notion de rupture brutale des relations commerciales établies, CCC n°05, mai 2010, ét. 6, spéc. 6 : « *L'arrêt du 15 septembre 2009 [Cass. com., 15 sept. 2009, n°08-19.200, Bull. civ. 2009, IV, n°110, J.-D. n°2009-049448] reste novateur et peut être considéré comme participant à l'entreprise d'extension du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5° en ce qu'il fait fi du critère d'intensité jusqu'à présent usité pour qualifier une relation d'établie. En effet, la conclusion annuelle d'un contrat pour une durée de dix jours pour la location d'un stand sur une foire ne paraît pas remplir ce critère* ».

aurait pu porter à croire à son abandon mais il est présent ultérieurement dans plusieurs arrêts de la Cour d'appel de Paris⁹⁸⁴. Il y est développé sous une double conception : quantitative et qualitative. Il est d'abord caractérisé à partir du chiffre d'affaires que la victime réalise avec son partenaire et de la part que cela représente dans son chiffre d'affaires total⁹⁸⁵. L'importance de la part peut être révélatrice de l'importance de la relation⁹⁸⁶, mais ce n'est pas toujours le cas. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 13 février 2020⁹⁸⁷, les juges doublent l'appréciation quantitative d'une appréciation qualitative. Après avoir relevé la faiblesse de la part du chiffre d'affaires de la victime réalisé avec l'auteur (moins de 6%⁹⁸⁸), ils détaillent son évolution croissante⁹⁸⁹ pour retenir la qualification de relation établie⁹⁹⁰.

Si on ne peut nier que la clientèle est une variable essentielle, les entreprises le savent et l'anticipent. En prenant l'exemple d'une concession automobile, les contrats d'application se concluent en fonction de la demande, mais le concessionnaire est dans l'impossibilité d'attendre d'avoir vendu tout son stock avant de passer de nouveau commande auprès du concédant, au risque de mettre en péril son activité et l'intégrité du réseau. Une rotation des stocks est préparée en amont et se traduit par la conclusion de contrats d'application permettant de procéder aux ajustements nécessaires. Le courant d'affaires découlant de la succession des contrats d'application connaîtra des variations, dont certaines seront imputables à la demande, sans que cela ne vienne remettre automatiquement en cause la stabilité de la relation. Relativement à la correspondance entre les intensités, on retient que la conclusion des contrats d'application dépend directement, mais pour partie, de la clientèle. Cela influe nécessairement sur l'importance, en valeur, de la relation, puisqu'elle est appréciée sur la base de chiffres d'affaires. Le plus probant

⁹⁸⁴ Par ex., CA Paris, 12 oct. 2021, n°20/02342, J.-D. n°Ø, 24 : « *La notion de relation commerciale établie suppose, même en l'absence de convention écrite, et même si elle a été brève, l'existence d'une relation d'affaires qui s'inscrit dans la durée, la continuité et avec une certaine intensité, de sorte que la victime de la rupture devait pouvoir raisonnablement anticiper pour un avenir, même bref, une certaine pérennité du flux d'affaires avec son partenaire commercial, la relation commerciale établie s'entendant d'échanges commerciaux conclus entre les parties* », CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 22 sept. 2016, n°14/18692, J.-D. n°2016-020321, « *la notion de relation commerciale établie recouvre un grand nombre de situations, voire peut exister en l'absence de signature de tout contrat, dès lors que la relation d'affaires s'inscrit dans la durée, la continuité et dans une certaine intensité* », confirmé par Cass. com., 07 mai 2019, n°17-15.340, J.-D. n°2019-007691.

⁹⁸⁵ Par ex., CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 25 juin 2020, n°18/00121, J.-D. n°2020-009021 : « *Il convient en outre de relever l'intensité de cette relation puisqu'elle portait sur des flux de plusieurs dizaines de millions d'euros et représentait plus de 30 % du chiffre d'affaires de [la victime]* ».

⁹⁸⁶ Par ex., CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 09 juill. 2020, n°17/18660, J.-D. n°2020-010398 : « *Il n'est pas contradictoire pour Davyco d'avoir tout mis en œuvre pour conserver des relations avec U Enseigne qui lui apportait 30% de son chiffre d'affaires [...]* ».

⁹⁸⁷ Par ex., CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 13 fév. 2020, n°17/19879, J.-D. n°2020-001919, en l'espèce il s'agissait de deux sociétés ayant confié à un commissionnaire de transport « *de nombreuses opérations de transports de colis* ».

⁹⁸⁸ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 13 fév. 2020, *ibid.* : « *Il est admis par [les auteurs] et confirmé par les extraits du Grand Livre client 2011 à 2015 produit par la [victime] [qu'ils] ne représentaient pas plus de 6% de son chiffre d'affaires global sur cette période.*

⁹⁸⁹ *Ibid.* : « *les [auteurs] admettent que leur relation d'affaires avec la [victime] a engendré pour cette dernière un chiffre d'affaires de 152.726 euros pour l'année 2011, 195.664,42 euros pour l'année 2012, 236.980,83 pour l'année 2013, 296.096,41 pour l'année 2014 et 240.919,53 pour l'année 2015* ». N. RAZAFIMAHARAVO, Relations commerciales Caractère établi par l'évolution du chiffre d'affaires, BTL n°3773, du 24 fév. 2020, pp. 109-111.

⁹⁹⁰ *Ibid.* : « *Il en résulte l'existence d'une relation suivie, stable et habituelle sur 4 années. Peu importe qu'aucun contrat cadre n'ait été signé ou que la [victime] n'était pas en dépendance économique à l'égard [des auteurs]* ».

pour mesurer l'intensité des relations entre concessionnaire et concédant serait d'examiner les conditions contractuelles de la concession. Les clauses de non-concurrence, le monomarquisme ou le multimarquisme sont autant d'indicateurs montrant que c'est à travers le contrat que le critère de l'intensité doit être vérifié. Le chiffre d'affaires du concessionnaire, lié à son concédant par une obligation d'approvisionnement exclusif, représentera la totalité du chiffre d'affaires qu'il réalise avec lui⁹⁹¹.

284. Un incident imputable à la victime. L'anticipation raisonnable en une certaine continuité du flux d'affaires, mue en croyance⁹⁹² ou en attente légitime⁹⁹³, n'avait pas été contestée alors que l'annonce de la rupture avait été faite oralement⁹⁹⁴, ou encore lorsque les discussions sur les modalités de la rupture avaient été entamées⁹⁹⁵. Le paradoxe a été mis en évidence : la prévisibilité de la rupture n'ôte pas à la relation sa stabilité. Toutefois, les juges d'appel conçoivent que la relation puisse perdre son caractère établi car il « *implique, notamment qu'elle ne soit pas entachée par des incidents susceptibles de remettre en cause sa stabilité*⁹⁹⁶ ». Parmi eux, certains ne pourraient pas être ignorés, notamment ceux qui sont du propre fait de celui qui se prévaut d'une rupture brutale. Pour reprendre l'exemple de la concession automobile, l'anticipation raisonnable recherchée ne peut être observée chez le concessionnaire qui ne répondrait plus à tous les critères

⁹⁹¹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 18 juin 2009, n°07/18026, J.-D. n°Ø, en l'espèce, les parties sont liées par une exclusivité et le contrat contient une clause de non-concurrence « *applicable pendant toute la durée de la validité du contrat et pour une période d'une année suivant sa résiliation* ». La demanderesse échoue à se prévaloir d'une exploitation abusive d'un état de dépendance économique faite pour elle de démontrer que le fonctionnement ou la structure de la concurrence en était affecté ; « [...] néanmoins, la [victime] qui réalisait 100 % de son chiffre d'affaires avec [l'auteur] se trouvait dans une relation de dépendance économique avec son unique cliente ».

⁹⁹² Par ex., Cass. com., 27 mars 2019, n°17-18.047, J.-D. n°Ø : « *Mais attendu que l'arrêt, par motifs propres et adoptés, relève l'absence d'accord-cadre comportant un engagement de commandes minimum, le faible nombre de références pour la période considérée, la société Callens n'intervenant que dans le cadre de l'actualisation et la réassortiment, le caractère fluctuant et irrégulier du chiffre d'affaires entre 2003 et 2012, nul en 2008, et ajoute que la fluctuation des commandes traduit les caractéristiques du secteur de la vente de vêtements et des usages couramment établis dans la profession, ce dont il déduit l'absence de stabilité de la relation, exclusive d'une croyance légitime en leur continuité ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, exemptes de dénégation, la cour d'appel, [...], a pu retenir que la relation commerciale n'était pas établie* ».

⁹⁹³ Cass. com., 13 nov. 2013, n°12-25.361, J.-D. n°2013-025587. En l'espèce, un fabricant de pièces détachées confie à une société de transport et logistique l'acheminement de sa production à compter de 2006. Les volumes confiés baissent progressivement à partir d'octobre 2008. En mai 2009, le fabricant met un terme à leur relation. Les juges du fond ont caractérisé une relation établie avec la succession des contrats ponctuels et à partir de l'importance croissante du chiffre d'affaires. Mais la Cour de cassation leur reproche de n'avoir pas caractérisé l'attente légitime de la victime dans la relation qu'elle avait nouée avec l'auteur (« *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si eu égard à la nature de la prestation, qui dépendait des commandes obtenues par [l'auteur] auprès de différents industriels de l'automobile, [la victime] pouvait légitimement s'attendre à la stabilité de sa relation avec [l'auteur], la cour d'appel privé sa décision de base légale* »). Juris. post., CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 04 mai 2016, n°13/22971, J.-D. n°2016-008774, la gravité des manquements du transporteur justifie que la relation a pu être rompue sans préavis.

⁹⁹⁴ C. MOULY-GUILLEMAUD, Assainir le contentieux de la rupture brutale par une réforme des principes jurisprudentiels, D. 2019, P. 2102, citant CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 22 nov. 2018, n°17/12123, J.-D. n°2018-020885, 11 déc. 2013, Pôle 05, Ch. 04, n°11/20287, J.-D. n°2013-029173, CA Paris, 13 sept. 2017, n°14/23934, J.-D. n°2017-°17872 ; égal., sur l'indifférence de l'annonce réalisée par des filiales du partenaire : CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 20 mars 2014, n°12/01371, J.-D. n°2014-005437.

⁹⁹⁵ C. MOULY-GUILLEMAUD, *ibid.*, Cass. com., 07 mars 2018, n°16-19.777, J.-D. n°2018-003207.

⁹⁹⁶ Par ex., CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 08 juill. 2020, n°18/21122, J.-D. n°2020-010388 : « *Une relation commerciale « établie » présente un caractère suivi, stable et habituel » et permet raisonnablement d'anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires entre les partenaires commerciaux, ce qui implique, notamment qu'elle ne soit pas entachée par des incidents susceptibles de remettre en cause sa stabilité, voire sa régularité* ».

de qualité définis par la tête de réseau. Pour nous, cela devrait éteindre sa croyance. Il ne peut légitimement s'attendre à voir ses relations avec la tête de réseau continuer s'il sait qu'il ne remplit plus les critères d'affiliation du réseau.

285. Une présomption simple de stabilité. Le contrat cadre est la figure contractuelle la plus à même d'engendrer une relation établie⁹⁹⁷ si bien qu'une présomption de stabilité pourrait lui être rattachée. Nécessairement réfragable, elle pourrait être renversée par la recherche d'incidents du côté de la victime mais ne pourrait pas l'être automatiquement du fait des variations d'intensité des relations. Ayant envisagé un contrat cadre stipulé à durée indéterminée, il faut désormais déterminer si la caractérisation demeure en présence d'un contrat pourvu d'un terme extinctif.

B. La prévisibilité dans les contrats pourvus d'un terme extinctif

286. Les démonstrations de la prévisibilité. Contrairement aux contrats à durée indéterminée, les contrats à durée déterminée présentent une certaine stabilité : de leur prise d'effet jusqu'à leur échéance. À première vue, il semble contradictoire de vouloir démontrer une anticipation raisonnable en la continuité du flux d'affaires alors que chaque contractant a connaissance du terme. Cela force à différencier le terme extinctif, de la relation contractuelle, et la fin de la relation d'affaires. L'arrivée de l'échéance contractuelle met un terme à la relation afférente alors que nul ne peut savoir quand est-ce que la relation d'affaires va s'achever. Dans son rapport, la Cour de cassation indique avoir appliqué les dispositions étudiées dans le cadre de relations caractérisées par une succession de contrats⁹⁹⁸. Cela signifie-t-il que la démonstration de l'anticipation raisonnable ne peut être conduite en présence d'un seul contrat à durée déterminée ? On y répond en se référant aux propositions des juges du droit pour la démonstration de l'anticipation raisonnable. Selon eux, elle « *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 partie victime pouvait inférer que sa relation commerciale s'instaurait dans la durée* ». Prise isolément, les branches de l'alternative (soulignée) mènent successivement à une démonstration impossible (1) et paradoxale (2), c'est pourquoi on propose de la repenser objectivement (3).

⁹⁹⁷ B. BOULOC, Rupture de relations commerciales établies, RTD Com. 2009, p. 799 : « *S'il existe un accord-cadre, il est clair qu'il y a une relation commerciale établie* ».

⁹⁹⁸ Cass. com., 06 juin 2001, Bull. 2001, IV, n°112.

1. Une démonstration impossible

287. L'unique contrat à durée déterminée comme relation précaire. Dans le cadre d'un contrat à durée déterminée, les parties ont connaissance du terme et, à défaut pour elles d'avoir prévu la possibilité de le prolonger, l'échéance contractuelle correspond à la fin de leur relation d'affaires. En ce cas, il n'est pas possible de dissocier le terme de la fin. Cela entre en contradiction avec la première façon de démontrer l'anticipation raisonnable proposée. Lorsque la rupture survient alors qu'un contrat à durée déterminée est en cours d'exécution, la partie qui la subit pourra rapporter l'existence d'une échéance contractuelle postérieure à celle-ci. C'est donc malgré la vérification de l'antériorité de la rupture par rapport au terme qu'il faut considérer qu'un seul contrat à durée déterminée ne peut pas donner lieu à la caractérisation d'une relation établie. En 2019, le Professeur Amaro forme le vœu que « *la Cour de cassation dise qu'en tout domaine et même en l'absence d'appel d'offres la durée déterminée d'un contrat est un élément de précarité conduisant à considérer que le test de « croyance légitime » n'est pas satisfait*⁹⁹⁹ ». Mais il tempère en faisant part de la faible probabilité de la généralisation d'une telle solution car elle limiterait les dispositions applicables aux seuls contrats à durée indéterminée¹⁰⁰⁰. Si l'on partage le vœu, la portée de la solution telle qu'envisagée nous paraît trop large car elle ne peut pas englober indifféremment l'ensemble des contrats à durée déterminée. Parmi eux, certains organisent leur prolongation, produisant un même effet : l'allongement de la durée de la relation contractuelle, dont il faut se demander s'il peut participer à la démonstration de l'anticipation raisonnable.

288. L'ineffectivité de l'allongement de la durée de la relation contractuelle. Lorsque les contractants prévoient de prolonger leur relation contractuelle, cela correspond à en accroître la durée. Les mécanismes à leur disposition sont au nombre de deux : la prorogation, qui consiste à repousser¹⁰⁰¹ le terme extinctif (c'est alors le même contrat qui se poursuit) et le renouvellement, qui fait se succéder les contrats à durée déterminée. L'allongement de la durée est un effet identique aux deux mécanismes, il se produit eu égard à la relation contractuelle et à la relation d'affaires ; à ce stade, il n'est pas possible de les distinguer. La prolongation de la durée de la

⁹⁹⁹ R. AMARO, La relation commerciale établie au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce ou les vents contraires de la jurisprudence, AJCA 2019, p. 8, spéc. 20, il poursuit en indiquant qu'« *un arrêt Rent a car a pu laisser penser que ce pas avait été franchi. La Cour de cassation y avait approuvé la Cour d'appel de Paris d'avoir jugé, en dehors de tout appel d'offres, qu'à l'échéance du contrat à durée déterminée le contractant reprochant une rupture brutale « ne pouvait raisonnablement anticiper une continuité de la relation commerciale pour l'avenir », donc se prévaloir de l'article L. 442-6, I, 5°. La portée de cet arrêt de rejet, non publié, est toutefois sujette à caution* », à propos de Cass. com., 21 juin 2017, n°15-20.101, J.-D. n°0.

¹⁰⁰⁰ R. AMARO, *ibid.*, in fine.

¹⁰⁰¹ F.-X. LICARI, Contrat – Durée du contrat, JCI Civil Code > Art. 1210 à 1215, fasc. unique, maj 09 sept. 2021, spéc. 60, « *La prorogation d'un contrat parfois appelée « report du terme » consiste en son prolongement par un accord de volontés des parties repoussant le terme extinctif prévu au contrat* ». Comp. avec P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, Technique contractuelle, *ibid.*, spéc. 476 pour qui la prorogation « *permet de différer ou supprimer le terme extinctif prévu au contrat, et, partant, de prolonger son existence* » ; les auteurs sont en accord sur le fait que le terme va être déplacé à une échéance ultérieure mais seuls les seconds envisagent qu'ils puissent être supprimé. En ce cas, le contrat à durée déterminée devient alors un contrat à durée indéterminée.

relation contractuelle renforce la stabilité de la relation étant donné que le trinôme des critères se vérifie à l'épreuve du temps et dès lors que ce temps est plus long, leur vérification peut en être facilitée. Par contre, pour ce qui est de l'anticipation raisonnable, le fait qu'un contrat soit prorogé ou renouvelé s'accompagne du maintien du terme extinctif. Bien qu'il soit déplacé à une échéance ultérieure, les contractants en ont toujours connaissance. Et en cas de renouvellements, un contrat à durée déterminée succède aux précédents, ils forment ensemble une succession de contrats à durée déterminée dont la fin correspond au terme extinctif du dernier contrat renouvelé. De là, la démonstration de l'anticipation raisonnable à l'aide d'un contrat dont l'échéance est postérieure à la rupture achoppe sur l'existence même de cette échéance. En conséquence, la démonstration est manifestement impossible et il faut alors poursuivre en examinant la seconde façon proposée par les juges du droit : à partir d'une « *pratique passée* ».

2. Une démonstration paradoxale

289. Les éléments constitutifs de la *pratique passée* : des comportements de fait répétés.

L'anticipation raisonnable peut être démontrée en s'appuyant « *sur une pratique passée dont la partie victime pouvait inférer que sa relation commerciale s'instaurait dans la durée*¹⁰⁰² ». On recherche ce que la *pratique passée* peut être. En tant que comportement de fait¹⁰⁰³, on l'a d'abord rattachée à celui des contractants prévoyant la prolongation de leur contrat. Parmi les clauses dédiées, seules certaines produisent automatiquement leur effet alors que la plupart des autres sont conditionnées à la volonté, sinon d'un, voire des deux contractants. La mise en œuvre de la première prolongation, et de toutes les suivantes, serait donc seulement éventuelle (a). C'est à l'aune de cette probabilité que l'opération logique d'inférence sera expliquée (b). La pratique désigne aussi une manière habituelle d'agir¹⁰⁰⁴ ; la répétition des prolongations donnerait corps à la *pratique passée*, mais leur nombre est un indicateur dont on doute qu'il puisse, à lui seul, amener à considérer qu'elle est alors caractérisée (c).

a. L'éventualité de la première prolongation et de toutes les suivantes

290. Interrogation préliminaire. Avant d'envisager différentes clauses possibles de prolongation, on s'est interrogé sur le fait de savoir si rien que le fait pour les contractants d'en stipuler pouvait fonder en eux une croyance légitime en la continuité de leur relation d'affaires.

¹⁰⁰² C. cass., rapport, *ibid.*, spéc. p. 307.

¹⁰⁰³ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, *ibid.*, V° *Pratique*, 2.

¹⁰⁰⁴ CNRTL, Lexicographie, *ibid.*, I, C.

En fonction des situations, les parties ne stipuleront pas directement mais seront accompagnées de praticiens. Selon les propos introductifs à la *technique contractuelle*¹⁰⁰⁵, ceux-là ne devraient pas avoir à résoudre les différends pouvant naître au cours de la vie des contrats, mais il leur reviendrait d'organiser les relations entre opérateurs¹⁰⁰⁶. Le contrat se construit à partir d'un système de questions¹⁰⁰⁷ : plus les rédacteurs en apprendront sur la relation souhaitée, plus ils seront en mesure d'envisager les différents cas de figure qui pourraient survenir. Toutefois, ce n'est pas parce qu'une clause régit telle situation que cette situation va arriver ; particulièrement, une clause de prolongation peut être insérée au contrat s'il apparaît qu'au moment de sa rédaction, les parties s'y montrent enclines¹⁰⁰⁸. L'une d'elles peut toutefois s'y opposer avec une clause de non-reconduction tacite¹⁰⁰⁹. La jurisprudence la considère comme un élément de précarité¹⁰¹⁰, la doctrine précisant toutefois qu'il faudrait vérifier « *la cohérence entre la volonté exprimée de ne pas s'engager durablement et la réalité des pratiques constatées*¹⁰¹¹ ». Faut-il, *a contrario*, considérer une clause de reconduction tacite comme un élément de stabilité ?

291. Des clauses de prolongation fréquemment mises en échec par le droit de ne pas renouveler. Le Professeur Jean-Marc Mousseron a proposé une typologie des clauses de prorogation¹⁰¹². Il l'a élaborée « *selon l'exigence croissante de volonté des parties que la prorogation de la convention implique*¹⁰¹³ ». Cela l'a amené à distinguer trois formules, dites : automatiques (ou non volontaires), semi-automatiques et non-automatiques (ou volontaires). Elles s'appliquent de la même façon aux renouvellements¹⁰¹⁴ c'est pourquoi on les traitera ensemble en visant les clauses de prolongation¹⁰¹⁵. La proposition doctrinale est un éventail : la diversité des

¹⁰⁰⁵ P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 2019, 5^e éd., Éditions Francis Lefebvre, spéc. 5.

¹⁰⁰⁶ *Ibid*, le but assigné rejoint celui du droit qui « *en effet, n'est pas, principalement, une méthode de solution – non plus d'ailleurs que de prévention – des conflits portés devant un juge mais, l'englobant, une technique d'organisation des relations sociales* ».

¹⁰⁰⁷ *Ibid*, spéc. 9 : « *Construire un contrat consiste à répondre à toute une série et mieux : tous un système – de questions. La tâche première est, donc, de poser le maximum d'interrogations et, à cette fin, d'analyser au mieux l'opération envisagée* ».

¹⁰⁰⁸ Ce peut être l'attitude adoptée par des parties sur le point de contracter, elles ne manifestent pas de réticence à considérer le fait que leur relation pourrait se poursuivre afin de débiter leur relation dans les meilleures conditions possibles.

¹⁰⁰⁹ F. BUY, *Clause de tacite reconduction*, in F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2019, 2^e éd., LGDJ, ISBN n°978-2-275-06170-2, 1541-1554, pp. 719-724, spéc. 1543, p. 720.

¹⁰¹⁰ Not. CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 09 sept. 2016, n°14/08095, J.-D. n°2016-021450, « *en l'espèce, le contrat du 11 mai 2006 et l'avenant du 13 décembre 2007 prévoyaient expressément un terme extinctif au contrat et excluaient une possibilité de renouvellement par tacite reconduction ; que la poursuite volontaire, d'un commun accord, du contrat durant trois mois après son terme est insuffisante à établir que l'intimée pouvait raisonnablement croire que le contrat allait se poursuivre dans l'avenir, alors que dès le 24 mai 2010, l'appelante lui avait écrit pour lui signifier sa volonté de mettre un terme au contrat à son terme ; que [la victime] doit être déboutée de ses demandes fondées sur les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce* », cassation partielle par : Cass. com., 09 mai 2018, n°16-26.045, J.-D. n°Ø, ne remettant pas en cause la solution précédente. C.-A. MAETZ, *Rupture brutale de relations commerciales établies*, JCI Concurrence – consommation, fasc. 300, maj sept. 2019, spéc. 28.

¹⁰¹¹ G. CHANTEPIE, *La précarité des relations commerciales*, CCC n°11, nov. 2012, ét. 11, spéc. 23.

¹⁰¹² P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *ibid*, spéc. 477.

¹⁰¹³ *Ibid*.

¹⁰¹⁴ *Ibid*, spéc. 490.

¹⁰¹⁵ Les mécanismes de la prorogation et du renouvellement ont des régimes distincts, cela n'empêche toutefois pas de les envisager ensemble car ils ont pour effet commun de prolonger la relation contractuelle lorsque les clauses qui les prévoient sont mises en œuvre.

clauses se déploie entre deux extrêmes, grâce auxquels on perçoit déjà que la prolongation ne sera pas automatiquement mise en œuvre. En effet, hormis les clauses dites automatiques¹⁰¹⁶, les autres requièrent soit la volonté de l'un quand l'autre est déjà tenu pour engagé, soit la volonté des deux. Dans les clauses de prolongation semi-automatique, celui qui est déjà tenu pour engagé¹⁰¹⁷ n'a aucune certitude quant au fait de savoir si l'autre va donner son accord. Et dans les clauses de prolongation volontaires, fréquemment rencontrées¹⁰¹⁸, chaque contractant doit donner son accord à la prolongation, il faut donc comprendre que chacun pourra s'y opposer¹⁰¹⁹. C'est en effet ce que le second alinéa de l'article 1212 du Code civil prévoit, car si « *nul ne peut exiger le renouvellement* », tous peuvent alors s'y opposer. Il n'existe pas de disposition similaire en cas de prorogation, les contractants disposent toutefois de cette même faculté, tant que le contrat est en cours d'exécution¹⁰²⁰. En conséquence, le Professeur Frédéric Buy fournit la réponse à notre précédente interrogation : « *la clause de tacite reconduction ne scelle pas le principe d'un nouveau contrat*¹⁰²¹ ». Aucune stabilité ne découlerait donc de l'insertion d'une clause de prolongation pour la relation à venir. Mais en ajoutant qu'elle « *permet en outre de se projeter dans l'avenir, en créant un espoir de relation pérenne*¹⁰²² », l'approche se trouble. Le principe côtoie la croyance, comme « *conviction subjective*¹⁰²³ ». Cette approche est celle de la Cour de cassation car la démonstration de l'anticipation raisonnable qu'elle propose est seulement celle de la victime¹⁰²⁴. Cela s'oppose à son but combinatoire dans la mesure où l'article à appliquer vise, à deux reprises, la « *relation* », sans distinguer ni l'auteur, ni la victime ; à la différence de l'article L. 442-1, I mentionnant « *l'autre*

¹⁰¹⁶ P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *ibid.*, spéc. 478 : « *La prolongation de la durée du contrat peut s'effectuer automatiquement à la survenance du terme. Le caractère automatique de la prorogation écarte, alors, toute condition tenant aux parties, à leurs actes de volonté et appelle, seulement, la réunion des conditions auxquelles elles ont à l'avance, lors de leur unique consentement, donné effet prorogateur* ».

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, spéc. 479 pour la prorogation semi-automatique : « *Les conditions de fond d'une autre formule de prorogation écartent tout automatisme mais se satisfont de la volonté d'une seule des parties, l'autre étant tenue pour d'ores et déjà engagée* ».

¹⁰¹⁸ *Ibid.*, spéc. 482 pour la prorogation non automatique, spéc. 493 pour le renouvellement non automatique.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, spéc. 482 : « *Les contractants soumettent, plus fréquemment, la prorogation de leur accord à la réunion des volontés de toutes les parties et chacun aura la faculté de s'opposer à ce prolongement* ».

¹⁰²⁰ C. civ., art. 1213. A. BÉNABENT, La prolongation du contrat, RDC n°1 du 01 avr. 2004, p. 117 : « *[...] on peut proroger un contrat tant qu'il n'est pas expiré : après, ce ne serait plus le prolonger mais le ressusciter et notre droit, pourtant friand de fiction, ne s'est pas engagé dans celle-là* ».

¹⁰²¹ F. BUY, *Clause de tacite reconduction*, *ibid.*, spéc. 1541, p. 719.

¹⁰²² *Ibid.*, spéc. 1543, p. 720.

¹⁰²³ J.-P. MATOT, « Croire, sans doute, exister, peut-être... », *Cahiers de psychologie clinique*, 2005/2 (n° 25), p. 111-131. DOI : 10.3917/cpc.025.0111. URL : <https://www.cairn.info/revue-cahiers-de-psychologie-clinique-2005-2-page-111.htm>, spéc. 6 : « *[...] il y a dans la croyance, un rapport entre deux ordres, celui de la conviction subjective (avec un gradient qui va du doute à la certitude), et celui de la réalité objective (avec un gradient qui va de la possibilité à la vérité). Ces deux dimensions constitutives de la croyance, la dimension de la conviction et celle de la réalité, sont reprises par P. Aulagnier (1979) sous l'angle de ce qu'elle appelle « le double principe de causalité » : d'une part la « causalité démontrée », le registre du « vrai », qui correspond à la question de la réalité externe, et d'autre part la « causalité interprétée », le registre de ce qui est vécu par le sujet, la réalité interne* ». Dans le même article, l'auteur souligne le spectre large couvert par le concept de croyance (spéc. 1). Il renvoie à plusieurs auteurs, chacun proposant l'approfondissement de plusieurs de ses aspects : sa polysémie (spéc. 2, T. HENTSCH), les distinctions entre le « croire » et le « cru », entre « croire que » et « croire à » (spéc. 4, P. RICŒUR).

¹⁰²⁴ *Rapport annuel de la Cour de cassation 2008*, *ibid.* : « *Afin de combiner le respect de la liberté contractuelle et les prescriptions de cet article, la doctrine et la jurisprudence limitent le domaine d'application de l'article L. 442-7, I, 5°, du Code de commerce aux cas où la relation commerciale entre les parties 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'affaire avec son partenaire commercial* », on souligne.

partie » au 1° (avantage sans contrepartie) et au 2° (déséquilibre significatif). La rupture créée nécessairement deux litigants mais rien n'indique dans le texte que la *relation* doive être appréhendée seulement du point de vue de la victime. L'esprit du texte pourrait le justifier si sa conception d'origine, rappelée dans le rapport, n'était pas devenue si lointaine des cas d'application que le texte a connus depuis lors¹⁰²⁵. Pour ces différentes raisons, on poursuit le but assigné avec une démonstration objective de l'anticipation raisonnable. À l'occasion de la première prolongation, la probabilité qu'elle a d'être effectivement mise en œuvre – comme celle qu'elle a de ne pas l'être – doit donc être intégrée à démonstration. La possibilité qu'a un contractant de s'y opposer empêche l'autre d'être en mesure d'anticiper la poursuite de leur relation de manière certaine. Il est assurément impossible de prévoir ce qui est seulement probable¹⁰²⁶. Lorsque la prolongation fait l'objet d'une clause relevant des formules dites semi-automatique ou automatiques, elle doit être parée de l'éventualité, qui caractérise non seulement la première mais aussi toutes les suivantes. C'est alors dire que ce n'est pas parce que la précédente prolongation a eu lieu que la prochaine aura aussi lieu ou, pour respecter la chronologie imposée par la recherche d'une *pratique passée* : que la prochaine aurait dû avoir lieu. Cela change manifestement la façon d'appréhender les solutions déjà rendues à propos de la caractérisation de relations établies à partir de la succession de contrats à durée déterminée. À partir de l'éventualité des prolongations, on poursuit en s'intéressant plus précisément à l'opération de logique commandée par le verbe « *inférer* ».

b. L'inférence à la base de la redondance du critère

292. L'anticipation raisonnable comme critère redondant. C'est la doctrine qui a élevé la critique¹⁰²⁷. On y souscrit car on observe aussi que dans certaines jurisprudences, la stabilité est d'abord caractérisée à partir de la succession de contrats, et le caractère prévisible s'ensuit¹⁰²⁸. Cette façon de faire ne convainc pas car si la stabilité est caractérisée, la prévisibilité est comme forcée de l'être et ne peut donc pas être démontrée en elle-même. C'est pourtant là ce que les

¹⁰²⁵ *Supra*.

¹⁰²⁶ Une autre façon de le formuler serait de concevoir qu'il est possible de prévoir ce qui est probable, mais en ce cas, il faut aussi alors prévoir que cela ne le soit pas. En tant que possibilité, la probabilité se conçoit nécessairement dans un dualisme.

¹⁰²⁷ X. HENRY, Relations commerciales : être établies ou ne pas l'être, LPA n°070 du 06 avr. 2018, p. 9 (LPA134h3), spéc. 9.

¹⁰²⁸ Par ex., CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 07 fév. 2019, n°16/14348, J.-D. n°2019-001605. En l'espèce, un constructeur et motoriste automobile a conclu, par neuf fois, un contrat à durée déterminée annuel avec une entreprise chargée de l'exploitation et de la gestion d'une partie de son parc automobile. Les contrats les plus récents excluaient la tacite reconduction et prévoyaient une option de renouvellement au profit du constructeur. Avant l'échéance du dernier contrat conclu, le constructeur informe son partenaire de son intention de désormais procéder par appel d'offres. Ce dernier n'ayant pas été retenu, il l'assigne. Pour caractériser la relation établie, les juges retiennent l'ancienneté de la relation et l'importance du chiffre et du volume d'affaires que le constructeur représentait pour son partenaire. La stabilité résulte donc de la longévité et de l'intensité de la relation. Quant au caractère prévisible, l'arrêt indique que « *la succession des contrats [...] pendant une durée de neuf ans laissait espérer [au partenaire non retenu] la conclusion d'un nouveau contrat* », il s'observe donc aussi à partir de la même succession de contrats.

juges du droit requièrent lorsqu'ils emploient le verbe « *inférer* ». Par définition, il commande une opération logique « *consistant à établir qu'une proposition est vraie par le seul fait de sa liaison avec une ou plusieurs propositions dont la vérité a été établie précédemment*¹⁰²⁹ ». Lorsque la vérité de la stabilité a d'abord été établie alors celle de son caractère prévisible l'est aussi. En empruntant d'autres termes : « *la relation qui, dans un raisonnement, justifie l'inférence, et qu'on peut donc appeler [...] la relation illative, est celle par laquelle une certaine proposition, appelée conséquence, s'ensuit logiquement de certaines autres qui jouent, par rapport à elle, le rôle de principes*¹⁰³⁰ ». Le caractère prévisible est la *conséquence* du *principe* de la stabilité¹⁰³¹. C'est donc l'inférence qui empêche la prévisibilité d'être démontrable. À défaut de l'être et postulant que ce critère est seulement vérifié par inférence, rien n'empêche d'envisager qu'il pourrait être une conséquence fautive en raison de l'éventualité inhérente aux prolongations les plus fréquemment prévues. On poursuit avec l'inférence qui renverse sa logique en cas de fausseté de la conséquence.

293. La fausseté de la prévisibilité remettant en cause la stabilité. « *Dans son application, elle [la relation illative] expose à des erreurs « [...] la vérité des principes entraîne celle de la conséquence, mais, d'une manière générale [...], la vérité de la conséquence ne garantit pas celle des principes, car le vrai peut se déduire du faux. C'est seulement de la fausseté de la conséquence qu'on peut, en sens inverse, conclure qu'il y a au moins un élément de fausseté dans les principes, car le faux ne peut se déduire du vrai*¹⁰³² ». Pour nous, la fausseté de la conséquence revient à considérer que le caractère prévisible n'est jamais satisfait lors de prolongations seulement éventuelles¹⁰³³. *Le faux ne pouvant pas se déduire du vrai*, la stabilité ne serait donc plus avérée. Et cela justifierait pourquoi les juges ont intercalé la « *pratique passée* », consistant dans la prolongation effective des contrats à durée déterminée¹⁰³⁴. Ils font ainsi car c'est ce que les faits rapportés relatent, mais la solution gagnerait à être nuancée. La situation litigieuse doit refléter l'appréciation des deux parties¹⁰³⁵. Le partenaire évincé se prévaut des prolongations ayant eu lieu et l'auteur fait valoir la possibilité qu'il avait, à chaque fois, de s'y opposer. L'effectivité d'une énième prolongation rend la relation passée stable mais ne rend pas la relation à venir prévisible : ce n'est pas parce que l'accord à la prolongation a été donné, une fois, ou à plusieurs

¹⁰²⁹ Dictionnaire de l'Académie française, en ligne, *ibid.*, V° *inférence*.

¹⁰³⁰ R. BLANCHÉ, « Raisonnement », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 15 novembre 2021, URL : <http://www.universalis-edu.com/passerelle.univ-rennes1.fr/encyclopedie/raisonnement/>.

¹⁰³¹ Pour l'exprimer encore autrement : dès lors que la relation a été démontrée comme étant établie alors la logique de l'inférence permet aussi de considérer que cette stabilité fonde l'anticipation raisonnable en la continuité du flux d'affaires compte tenu du fait que stabilité et prévisibilité sont liées car elles participent ensemble à la démonstration de la relation établie.

¹⁰³² R. BLANCHÉ, *ibid.*

¹⁰³³ Deux probabilités sont à considérer : la probabilité positive (la prolongation va se produire) et la probabilité négative (la prolongation ne va pas se produire).

¹⁰³⁴ En somme, les juges ont seulement pris la probabilité positive, en écartant chaque fois la probabilité négative.

¹⁰³⁵ X. HENRY, Relations commerciales : être établies ou ne pas l'être, LPA n°070 du 06 avr. 2018, p. 9 (LPA134h3), l'auteur met en cause l'appréciation du caractère établi par la jurisprudence du fait de sa subjectivité.

reprises, que cela augure qu'il va l'être la prochaine fois. Le nombre de fois où une prorogation ou un renouvellement a effectivement eu lieu doit être examiné car il tend à nourrir un espoir qui n'existe pas.

c. Le faux signal du nombre de prolongations

294. La limitation prévalant sur le nombre de prolongations. Le nombre de prolongations ne devrait pas illusionner et faciliter la qualification d'une relation établie du seul fait qu'il est important. Prétendre à une septième prolongation induit qu'il y en a déjà eu six qui ont effectivement eu lieu, et cela conduit à considérer la stabilité de la relation et par inférence son caractère prévisible. Pour contrecarrer ce faux signal, illusoire quant au caractère prévisible de la relation, un élément objectif est à rechercher dans les prévisions contractuelles : la limitation du nombre de prolongations. Elle correspond à une échéance au-delà laquelle les contractants souhaitent être libérés de leurs engagements. Cette limitation doit prévaloir sur le nombre de prolongations. Au cas où aucune limitation du nombre de prolongations n'est précisée, on s'est demandé si la durée maximale légale de l'exclusivité, qui trouve à s'appliquer dans certains contrats, pouvait constituer une limite à la continuation de la relation d'affaires des contractants.

295. L'exclusivité, une limite limitée. L'article L. 330-1 du Code de commerce conditionne la validité des clauses d'exclusivité à une durée décennale¹⁰³⁶. Stipulée dans un contrat de distribution, la clause d'approvisionnement exclusif oblige le distributeur à n'acheter qu'auprès du fournisseur¹⁰³⁷, le produit contractuel, pendant au maximum dix ans. La connaissance par les contractants de cette limite vaut-elle pour eux connaissance du terme de leur relation ? Dans « *un souci de protection de la liberté contractuelle*¹⁰³⁸ », on devrait répondre par l'affirmative, mais seulement en ce qui concerne leur relation contractuelle, et seulement si la durée du contrat est calquée sur celle de ladite clause¹⁰³⁹. En ce cas, la limitation de la durée d'exclusivité fait qu'au

¹⁰³⁶ C. com., art. L. 330-1 : « Est limitée à un maximum de dix ans la durée de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis à vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur ».

¹⁰³⁷ F. BUY, *Clause d'approvisionnement exclusif*, in F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *ibid.*, 78-95, pp. 53-62, spéc. 78, p. 53., « ou d'un tiers désigné par lui ».

¹⁰³⁸ T. LAMBERT, *La durée de l'exclusivité d'approvisionnement*, JCP E n°2, 12 janv. 2017, pp. 27-39, spéc. 7, p. 29 : « Révélant l'intention du législateur d'alléger la dépendance contractuelle du distributeur à l'endroit de son fournisseur, cette limite décennale traduit ainsi un souci de protection de la liberté contractuelle et non, en tant que telle et en particulier au moment de son élaboration, une préoccupation de protection de la concurrence ».

¹⁰³⁹ Le contrat peut être prévu pour une durée plus longue que la durée maximale attachée à la seule clause d'approvisionnement exclusif. B. MERCADAL, *Mémento Droit commercial 2021*, éd. EFL, n°21568, visant : CA Paris, 5^e ch., sect. A, 03 juin 1987, n°10019, J.-D. n°1987-026015. Il s'agissait de contrats de fourniture de carburants et de lubrifiants. Ils ont pris effet le 1^{er} octobre 1972, chacun contenant une clause d'exclusivité, mais ne précisant aucune durée car « celle-ci avait été fixée au temps nécessaire à l'écoulement de 57.600 hectolitres de produits pétroliers et de 48.000 kg de lubrifiants ». À l'expiration du délai

terme du contrat chaque contractant est délié de ses obligations. Chacun recouvre sa liberté contractuelle : celle de contracter ou de ne pas contracter. Les contractants ont donc le choix, dont celui de « *se lier derechef pour une nouvelle décennie*¹⁰⁴⁰ ». La stipulation d'une exclusivité entraîne donc la connaissance chez les contractants du terme de leur relation contractuelle mais pas celle du terme de leur relation d'affaires. La Cour de cassation a indiqué le caractère renouvelable du contrat contenant une exclusivité¹⁰⁴¹, en insistant sur le fait qu'il doive s'agir d'un renouvellement et non d'une prorogation¹⁰⁴². En outre, le renouvellement ne devrait pas pouvoir être automatique, mais devrait être exprès¹⁰⁴³. En exigeant que chaque contractant doive formellement exprimer son accord au renouvellement, l'éventualité resurgit. En cas d'accord, les contrats contenant l'obligation d'exclusivité vont se succéder. Par conséquent, l'exclusivité se limite à limiter la clause d'exclusivité dans le temps. En revanche, elle ne limite pas la relation contractuelle, possiblement composée d'une succession de contrats la stipulant. En d'autres termes, l'exclusivité contient une limitation de durée bornant les contrats se succédant, mais elle ne peut pas les lier car cela contreviendrait à ce qu'elle prescrit. Face à cette impossibilité, la relation établie semble pouvoir unifier l'ensemble. En dépit de s'inscrire dans plusieurs réalités¹⁰⁴⁴,

décennal, ces quantités n'ayant pas été épuisées, les juges retiennent d'une part, que « *ces clauses d'exclusivités ont donc cessé d'être valables [...]* » et, d'autre part, « *que ces clauses d'approvisionnement exclusif constituant la contrepartie essentielle du distributeur aux prestations de la société pétrolière, les contrats dans lesquels elles sont insérées doivent être, non pas annulés ab initio en l'absence de toute vice de formation à leur origine, mais déclarés caducs à compter du 1^{er} octobre 1982* ».

¹⁰⁴⁰ Ph. LE TOURNEAU, *Exclusivités unilatérales. – Exclusivité unilatérale de vente. – Exclusivité unilatérale d'achat*, JCI Contrats – Distribution, fasc. 1000, maj 12 juin 2014, spéc. 77 : « *Que le contrat ne puisse pas avoir une durée de plus de dix ans ne signifie nullement que les relations contractuelles doivent impérativement cesser lorsque ce laps de temps est écoulé. Les parties peuvent se lier derechef pour une nouvelle décennie, et ainsi de suite [...]* ». B. MERCADAL, *Mémento Droit commercial 2021*, *ibid.*, n°21566 : « *Dès lors que la durée de dix ans a été accomplie [précisant infra que « la durée de dix ans est accomplie dès que dix ans calendaires se sont écoulés »], les parties peuvent conclure un nouvel accord pour la même durée car elles se trouvent déliées de leurs obligations à l'expiration de la première période de dix ans [...]* ».

¹⁰⁴¹ Cass. com., 11 mars 1981, n°79-12.532, Bull. civ. IV, n°135, J.-D. n°1981-701339 : « *[...] le premier contrat, conclu le 14 mai 1947, était venu à expiration le 14 mai 1957 par application de la loi du 14 octobre 1943 limitant à dix ans la durée maximale de la validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis-à-vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur, la cour d'appel en a déduit à bon droit qu'au 17 juillet 1957, les parties pouvaient valablement conclure une convention contenant une clause d'exclusivité de même nature* ». Cet arrêt de rejet porte la marque d'un contrôle lourd de la part des juges du droit (« à bon droit »). La solution retenue ne pouvait être autre et l'affirmation du caractère renouvelable du contrat comportant l'exclusivité est souligné par l'adverbe « valablement ». C. Com. 2022, Dalloz, art. L. 330-2, spéc. 8 : « *Le contrat, dès lors qu'il est arrivé à expiration, peut être renouvelé par accord des parties, pour une nouvelle période maximale de dix ans, renouvelable* ».

¹⁰⁴² L'exclusion de la prorogation se justifie car en tant que mécanisme d'allongement de la durée d'un même contrat, cela pourrait l'amener à excéder la limite de durée fixée. Ce qui n'est pas le cas lorsque les parties conviennent d'un renouvellement, faisant démarrer un nouveau contrat, après celui qui a pris fin.

¹⁰⁴³ Formulé explicitement par F.-X. TESTU, *Contrats d'affaires 2010/2011*, 1^{ère} éd., Dalloz, Coll. Dalloz Référence, ISBN n°978-2-247-10052-1, spéc. 64.05, p. 288, *in fine* : « *La loi française n'interdit pas l'institution de nouvelles relations contractuelles au terme des dix années, entre les mêmes parties et aux mêmes conditions. Cela signifie précisément qu'il ne peut y avoir renouvellement automatique ou prorogation, mais qu'un nouveau contrat peut naître entre les parties s'il est issu d'un accord exprès entre elles, sans lien avec le précédent, comme l'a jugé la Cour de cassation en interprétant l'article L. 330-2 du Code de commerce [nbp associée : Not. Com. 11 mars 1981, *ibid.*]* », de façon plus implicite, Le Lamy Droit Économique [en ligne], maj nov. 2021, spéc. n°3695 : « *[...] l'objectif étant seulement de permettre à l'acheteur de pouvoir se libérer de l'exclusivité au moins tous les dix ans, ces dispositions ne s'opposent pas à ce qu'à l'issue de chaque engagement d'exclusivité d'achat de dix années, un nouvel engagement d'exclusivité soit conclu pour une durée maximale de dix années (...)* ».

¹⁰⁴⁴ D'abord, la plupart des contrats ne sont jamais conclus pour une durée aussi longue, notamment « *en raison des variations plus ou moins imprévisibles de la conjoncture économique et de leur influence sur l'équilibre contractuel* » (Ph. LE TOURNEAU, *Concession exclusive. – Conditions de validité au regard du droit des contrats. – Formation. – Prix et durée*, JCI Contrats –

la relation s'ancre dans un temps long qui pourrait bien remettre en cause la possibilité de démontrer une anticipation raisonnable.

296. L'épuisement de l'anticipation raisonnable par l'importance de la durée de la relation. Les prorogations ou les renouvellements à répétition inscrivent la relation contractuelle dans un temps long, mais il ne semble pas avoir été question de la limiter. Or la section de la durée du contrat s'ouvre avec la prohibition des engagements perpétuels¹⁰⁴⁵. La différence de nature entre la perpétuité et la durée longue¹⁰⁴⁶ empêcherait de confondre l'une avec l'autre. Mais il se trouve que pour une même durée, de cinquante années, un engagement a été qualifié de perpétuel¹⁰⁴⁷ et une relation entre entreprises a été reconnue comme établie¹⁰⁴⁸. En dépit du fait que la prohibition s'applique quel que soit le cocontractant (personne morale ou personne physique¹⁰⁴⁹), deux formes de perpétuités ont été identifiées. « *La première, dite subjective, concerne le contrat liant une partie pour sa vie durant. A ce titre, elle serait appliquée pour les contrats dotés d'un fort intuitu personæ. La seconde, dénommée objective, serait quant à elle l'apanage des contrats portant sur des biens. Elle caractériserait une durée supérieure à 99 ans*¹⁰⁵⁰ ». Le champ d'application de l'article L. 442-1, II du Code de commerce ayant été délimité aux entreprises, il n'est pas certain qu'une seule des perpétuités soit applicable ; il ne devrait pas seulement s'agir de la seconde car de nombreux contrats sont conclus en considération des

Distribution, fasc. 1025, maj 04 oct. 2015, spéc. 102, *in fine*). Ensuite, la durée maximale prescrite par le droit interne n'est pas celle du droit européen de la concurrence. F. BUY, *Clause d'approvisionnement exclusif*, in F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *ibid.*, spéc. 84, pp. 57-58, « *Sous l'angle des ententes, l'obligation d'exclusivité bénéficie, en tant qu'obligation de non-concurrence* », de l'exemption catégorielle prévue par le règlement (UE) n°330/2010, à condition qu'aucune des parties à l'accord ne détienne une part de marché supérieure à 30% et que l'obligation ne soit pas à durée indéterminée ou supérieure à cinq ans ou tacitement renouvelable au-delà de cinq ans ». Cette dernière durée s'approche davantage de celle pour laquelle la plupart des contrats sont conclus (« *de deux à quatre ans* », selon Ph. LE TOURNEAU, *ibid.*)

¹⁰⁴⁵ C. civ., art. 1210, premier al.

¹⁰⁴⁶ M. LATINA, G. CHANTEPIE, *Le nouveau droit des obligations*, juin 2018, 2^e éd., Dalloz, Hors coll. Dalloz, ISBN n°978-2-247-18340-1, spéc. 579, p. 528 : « *La perpétuité est le caractère de ce qui est perpétuel, sans interruption, de ce qui durera toujours, pour une durée indéfinie. La perpétuité se démarque ainsi de la durée, même longue, par sa nature, et non pas une simple différence de degré* ».

¹⁰⁴⁷ Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 1989, n°87-10.092, Bull. civ. I, n°53, J.-D. n°1989-000397 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, aux motifs que cet engagement de 50 ans respectait la liberté individuelle du contractant parce qu'il avait été librement pris par lui alors qu'elle avait elle-même énoncé qu'un engagement d'une telle durée était d'un temps égal ou supérieur à la moyenne de la vie professionnelle, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations [...]* ». M. MEKKI, *Réforme du droit des obligations : engagements perpétuels, contrats à durée indéterminée et à durée déterminée*, JCP N n°50, 16 déc. 2016, act. 1323, indiquant qu'en l'occurrence il s'agissait d'« *une clause statutaire limitant le droit de retrait d'un associé dans une société coopérative agricole et l'obligeant à y rester associé pour au moins 50 ans* ».

¹⁰⁴⁸ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 04 oct. 2017, n°16/06208, J.-D. n°2017-019567 : « *eu égard à l'ancienneté de la relation, soit une cinquantaine d'années, au temps nécessaire à [la victime] pour réorganiser son activité et à la difficulté de retrouver d'autres fournisseurs répondant aux mêmes critères de luxe et de prestige que [l'auteur], le préavis aurait dû être de 18 mois ; que celui de 12 mois déjà accordé a été effectif puisque [la victime] a pu continuer de vendre des montres Rolex pendant ce laps de temps ; qu'en conséquence son indemnisation sera calculée sur sa perte de marge pendant une durée de 6 mois* ».

¹⁰⁴⁹ R. MORTIER, *De la durée d'un pacte d'actionnaires*, *Droit des sociétés* n°4, avr. 2021, comm. 46.

¹⁰⁵⁰ V. POUX, *Quel(s) seuil(s) pour la perpétuité en droit des contrats ? Réflexions à partir de l'article 1210 du Code civil*, *RLDC* n°193, juin 2021, pp. 10-15, spéc. p. 11.

entrepreneurs, voire *intuitu firmæ*¹⁰⁵¹. L'une et l'autre des perpétuités ont en commun d'avoir un *quantum* qui, même s'il doit varier, est limité. La perpétuité est donc quantifiable et des seuils de perpétuité se conçoivent. C'est alors qu'il faudrait considérer que la longévité d'une relation contractuelle puisse être limitée lorsqu'un contrat à durée déterminée est renouvelable indéfiniment. En ce cas et dès lors que la relation est d'une ancienneté importante (plusieurs décennies), la perpétuité devrait être soulevée. Le partenaire évincé ne devrait plus être en mesure de démontrer qu'il pouvait s'attendre à ce que la relation puisse encore être continuée. C'est pourquoi on peut affirmer que l'ancienneté importante d'une relation épuise le critère de l'anticipation raisonnable : si l'une est vérifiée, l'autre ne peut plus l'être.

297. Une démonstration compromise. On ne parvient pas à démontrer l'anticipation raisonnable avec l'une ou l'autre des façons de faire de la Cour de cassation : ni à l'aide de l'antériorité de la rupture par rapport à l'échéance contractuelle, vérifiable chaque fois en présence de contrats à durée déterminée, ni à l'aide de la pratique passée en raison de l'éventualité inhérente à chaque prolongation. Mais les juges du droit ont fourni des possibilités de démonstration¹⁰⁵², il faut donc considérer qu'elles puissent ne pas être les seules et cela nous permet d'envisager qu'une autre démonstration est encore envisageable.

3. Une démonstration affinée objectivement

298. Notre proposition de démonstration. Réunir. La Cour de cassation a fourni deux façons de démontrer l'anticipation raisonnable, sans que l'une ou l'autre y aboutisse. On les a vérifiées l'une après l'autre car c'est que la conjonction de coordination « *ou* » utilisée dans le rapport

¹⁰⁵¹ Par exemple, en franchise : Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats 2021/2022*, 12e éd., Dalloz, Dalloz Action, ISBN n°978-2-247-20137-2, spéc. 3352.231 pp. 1970-1971 : « *Le contrat-cadre mêle plusieurs contrats nommés, mais l'élément dominant est le louage d'ouvrage, de sorte que cette qualification lui convient (ou d'entreprise selon le mot plus généralement aujourd'hui). Ledit contrat est synallagmatique, à exécution successive et conclu intuitu personæ. Cet intuitu personæ est ici généralement bilatéral, chacun n'ayant contracté qu'en considération de l'autre : la personne du franchisé pour le franchiseur, tandis que pour le franchiseur le point de mire est la personne morale détentrice d'un savoir-faire performant et d'une marque-enseigne réputée : l'intuitus est alors firmæ ou societatis. Toutefois, une partie de la doctrine affirme que l'intuitus personæ n'est pas réciproque. Elle considère que, si le franchiseur conclut le contrat de franchisage en fonction des qualités personnelles du franchisé, en revanche le franchisé choisit un concept (gage de réussite) et non pas les personnes qui sont à l'origine de ce concept. L'aspect de la personne prise en considération est sa compétence, son expérience, sa surface financière et, plus largement, ce que nous avons appelé son « profil économique ». L'intuitus personæ est souvent doublé d'un intuitu loci également marquant, car la localisation de l'établissement franchisé est déterminante pour attirer la clientèle. Toute stipulation contraire dans le contrat de franchisage, précisant que l'intuitu personæ ne concerne que la personne du franchisé et non celle du franchiseur, est nulle ».*

¹⁰⁵² *Rapport annuel de la Cour de cassation 2008, ibid.* Lorsqu'on lit dans le rapport que « *l'anticipation raisonnable peut être démontrée [...]* », le verbe pouvoir, conjugué à la troisième personne du singulier, est utilisé comme auxiliaire de mode précédant le verbe à l'infinitif et cela marque la possibilité, l'éventualité (Dic. Ac. fr., entrée « pouvoir », sens 2.).

suggère¹⁰⁵³ (la première se veut exclusive de la seconde). Plutôt que de les traiter séparément, on propose d'allier l'une avec l'autre. On obtient alors que la démonstration de l'anticipation raisonnable puisse être conduite à partir de l'existence d'un contrat dont l'échéance est postérieure à la date de la rupture et d'une pratique passée des parties qui pouvait instaurer leur relation dans la durée. **Retirer.** Il faut retirer les éléments faisant obstacle à ce que la répétition des prolongations puisse objectivement démontrer l'anticipation raisonnable en la continuité de la relation d'affaires, soit la référence à la seule partie victime et l'inférence. **Ajouter.** Les prolongations de contrats, dont on a pris connaissance grâce à la jurisprudence, diffèrent d'un arrêt à l'autre. Il apparaît que la durée du contrat initial n'est pas forcément identique à celle du contrat renouvelé. Les parties ont non seulement le choix du mécanisme pour prolonger leur contrat mais elles peuvent aussi convenir de la durée de la prolongation. Après avoir succinctement précisé le fondement sur lequel on se base pour affirmer le caractère supplétif de volonté des dispositions organisant la prolongation, on s'interrogera ensuite sur l'élection de la durée de prolongation comme pouvant faire partie des critères de la démonstration de l'anticipation raisonnable.

299. Le caractère supplétif de volonté des dispositions organisant la prolongation. Il se déduit du rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance de 2016¹⁰⁵⁴, indiquant que le caractère supplétif de volonté de ses dispositions est le principe et le caractère impératif est l'exception¹⁰⁵⁵. L'article 1213 du Code civil prévoyant la prorogation est muet quant à sa durée tandis que l'article suivant précise que le contrat né du renouvellement est à durée indéterminée¹⁰⁵⁶. Par principe, tous les deux sont donc supplétifs de volonté¹⁰⁵⁷ et cela revient donc à considérer que les parties peuvent convenir de la durée de prolongation¹⁰⁵⁸. Le contrat né

¹⁰⁵³ *Ibid.*, « 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 », souligné par nous.

¹⁰⁵⁴ Ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *ibid.*

¹⁰⁵⁵ Rapport au Président de la République relatif à l'ord. n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n°25, en commentaire du chapitre 1^{er} dédié aux dispositions liminaires, lesquelles sont placées en tête du sous-titre 1^{er} intitulé « Le contrat », on lit que « dans la tradition du code civil, l'ordonnance n'affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de volonté de ses dispositions. En effet, leur caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception ».

¹⁰⁵⁶ C. civ., art.1214, al. 2 : « Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée ». Si la durée est un élément du contrat alors le contrat renouvelé ne devrait pas être considéré comme identique au précédent.

¹⁰⁵⁷ B. PETIT, S. ROUXEL, Contrat – Classification des contrats, JCI Civil Code > Art. 1105 à 1111-1, fasc. unique, maj 15 nov. 2016, spéc. 115, *in fine*. A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, J. DARMON, J.-P. GRANDJEAN, Contrats et obligations – Aménager le droit des contrats, JCP E n°25, 23 juin 2016, 1374, spéc. 31 : « [...] il est certainement possible de déroger à l'article 1214, alinéa 2 ». C. PÉRÈS, Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats, JCP G n°16, 18 avr. 2016, 454, spéc. 3^e point (pp. 771-772).

¹⁰⁵⁸ C'est seulement si les parties n'expriment aucune volonté que les articles 1213 et 1214 du Code civil trouveront à s'appliquer. En ce sens, pour la prorogation : F. CHÉNÉDÉ, Le nouveau droit des obligations et des contrats 2019/2020, 2^e éd., Dalloz, Dalloz Référence, nov. 2018, ISBN n°978-2-247-18358-6, spéc. 126.61, p. 132 : « Quant à la durée de la prorogation, c'est aux parties de la déterminer. Faute de volonté exprimée, on pourrait considérer que le contrat a été prorogé pour une durée indéterminée,

d'un renouvellement ne sera donc pas nécessairement à durée indéterminée et il ne sera pas davantage conclu pour la même durée que le contrat initial. Il reste que la possibilité pour les parties de faire varier la durée de la prolongation n'est pas prise en compte dans la démonstration telle qu'elle a été proposée par la Cour de cassation.

300. Une solution globale non-représentative des différentes durées restant à courir.

L'antériorité de la rupture par rapport à l'échéance se rencontre chaque fois que la rupture a lieu pendant l'exécution du contrat prolongé (qu'il s'agisse de la première ou d'une énième prolongation). La durée de la relation contractuelle qui a effectivement eu lieu est distincte de celle qui aurait dû avoir lieu s'il n'y avait pas eu de rupture. S'agissant de cette seconde période, la victime pouvait s'attendre à ce qu'elle ait lieu alors qu'elle ne sait pas si la relation d'affaires se serait poursuivie au-delà de l'échéance contractuelle. En combinant le cadre contractuel et celui de la relation d'affaires, il n'y aurait donc pas deux mais trois périodes à considérer : (i) la période d'exécution contractuelle (de la prise d'effet du contrat jusqu'à la rupture), (ii) la période de non-exécution contractuelle, celle restant à courir jusqu'au terme du contrat à durée déterminée (de la rupture jusqu'au terme du contrat) et (iii) une période post-contractuelle, celle durant laquelle la relation d'affaires aurait éventuellement pu être continuée. Ayant indiqué que les parties peuvent convenir de la durée de la prolongation de leur contrat, différentes périodes de temps existent nécessairement dans la deuxième période. La façon de démontrer l'anticipation raisonnable telle qu'elle a été proposée par la Cour de cassation englobe des situations que l'on sait désormais différentes, et c'est là une façon de faire qui n'est pas représentative des différentes durées restant à courir. La démonstration gagnerait donc à être affinée, en prenant en compte la durée pour laquelle la prolongation a été prévue. On peut déjà distinguer trois situations selon que les parties ont convenu de prolonger leur contrat pour une durée identique, pour une durée plus longue ou pour une durée plus courte. Mais l'observation de durées différentes restant à courir est insuffisante à établir que plus l'une d'elles est importante plus l'anticipation raisonnable serait susceptible d'être caractérisée. Pour le vérifier, il faut livrer l'analyse de ce que cette durée représente pour chacune des parties.

301. L'analyse qualitative de la durée de prolongation. En pratique, des contrats de concession ou de collaboration commerciale, conclus initialement pour une durée relativement

ce qui le rendrait librement résiliable. C'est dire que les contractants auront intérêt à préciser la durée de la prorogation ». G. CHANTEPIE, Clause de prorogation, in F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), Les principales clauses des contrats d'affaires, *ibid.*, 1490-1505, pp. 695-699, spéc. 1498, p. 698 : « *Le contrat sera prorogé pour la durée prévue par la clause* ». Et pour le renouvellement : F. BUY, Clause de tacite reconduction, in F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), Les principales clauses des contrats d'affaires, *ibid.*, 1541-1554, pp. 719-724, spéc. 1547, p. 721 : « *Mais lorsqu'un texte, tel que l'article L. 134-11 du Code de commerce, prévoit que la tacite reconduction transforme le contrat en un contrat à durée indéterminée, les parties conservent la liberté de convenir d'une clause de renouvellement pour une durée déterminée* ». La note de bas de page associée fournit la jurisprudence afférente : Cass. com., 13 nov. 2003, n°02-10.448, Bull. civ. IV, n°166.

brève, sont souvent renouvelés pour des durées plus longues¹⁰⁵⁹. En distribution, la concession est un contrat par lequel un « *fabricant ou producteur réserve à son partenaire la revente de ses produits, dans un territoire déterminé, moyennant de nombreuses sujétions*¹⁰⁶⁰ ». Il porte sur des produits mais comporte aussi des services¹⁰⁶¹. Parmi eux, certains sont rendus par le concessionnaire : il « *décharge le concédant de la commercialisation de ses produits, et donc du poids des investissements afférents à celle-ci*¹⁰⁶² ». Il lui revient donc de les réaliser les investissements nécessaires à la mise à disposition des produits contractuels aux consommateurs¹⁰⁶³. On pense à un local, à son aménagement, aux stocks (en certains cas¹⁰⁶⁴), mais ce ne sont là qu'une partie des investissements. D'autres s'ajouteront et, en définitive, leur importance variera non seulement en fonction du type de distribution¹⁰⁶⁵ mais aussi du secteur d'activité. À ce stade, il n'est pas possible de concevoir que parce qu'il y a des investissements de la part de la victime, cette dernière pouvait s'attendre à ce que la relation se poursuive ; c'est encore là un *faux signal*. Il faudrait pouvoir déterminer si les investissements réalisés l'ont été en concordance avec la durée de la relation telle que les parties en ont convenu. Pour ce faire, on livre très succinctement les principaux éléments utiles à la compréhension de la logique propre à l'investissement. Quelle que soit son importance, il représente un risque pour ceux qui le réalisent (« *risque et investissement sont indissociables : un investissement comporte un risque naturel compte tenu de l'incertitude qui pèse sur les profits que l'on en attend*¹⁰⁶⁶ »). La décision d'investir repose sur une certaine mesure du risque à prendre. L'investissement présente trois

¹⁰⁵⁹ A. BÉNABENT, *ibid.*, « [...] (j'ai vu des contrats de concession ou de collaboration commerciale conclus pour une première durée de deux ans, correspondant un peu à une idée d'essai, et dont le renouvellement tacite était prévu ensuite par période de quatre ou cinq ans) ».

¹⁰⁶⁰ Ph. LE TOURNEAU, Concessions. – Distribution, circuits et réseaux de distribution. – Inventaire des diverses concessions. – Fondement et protection des réseaux de distribution, JCI Contrats – Distribution, fasc. 1010, maj 22 juill. 2014, spéc. 30.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*, spéc. 36.

¹⁰⁶² *Ibid.* J. DELVALLÉE, Quel contrat de relation à l'enseigne choisir ? LSA du 26 sept. 2019, n°2572, pp. 64-65, spéc. 64 : « *Côté enseigne, franchiser son parc permet d'alléger les investissements, tout en faisant croître sa présence* », article de presse spécialisée réalisé avec Maître Jean-Baptiste Gouache, avocat associé du cabinet Gouache Avocats.

¹⁰⁶³ Ph. LE TOURNEAU, *ibid.*, spéc. 4 : « *Le rôle principal du distributeur est de mettre les produits à disposition de la clientèle potentielle* ».

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*, spéc. 113 : « *Les contrats de concession comportent l'obligation, pour le concessionnaire, de constituer un stock de marchandises (et, pour les objets manufacturés, de pièces de rechanges), dont le moment est précisé, et qu'il doit maintenir en permanence, grâce à un plan d'assortiment. Il y va de son intérêt (satisfaire sa clientèle), mais aussi de celui du concédant et de celui des autres concessionnaires du même réseau, car la réputation de ce dernier ne risquera pas d'être ternie, du moins de ce chef, par un client déçu de ne pas trouver ce qu'il cherchait. La clause de stock constitue souvent pour le concessionnaire un investissement immobilisé important. Elle soulève des difficultés lors de la rupture du contrat, puisque le concessionnaire évincé ne peut plus écouler les marchandises qu'il détient, bien qu'elles soient sa propriété, sauf à commettre un acte de concurrence déloyale à l'égard de son ancien concédant comme du nouveau concessionnaire* ». À l'inverse, en cas de commission-affiliation, le commissionnaire-affilié n'est pas propriétaire du stock. Le Lamy Droit Économique [en ligne]. maj juin. 2022, spéc. 4175, « *La commission-affiliation permet au distributeur de ne pas prendre en charge les risques financiers liés à l'achat et à la vente de produits puisqu'il n'est pas propriétaire du stock* ».

¹⁰⁶⁵ J. DELVALLÉE, *ibid.*, l'article fournit un tableau comparatif qui permet de se rendre compte que l'apport minimum et le droit d'entrée varient selon les différentes formes juridiques présentées : la franchise, l'affiliation, la coopération, la location-gérance.

¹⁰⁶⁶ A. PEZET, La gestion du risque dans la décision d'investissement industriel : de la mesure à l'analyse – Une étude longitudinale et contextuelle, Comptabilité Contrôle Audit, sept. 2000, Tome 6, Vol. 2, pp. 5-19, spéc. p. 5, p. 7 : « *Le risque voire l'incertitude font partie de la définition même de l'investissement ; s'il est l'action d'engager une dépense maintenant afin de percevoir des gains futurs, il repose sur une série d'hypothèses et non de certitudes* ».

caractéristiques : « *l'irréversibilité, l'incertitude et la programmation dans le temps*¹⁰⁶⁷ ». C'est seulement ce dernier aspect qui nous intéressera. Au moment de prendre la décision d'investir, l'entrepreneur réunit les éléments dont il a connaissance : la durée du contrat, la durée pour laquelle le contrat peut être prolongé et, dès lors que la prolongation est mise en œuvre, la nouvelle échéance contractuelle. On pense que ces différents éléments participent à la prise de décision d'investir, aux côtés d'autres instruments, même si ceux qui « *sont préconisés par la théorie sont largement ignorés par les praticiens d'entreprise*¹⁰⁶⁸ ». Plus proche d'eux, il y a la durée de la relation contractuelle. Jusqu'à l'échéance, le risque est mesuré, même s'il demeure¹⁰⁶⁹. Par contre, au-delà il devient démesuré, dans le sens où il excède la mesure normale, il faut alors comprendre qu'en excédant l'échéance certaine, le distributeur escompte, entre autres, d'autres renouvellements qui sont seulement éventuels, et donc incertains. Il ne faut donc pas se fier seulement aux investissements réalisés. C'est leur faisabilité, leur importance, la possibilité qu'ils avaient de s'accroître jusqu'à la prochaine échéance, qui doivent être appréciées par rapport à la durée de la relation telle qu'elle avait été convenue par les parties. Lorsque la durée de la prolongation est plus courte, voire identique, la disproportion entre l'investissement et sa programmation dans la durée peut apparaître de façon plus flagrante car la prolongation de contrats à durée déterminée dans ces conditions a pour effet même de limiter l'investissement¹⁰⁷⁰. Le risque de l'accroître appartient à celui qui le prend, sans qu'il ne soit possible que cela revienne à établir une corrélation avec l'anticipation raisonnable. La disproportion du risque, pris entre en contradiction avec la dimension raisonnable, doit être appréciée eu égard à la durée pour laquelle la prolongation a été décidée par les parties.

302. Remarque conclusive du §1 : une prévisibilité indémontrable. La faculté de résiliation unilatérale de chaque partie à un contrat à durée indéterminée confère un caractère précaire à la relation qui en émane. La vérification du triptyque des caractères « *suivi, stable et habituel* » est alors nécessaire afin de poursuivre la démonstration. La stabilité s'acquiert et l'anticipation

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*, p. 7.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, p. 17, et p. 8 : « *Toutes les études empiriques [...] montrent en effet que les pratiques des entreprises en matière de choix d'investissement ne s'appuient que très partiellement sur les instruments proposés par la théorie. S'écartant du champ de la théorie, March et Shapira (1991) proposent une démarche visant à redéfinir le risque mais aussi les attitudes des managers face au risque et le traitement qu'ils font du risque. À partir de diverses études empiriques, ils constatent que « la propension des managers à prendre des risques varie selon les individus et les contextes » (p. 116). Les managers font preuve d'une totale « imperméabilité aux estimations de probabilité » privilégiant l'ampleur du résultat attendu, positif ou négatif, plutôt que la probabilité de sa survenance. Ils accordent plus ou moins d'attention à des « objets » (opportunités ou dangers) selon le contexte dans lequel ils prennent leur décision. Enfin, la prise de risque n'est pas vécue comme un jeu de hasard : les managers considèrent qu'ils maîtrisent le risque voire même qu'ils sont aptes à la réduire du fait de leur expérience antérieure ».*

¹⁰⁶⁹ *Ibid.* p. 10 citant l'économiste J.-G. Courcelle-Seneuil (1813-1892) : « *il faut dans toute entreprise mesurer incessamment ce que coûte et ce que rapporte le capital qu'on emploie [...] et, dans les calculs de ce genre, il faut soigneusement réserver une place aux éventualités et aux accidents* » [extrait du *Traité théorique et pratique des entreprises industrielles, commerciales & agricoles*, ou Manuel des Affaires, 1855, Paris, Guillaumin et Cie éditeurs, p. 49].

¹⁰⁷⁰ On pourrait l'exprimer autrement en indiquant que dans de telles circonstances, les investissements sont faits au coup par coup.

raisonnable en la continuité du flux d'affaires en découle par inférence. L'opération de logique commandée par les juges du droit se justifie en l'absence de terme extinctif mais elle achoppe sur son existence. La prévisibilité est inconcevable dès lors que les contractants connaissent l'échéance contractuelle. La situation est différente lorsqu'ils prévoient de proroger ou renouveler leur contrat. Mais cette prolongation est le plus souvent conditionnée et elle est en cela seulement éventuelle. Lorsque le contrat a effectivement été prolongé, de surcroît à plusieurs reprises, il n'y a plus de doute quant à sa stabilité mais il en demeure quant à sa prévisibilité car la prolongation aurait pu ne pas avoir lieu. *A posteriori*, et en définitive, la relation établie agrège des contrats sans que la démonstration de sa prévisibilité ne puisse être effectivement menée.

303. Proposition de représentation de la discontinuité des renouvellements successifs agrégée par la relation établie. On choisit le cas d'un contrat à durée déterminée (ci-après « CDD ») contenant une clause de renouvellement volontaire, pour une durée identique à la durée initiale. Dans la figure 1, le CDD est représenté par un segment noir. À son échéance, le renouvellement volontaire ouvre une alternative : soit il va être renouvelé, soit il ne va pas l'être. Ces deux branches sont représentées par des droits obliques grises et en pointillés. Lorsque le CDD initial est renouvelé, un nouveau contrat succède au contrat initial (il est représenté par le même segment). Dans la figure 2, le CDD renouvelé est renouvelé : un nouveau contrat succède au précédent et ainsi de suite. Tous forment ensemble une succession de renouvellements volontaires. À chaque renouvellement, l'alternative est ouverte si bien qu'aucun renouvellement n'est assuré de l'être. La succession des CDD ne peut donc être que discontinue, cela est mis en évidence dans la figure 3. Les CDD se suivent mais ne se juxtaposent pas. Dans cette situation, la relation établie agrège l'ensemble, elle unit ceux qui ne l'étaient pas (figure 4).

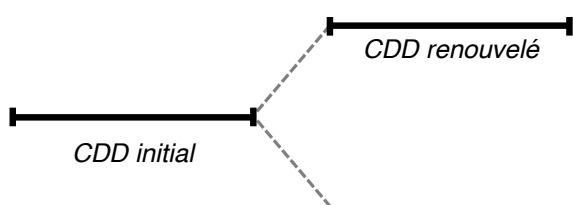


Fig. 1 : L'éventualité du renouvellement volontaire du CDD

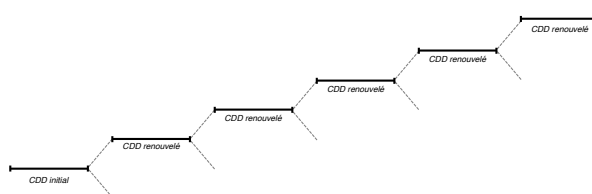


Fig. 2 : La succession des renouvellements volontaires

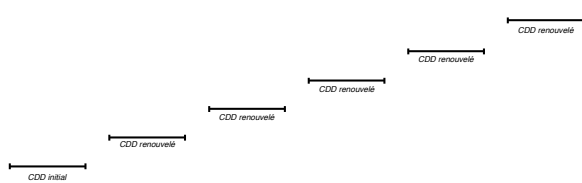


Fig. 3 : La discontinuité des renouvellements successifs

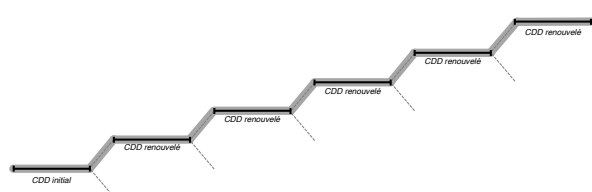


Fig. 4 : La relation établie agrégeant les renouvellements

304. L'appréciation de l'anticipation raisonnable en la continuité du flux d'affaires en fonction de la durée restant à courir entre la rupture et l'échéance du contrat prolongé. Les juges de cassation indiquent que *l'« 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 »*. C'est seulement en replaçant la rupture brutale des relations établies dans la sphère contractuelle que cette démonstration peut être menée. Il a fallu la préciser car on a fait observer qu'il s'agissait d'une solution globale ne faisant pas cas des différentes situations existantes. Le caractère supplétif des dispositions applicables au prolongement du contrat donne aux parties la possibilité de l'organiser pour des durées limitées, autres que la durée indéterminée (prévue pour le renouvellement à l'article 1214 du Code civil). De là, on a révélé l'existence de trois périodes distinctes. La durée de la période de non-exécution contractuelle, celle restant à courir jusqu'au terme du contrat à durée déterminée (de la rupture jusqu'au terme du contrat) varie en fonction de la durée pour laquelle le prolongement avait été prévu. Selon nous, cela doit aussi faire varier l'appréciation de l'anticipation raisonnable en la continuité du flux d'affaires, il est raisonnable pour le partenaire d'avoir investi jusqu'au terme connu du contrat renouvelé, au-delà il escompte sur un prolongement supplémentaire – et éventuel – dont personne ne peut savoir s'il peut avoir lieu. L'adjectif accolé par les juges à l'anticipation les tient à distance de tout dérive augurale.

305. Proposition de représentation. Les schémas ci-dessous représentent le renouvellement d'un contrat à durée déterminée, respectivement pour une durée plus courte, identique et plus longue. On y fait apparaître les trois périodes qui correspondent, pour rappel :

- P1 : la période d'exécution contractuelle, de la prise d'effet du contrat jusqu'à la rupture ;
- P2 : la période de non-exécution contractuelle, celle restant à courir jusqu'au terme du contrat à durée déterminée (de la rupture jusqu'au terme du contrat) ;
- P3 : une période post-contractuelle, celle durant laquelle la relation d'affaires aurait éventuellement pu être continuée.

On attire l'attention sur les zones hachurées représentant ce qu'est pour nous l'anticipation raisonnable, démontrée conformément à la démonstration des juges de cassation, et qui varie en fonction de la durée pour laquelle le renouvellement a été prévu par les contractants.

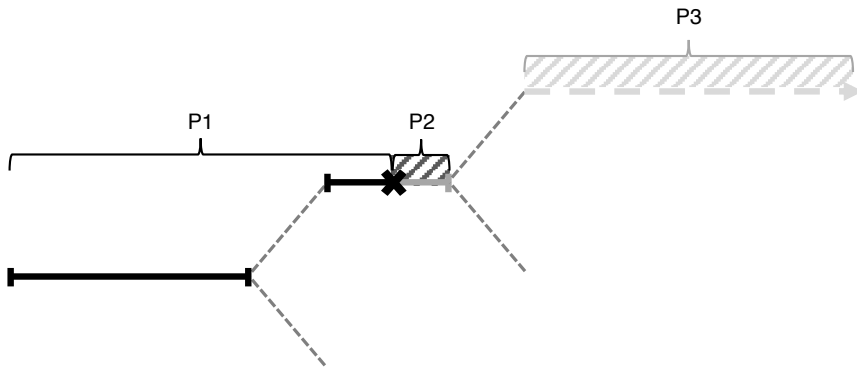


Fig. 5. La rupture lors du renouvellement d'un CDD, renouvelé pour une durée plus courte

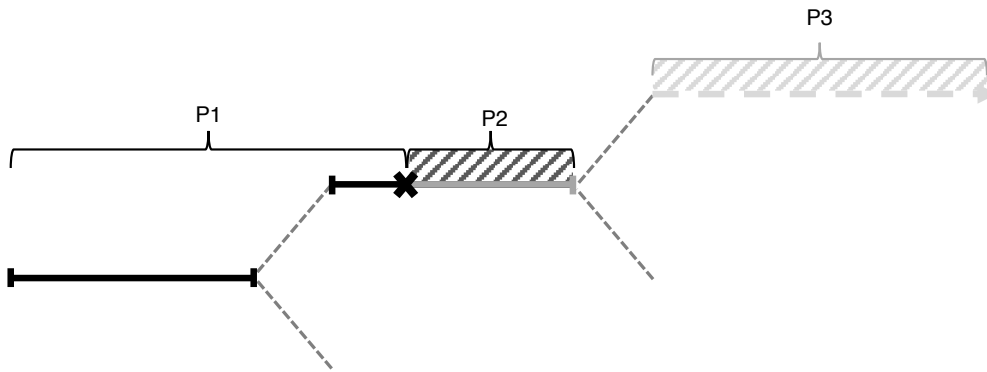


Fig. 6. La rupture lors du renouvellement d'un CDD, renouvelé pour une durée identique

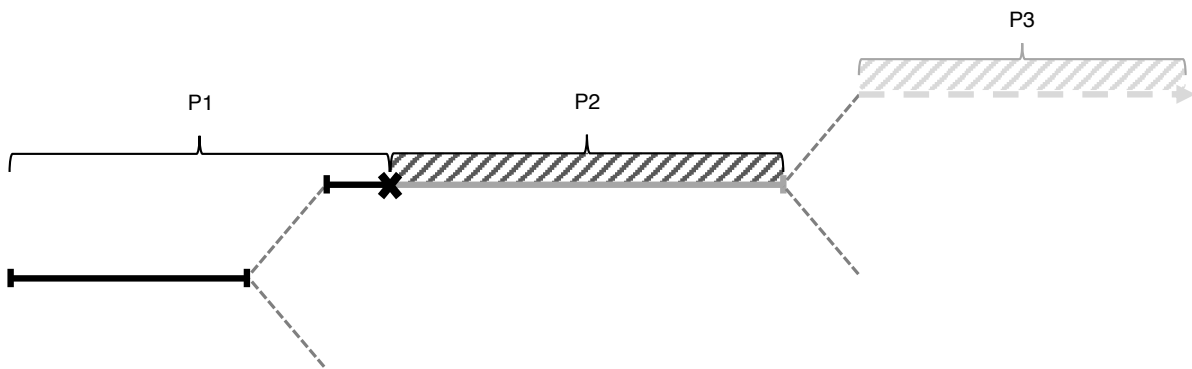


Fig. 7. La rupture lors du renouvellement d'un CDD, renouvelé pour une durée plus longue

À la question de savoir si l'anticipation raisonnable doit additionner les périodes P2 et P3, on y répondra par la négative, en la faisant seulement correspondre à la P2.

§2. Les relations établies hors des contrats

306. À défaut d'*instrumentum*, le *negotium*. La démonstration de la relation établie à partir des contrats s'est faite à l'aide de ceux versés par les parties. Elles ont pu faire ainsi car elles avaient dressé un *instrumentum* constatant l'opération juridique¹⁰⁷¹ réalisée. C'est là une situation qui se rencontre fréquemment mais qui ne couvre toutefois pas tous les cas de figure, car il en est où les parties sont dans l'impossibilité de verser le document contractuel, faute de l'avoir formalisé. Cela ne remet pas en cause leur commune intention de s'accorder sur les éléments essentiels du contrat¹⁰⁷². Les notions de *negotium* et d'*instrumentum* s'opposent¹⁰⁷³, car la première saisit la substance¹⁰⁷⁴ de l'opération juridique et la seconde désigne l'écrit qui la matérialise. Le *negotium* existe avant l'*instrumentum*, sans que l'*instrumentum* ne soit une condition de validité du *negotium*¹⁰⁷⁵. C'est donc en l'absence d'*instrumentum* que la démonstration de la relation établie doit dorénavant être menée. Cette absence ne signifie pas qu'il n'y ait aucun contrat à considérer car celui-ci peut surgir d'une tacite reconduction, mécanisme légal prévoyant un contrat là où il n'y en avait plus (A), ou peut être révélé par le truchement du contrat verbal et isolé d'une myriade d'autres documents d'affaires (B).

A. La résurgence du contrat

307. La reconduction tacite et la tacite reconduction¹⁰⁷⁶. La démarcation entre la clause de reconduction tacite et le mécanisme de la tacite reconduction s'opère respectivement avec

¹⁰⁷¹ C. BRENNER, Acte juridique, in E. SAVAUX (dir.), Rép. de droit civ., maj fév. 2019 par S. LEQUETTE, spéc. 2 : « En un sens général, qui rejoint l'acception courante du terme, l'acte s'entend, en droit, par opposition à l'évènement, de tout fait de l'homme [...]. Plus spécialement, l'acte, que l'on qualifie de juridique, désigne, en un deuxième sens, une opération volontaire dont le but et le résultat sont de produire des effets de droit, en tant qu'elle est considérée dans sa substance (le *negotium*). En un troisième sens, l'acte désigne l'écrit (l'*instrumentum* : acte instrumentaire, solennel ou probatoire) dressé pour constater matérialiser une telle opération ou même un fait juridique (Vocabulaire Juridique, 12^e éd., 2017, PUF, V^o Acte) ».

¹⁰⁷² A. LAGADEC, De l'interprétation des clauses contractuelles à la qualification du contrat, th. dactyl., Univ. Toulon, 2017, consulté sur HAL, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02181938/document>, spéc. 10.

¹⁰⁷³ J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, août 2020, 18^e éd., Dalloz, SIREY, Coll. Université, ISBN n°978-2-247-20335-2, spéc. 229, p. 305 : « [...] le mot « acte » n'est pas pris ici dans le même sens que pour l'acte juridique : il désigne le support servant au constat d'une manifestation de volonté (on dit, parfois, l'*instrumentum*), alors que l'acte juridique correspond à la manifestation de volonté elle-même, à sa substance (par opposition, le *negotium*) ».

¹⁰⁷⁴ C. BRENNER, *ibid.*

¹⁰⁷⁵ E. CADOU, Les modes de preuve des droits subjectifs (leçon 9), Introduction au droit, cours UNJF.

¹⁰⁷⁶ L'intitulé est construit à l'aide de la figure de style du chiasme. Elle consiste à « inverser l'ordre des termes dans les parties symétriques de deux membres de phrase, de manière former un parallèle ou à une antithèse » (Dic. Ac. fr., V^o Chiasme). H. SUHAMY, Les figures de style, 2020, PUF, Que sais-je ?, URL : <https://www-cairn-info.passerelle.univ-rennes1.fr/les-figures-de-style--9782715403413.htm>, consulté le mar. 08 fév. 2022, spéc. p. 74 : « Le chiasme est la plus connue de toutes les figures fondées sur la symétrie. C'est une expression faite principalement de quatre termes, les deux derniers étant de même nature que les deux premiers, mais présentés en ordre inverse. On représente le chiasme [...] par le signe A B B A ». Le chiasme est utilisé car il révèle l'opposition qu'il y a à faire entre la reconduction tacite et la tacite reconduction.

l'existence et l'absence de prévisions contractuelles¹⁰⁷⁷. L'adjectif *tacite* accolé à la *reconduction* expose à « *difficultés terminologiques qui [...] sont toujours révélatrices d'ambiguïtés dans les notions et les concepts*¹⁰⁷⁸ ». Pour nous, la place de l'adjectif a son importance, qu'il suive ou qu'il précède ne commande pas la même vérification. Le premier cas correspond à la clause de renouvellement tacite, telle qu'elle est désignée et expliquée par le Professeur Bénabent : « *c'est en réalité une convention sur la forme que prendra l'expression du consentement au futur contrat*¹⁰⁷⁹ ». À défaut de clause, ce sont les comportements qui prévaudront. L'accent est alors mis sur ce qui n'est pas formellement exprimé et l'adjectif est placé avant la reconduction¹⁰⁸⁰. Cette situation est la seule examinée ci-après. En considération de son aspect factuel, on s'est demandé si la tacite reconduction pouvait être le mécanisme le plus propice à la caractérisation d'une relation établie, en l'absence de toute formalisation. Mais l'aspect contractuel resurgit du mécanisme (1) si bien que la relation établie unit le, ou les, contrats à durée déterminés expirés au contrat à durée indéterminée né de la tacite reconduction (2). Il faudra alors examiner l'effet d'union réalisé.

1. La poursuite matérielle du contrat en cas de tacite reconduction

308. Un contrat là où il n'y en avait plus. Lorsqu'au terme de leur contrat à durée déterminée, les parties continuent d'en exécuter les obligations¹⁰⁸¹, sans l'avoir prévu contractuellement, la loi vient y suppléer : c'est la tacite reconduction de l'article 1215 du Code civil. La poursuite matérielle¹⁰⁸² détache le mécanisme du contrat, mais c'est là une apparence qui se dissipe à mesure des éléments contractuels relevés. D'abord, ce sont les obligations issues du contrat qui

¹⁰⁷⁷ A.-C. RICHTER, L'après-contrat, th. dactyl., Univ. Toulouse 1 Capitole, 2020, spéc. 425 : « *Il est en réalité deux formes de tacite reconduction. La première, dont la pertinence a été contestée par une partie de la doctrine, est portée par une clause dite de tacite reconduction : les parties prévoient dans le contrat le jeu de la tacite reconduction dans l'après-contrat. [...] La seconde forme de tacite reconduction, la forme « vraie » ou « véritable » [...] saisit l'hypothèse dans laquelle les parties continuent d'exécuter le contrat à son expiration sans qu'elles n'aient prévu les conséquences d'un tel comportement dans le contrat éteint* ».

¹⁰⁷⁸ A. BÉNABENT, La prolongation du contrat, RDC n°1 du 01 avr. 2004, p. 117.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.* L'auteur écarte l'expression de « *clause de tacite reconduction* » et lui préfère celle de renouvellement stipulé. Dans le développement y afférent, il traite de la clause de renouvellement tacite. On note que l'adjectif y conserve son emplacement : il suit le renouvellement.

¹⁰⁸⁰ Notre analyse sémantique achoppe sur la désignation communément utilisée de *clause de tacite reconduction*. F. BUY, *Clause de tacite reconduction*, in F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), Les principales clauses des contrats d'affaires, *ibid.*, 1541-1554, pp. 719-724. Néanmoins le législateur utilise la construction défendue à l'article L. 215-1, al. 1 du code de la consommation : « *Pour les contrats de prestations de services conclus pour une durée déterminée avec une clause de reconduction tacite, le professionnel prestataires de services informe le consommateur par écrit, par lettre nominative ou courrier électronique dédiés, au plus tôt trois mois et au plus tard un mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction, de la possibilité de ne pas reconduire le contrat qu'il a conclu avec une clause de reconduction tacite. [...]* ».

¹⁰⁸¹ B. AMAR-LAYANI, La tacite reconduction, D. 1996, 143, « *Le mécanisme de la tacite reconduction suppose la réunion de plusieurs conditions pour être mis en œuvre, communes à l'ensemble des contrats tacitement reconduits. En premier lieu, il faut nécessairement un contrat à exécution successive à durée déterminée ou déterminable, dont la force obligatoire cesse en principe à l'arrivée du terme. En second lieu, à l'arrivée du terme, la situation de fait résultant du contrat doit se prolonger, c'est-à-dire que les parties vont continuer à exécuter leurs obligations contractuelles essentielles comme si la date d'expiration n'était pas dépassée* ».

¹⁰⁸² G. CHANTEPIE, Contrat : effets, in E. SAVAUX (dir.), Rép. de droit civil, Dalloz, janv. 2018, maj déc. 2020, 161-162, spéc. 161.

a pris fin que les partenaires continuent d'exécuter. Leurs comportements correspondent donc à ceux qu'ils adoptaient lorsqu'ils étaient encore liés par le contrat. Les effets de la tacite reconduction sont ensuite calqués sur ceux du renouvellement¹⁰⁸³. Cela fait d'elle « *une variété de renouvellement du contrat*¹⁰⁸⁴ ». On peut alors écrire que la tacite reconduction donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée. Un contrat est donc ajouté là où il n'y en avait plus. La résurgence de l'aspect contractuel dans cette situation factuelle rompt avec la logique propre à la relation établie, mais conforte notre angle d'analyse. La naissance d'un contrat à durée indéterminée suscite des interrogations, quant au contrat lui-même et quant au fait qu'il soit à durée indéterminée.

309. Tacite reconduction, silence et relation d'affaires. Le contrat né de la tacite reconduction est un nouveau contrat, en tant que tel et comme tout contrat, il est un accord de volontés¹⁰⁸⁵. Lorsqu'il a été question de rechercher comment un tel accord pouvait se former lors d'une tacite reconduction, les difficultés ont surgi du maniement¹⁰⁸⁶ de la notion avec celle du silence. S'il ne nous appartient pas d'y revenir longuement, on a fait la synthèse d'éléments différenciant l'une de l'autre, afin de savoir déterminer pour la suite les différentes compositions possibles d'une succession de contrats. D'après le premier alinéa de l'article 1113 du Code civil, « *le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager* ». L'introduction de la *rencontre* a été saluée mais son aspect *irréaliste* a été critiqué¹⁰⁸⁷, car la chronologie, entre autres, peut faire défaut¹⁰⁸⁸. Il faut aussi concevoir que l'offre du pollicitant puisse rester un temps sans acceptation de la part du

¹⁰⁸³ C. civ., art. 1215, *in fine* : « *Celle-ci produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat* ».

¹⁰⁸⁴ G. CHANTEPIE, *Contrat : effets, ibid.*

¹⁰⁸⁵ C. civ., art. 1101 : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

¹⁰⁸⁶ T. GENICON, Silence et tacite « reconduction » : deux notions pièges, RDC n°4, 1^{er} oct. 2009, p. 1330, à propos de Cass. civ. 1^{ère}, 04 juin 2009, n°08-14.481, J.-D. n°2009-048456.

¹⁰⁸⁷ N. DISSAUX, *Contrat : formation*, in E. SAVAUX (dir.), *Rép. de droit civil*, Dalloz, avr. 2017, maj déc. 2021, spéc. 44 : « *Formellement, il est heureux que le code ménage enfin une place à cet échange. Il n'en est pas moins regrettable que l'article 1113 s'en tienne à un schéma fondé sur la seule rencontre d'une offre et d'une acceptation qui s'avère parfois irréaliste, spécialement dans le domaine des relations d'affaires. Un auteur l'a jugé « dépassé », considérant qu'en pratique la recherche d'une telle rencontre relève de l'impossible et de la reconstruction a posteriori (M. FONTAINE, *Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats*, in *Mélanges P. Van Ommeslaghe*, 2000, Bruylant, p. 115 s.). Les juristes français continueront donc à vivre dans un univers fictionnel* ».

¹⁰⁸⁸ B. MORON-PUECH, De quelques faiblesses de la définition traditionnelle du contrat, *Droits*, 2016/2 n°64, pp. 115-130, spéc. pp. 121-122. La chronologie « *d'abord l'offre puis l'acceptation* » est critiquée car elle ne se rencontre pas nécessairement en pratique. L'auteur l'illustre : « *soit deux ou plusieurs personnes morales – des entreprises, des États, peu importe – désireuses de passer entre elles un contrat particulièrement complexe. En vue de la signature de ce contrat, elles désignent chacune des représentants chargés des négociations. Une fois un projet d'accord établi par ces négociateurs, ceux-ci adressent conjointement aux personnes morales le projet afin qu'elles n'expriment leur volonté sur celui-ci, étant entendu que le contrat n'entrera en vigueur qu'en cas d'accord de toutes les parties à la négociation. Au moment où ces personnes morales se prononcent, elles le font sans respecter entre elles un ordre ni même sans savoir si leur éventuel futur cocontractant s'est déjà prononcé. Dans cet exemple, qui n'est pas seulement imaginaire et qui se rencontre dans la pratique contractuelle, en particulier internationale, il apparaît clairement qu'aucune des parties au contrat n'a formulé d'offre ou d'acceptation. Toutes ont, par la voie de leurs représentants, élaboré l'offre et toutes l'ont également acceptée (ou refusée). Où l'on voit bien qu'un tel contrat ne s'est pas formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation, mais par la rencontre de deux acceptations d'un projet conjointement élaboré.*

destinataire. Tant que ce dernier ne sort pas de son silence alors le contrat ne se forme pas, en vertu du principe : « *le silence ne vaut pas acceptation*¹⁰⁸⁹ ». Mais celui-ci souffre d'exceptions ; parmi elles, celle des relations d'affaires. Dans celle-ci « *le silence acquiert valeur d'acceptation parce que des relations d'affaires antérieures entre les mêmes parties lui confèrent cette signification* ¹⁰⁹⁰ ». Le cas échéant, le contrat est valablement formé bien que le destinataire ait gardé le silence¹⁰⁹¹. L'attitude mutique du destinataire, consistant en ne rien dire, ne rien écrire et ne rien faire¹⁰⁹², s'oppose à celle de la partie continuant d'exécuter les obligations contractuelles du contrat éteint. La tacite reconduction suppose une extériorisation, qui dès lors qu'elle est constatée chasse le silence. En outre, la continuation d'exécution s'observe de part et d'autre alors que le silence concerne seulement l'acceptation (étant entendu qu'il y aurait théoriquement eu une offre émise antérieurement). La tacite reconduction se vérifie par réciprocité, tandis que le silence ne se rapporte qu'à l'acceptation¹⁰⁹³, soit au destinataire. Enfin, quant au contrat formé, la tacite reconduction a pour effet de donner naissance à un contrat à durée indéterminée alors que le contrat formé lors d'une acceptation par le silence ne l'est pas nécessairement car le contrat se forme conformément à l'offre émise, il faudra examiner celle-ci pour savoir s'il s'agit d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat à durée indéterminée¹⁰⁹⁴. Ayant précédemment examiné la succession de contrats à durée déterminée, on s'intéresse seulement pour la suite au cas où c'est un contrat à durée indéterminée qui succède à un contrat à durée déterminée.

¹⁰⁸⁹ C. civ., art. 1120 : « *Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières* ».

¹⁰⁹⁰ T. GENICON, *Acceptation tacite dans une relation d'affaire habituelle : un silence circonstancié qui ne dit pas son nom*, RDC n°3, 01 juill. 2011, p. 795, à propos de Cass. com., 15 mars 2011, n°10-16.422, J.-D. n°2011-034901.

¹⁰⁹¹ Cass. com., 15 mars 2011, *ibid.*, en l'espèce, la société gestionnaire du palais des festival et des congrès de Cannes a mis à disposition d'une société cliente des espaces aménagés afin qu'elle y organise son salon dédié au cinéma numérique, le temps de trois journées, successivement en 2004, en 2005 et en 2006. Le 27 février 2006, la société gestionnaire a transmis à sa cliente un contrat pour les dates du 5 au 07 février 2007 et pour les années 2008 et 2009. L'offre émise est restée sans réponse. Huit mois plus tard, le 27 octobre 2006, la société gestionnaire informe sa cliente de l'indisponibilité des locaux aux dates précédemment indiquées pour l'année 2007. À défaut de solution satisfaisant les deux parties, la société cliente a organisé le salon en un autre lieu. Elle a assigné la société gestionnaire en invoquant la rupture brutale du contrat. La Cour de cassation a jugé le moyen afférent surabondant. Mais elle a donné raison à la Cour d'appel d'avoir considéré que l'offre émise par le pollicitant avait été tacitement acceptée par le destinataire à raison de la conformité de l'offre aux relations habituelles des parties. T. GENICON, *Acceptation tacite dans une relation d'affaire habituelle : un silence circonstancié qui ne dit pas son nom*, *ibid.* : « [...] on pourrait se montrer sceptique sur la caractérisation en l'espèce d'une « conclusion répétée de contrats de même nature » [...], qui est généralement mise en avant par la doctrine comme facteur décisif de transformation du silence en acceptation. Mais, dans le même temps, on voit bien que la Cour de cassation privilégie à juste titre une approche économique de la relation qui s'est nouée plutôt qu'une analyse de pure technique juridique qui, en l'occurrence, aurait peut-être été déplacée : il y a bien eu trois opérations (économiques à défaut d'être proprement contractuelles) – les trois salons comme autant d'opérations répétées – et c'est bien ce qui aurait dû nourrir chez l'offrant la quasi-certitudes que ces opérations seraient reconduites ».

¹⁰⁹² T. GENICON, *Silence et tacite « reconduction » : deux notions pièges*, *ibid.*, l'auteur y expose que le silence « *ce n'est pas seulement ne rien dire ou ne rien écrire mais aussi ne rien faire* [...] ».

¹⁰⁹³ B. PETIT, S. ROUXEL, *Contrat. – Formation. – Offre et acceptation*, JCl Civil Code > art. 1113 à 1122, fasc. unique, maj 09 sept. 2021, spéc. 94, « [...] l'article 1120 précise, à propos de l'acceptation seulement, quel est le rôle du silence ».

¹⁰⁹⁴ Cass. com., 15 mars 2011, *ibid.* En se reportant aux faits d'espèce, on sait que l'offre émise concernait les années 2007, 2008 et 2009, il s'agissait donc d'une offre portant sur un contrat à durée déterminée.

2. L'effet d'union de la relation globale

310. Des contrats opposés unis par la *relation globale*. La tacite reconduction est un mécanisme ambivalent exigeant un *continuum*¹⁰⁹⁵ tout en créant une rupture. La continuation d'exécution des obligations constitue un lien entre le contrat qui s'est terminé et celui qui est né. Le contrat renouvelé ne peut pas exister sans le contrat éteint¹⁰⁹⁶. Mais ce faisant, la tacite reconduction fait se suivre des contrats opposés. Il ne s'agirait donc plus seulement pour la relation établie d'agrèger une suite de contrats à durée déterminée, mais d'en unir un, ou plusieurs, au contrat à durée indéterminée issu de la tacite reconduction. Le peut-elle ? Les juges l'admettent¹⁰⁹⁷. Ils caractérisent une relation établie qui unit en un tout, tous les contrats qui se sont succédés. À l'intégralité de la relation correspond la totalité de la durée de chacun des contrats exécutés. Il pourrait alors s'agir de considérer une relation globale. L'adjectif choisi vise l'ensemble formé par les différents contrats. Mais le problème d'une telle approche est, par définition, de ne pas faire cas des détails ou des variations¹⁰⁹⁸. Or faire se succéder des contrats opposés comporte nécessairement des changements à prendre en compte. D'emblée, dans le contrat à durée indéterminée les parties recouvrent chacune leur faculté de résiliation unilatérale, qui, on l'a vu, nécessite la démonstration de la relation établie car un tel contrat est précaire. À l'instar d'un silence valant acceptation en cas de relations d'affaires, la relation globale procède d'une reconstruction *a posteriori* de la relation qui, au prix de la négation de la notion de terme extinctif, poursuit un dessein qui n'est pas directement celui de sa lettre mais indirectement, et par interprétation, celui de son esprit.

311. L'annihilation de l'effet du terme extinctif par une présomption de volonté. Dans une relation globale, le terme extinctif est privé d'effet alors qu'il est un marqueur de la fin de la relation contractuelle. Ce n'est pourtant pas parce que les parties continuent d'exécuter les obligations du contrat éteint que le terme extinctif devrait être nié. Leur volonté de continuer ne pouvant être considérée comme une certitude¹⁰⁹⁹, on pense que c'est conférer un effet trop grand à cette

¹⁰⁹⁵ B. FAGES (dir.), *Le Lamy Droit du Contrat* [en ligne], maj juin 2022, n°2539.

¹⁰⁹⁶ A.-C. RICHTER, *L'après-contrat*, *ibid.*, spéc. 417 : « *Juridiquement l'existence du contrat renouvelé est entièrement due au contrat éteint puisque par hypothèse le contrat renouvelé est un clone du contrat éteint : sans l'objet du renouvellement, le contrat éteint, il ne saurait y avoir renouvellement, le contrat renouvelé* ».

¹⁰⁹⁷ Par ex., Cass. com., 24 nov 2009, n°07-19.248, J.-D. n°2009-050549 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, sans prendre en compte l'intégralité de la relation commerciale établie entre les parties, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». MATHEY (N.), *Nouvelles précisions sur la notion de relations commerciales établies*, CCC n°4, avr. 2010, comm. 94, « *L'arrêt de la chambre commerciale du 24 novembre 2009 vient compléter la jurisprudence en précisant, comme il fallait s'y attendre, que la relation commerciale établie s'étend également aux relations post-contractuelles. Peu importe que le contrat initial ait été à durée déterminée et que le cocontractant n'ait pu légitimement croire à la pérennité de la relation* ». En l'occurrence, l'anticipation raisonnable en la continuité du flux d'affaires n'est pas démontrée dans le cadre du contrat à durée déterminée, ce qui n'empêche toutefois pas les juges d'appréhender « *l'intégralité de la relation commerciale établie entre les parties* ».

¹⁰⁹⁸ Dic. Ac. fr., *ibid.*, V° *Global*.

¹⁰⁹⁹ A.-C. RICHTER, *L'après-contrat*, *ibid.*, spéc. 431, p. 381 : « *Un comportement ne saurait à lui seul indiquer une volonté, parce qu'il est toujours susceptible de plusieurs interprétations* ».

présomption de volonté¹¹⁰⁰ par rapport à l'annihilation de l'effet du terme extinctif. L'ambiguïté est inhérente au comportement des parties¹¹⁰¹ : « [...] *les anciens contractants qui continuent l'exécution du contrat ont pu simplement méconnaître la date de la fin du contrat, ou bien vouloir maintenir seulement précairement leur relation*¹¹⁰² ». Comment savoir si les parties ont continué d'exécuter leurs obligations en ignorant ou en méconnaissant le terme ? En confrontant les définitions afférentes, on note que l'ignorance est un état¹¹⁰³ tandis que la méconnaissance est une action¹¹⁰⁴. On ne peut toutefois pas penser que seule cette dernière comprend une volonté de ne pas connaître quand l'ignorance est définie comme « *l'état de celui qui ne sait pas et qui aurait dû savoir* ». Les contractants à un contrat à durée déterminée savent qu'il est pourvu d'un terme, et qu'il s'agisse d'un évènement futur de réalisation nécessaire¹¹⁰⁵ ou d'une date déterminée du calendrier¹¹⁰⁶, il leur appartient d'être attentif à son arrivée. À défaut, ce peut être par oubli, ou par négligence¹¹⁰⁷, qu'ils l'ignorent. Ils peuvent tout aussi bien en avoir eu connaissance et poursuivre délibérément l'exécution de leurs obligations réciproques. S'il faut envisager ces deux cas de figure, l'intérêt est sans doute moins dans la cause que dans ce que cela révèle des relations nouées. La recherche du pourquoi les parties ont ignoré le terme de leur contrat a quelque chose de vain car on ne pourra jamais vraiment savoir si l'une a délibérément continué pour forcer l'autre à faire de même ou si les deux ont oublié¹¹⁰⁸. Par contre, on peut trouver différentes explications

¹¹⁰⁰ A.-C. RICHTER, L'après-contrat, *ibid.*, spéc. 432, pp. 381-382 : « *L'obstacle [de l'ambiguïté du comportement des parties] peut cependant être contourné en considérant que le comportement des parties fait seulement présumer leur volonté – il s'agit du reste de l'analyse jurisprudentielle du mécanisme –, mais ne la démontre pas, en sorte qu'il revient à ces mêmes parties, le cas échéant, de renverser la présomption. Les présomptions, qui avant la réforme du droit des contrats étaient définies par le Code civil comme « des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu », sont en effet destinées à saisir non pas le réel mais le vraisemblable. Et la volonté des parties de poursuivre le contrat, étant l'une des explications possibles du maintien de leur relation, peut bien vraisemblablement être exprimée par ce maintien. Le maintien de la situation contractuelle constitue ainsi le fait connu, à partir duquel peut vraisemblablement être tiré le fait inconnu, la volonté des parties de reconduire le contrat. Le recours à la présomption permet ainsi de contourner l'incertitude de la volonté des parties, puisqu'elle ne dit pas que la volonté des anciens contractants est de reconduire le contrat, mais seulement qu'elle semble l'être, à charge pour ces anciens contractants de démontrer le contraire ».*

¹¹⁰¹ *Ibid.*, spéc. 431, p. 381, se référant à O. PÉNIN, Quelques réflexions techniques à propos de la dualité caractéristique de la tacite reconduction, RTD Civ. 2015, p. 45, spéc. 22 : « [...] *comment savoir si cette exécution correspond à un oubli du terme, à une volonté d'y renoncer et continuer en vain celui échu ou de conclure un nouveau contrat sur le modèle du premier ? La conjonction du comportement conforme à un contrat mort et reconnu comme tel juridiquement constitue une énigme dont on ne peut déduire avec certitude un accord de volontés en vue d'en créer un nouveau* ». Plus en avant dans la formation du nouveau contrat, mais mesuré quant aux éléments repris : T. GENICON, Silence et tacite « reconduction » : deux notions pièges, RDC n°4, 1^{er} oct. 2009, p. 1330, « [...] *si l'on peut, sans risque d'erreur, induire des actes matériels d'exécution, l'accord sur ces éléments essentiels, il est beaucoup plus délicat d'en induire, sans aucun doute possible, la volonté d'adhérer à l'ensemble des conditions générales et particulières qui composaient l'ancienne convention... même la durée du contrat* ».

¹¹⁰² A.-C. RICHTER, L'après-contrat, *ibid.*, spéc. 431, p. 381.

¹¹⁰³ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, *ibid.*, V° *ignorance* : « 1 *État de celui qui ne sait pas (et qui aurait dû savoir) ; ignorance blâmable (lat. ignorantia). 2 État de celui qui n'est pas au courant (et qui aurait dû être informé) ; ignorance accidentelle (lat. ignoratio). 3 Refus de connaître ce que l'on n'a pas à connaître (v. compétence, décliner) ou ce que l'on entend méconnaître (inobservation ; violation) ».*

¹¹⁰⁴ *Ibid.*, V° *méconnaissance* : « *Action de ne pas connaître, de ne pas reconnaître ou de ne pas comprendre, de déformer, mal interpréter, sous-estimer : ignorance, méprise, incompréhension, fausse représentation portant sur un devoir, un droit, la loi, une institution, une doctrine, un fait, une situation, etc. Comp. inobservation, violation, application de la loi (fausse), manquement* ».

¹¹⁰⁵ C. HANNOUN, Y. GUENZOU, Terme, in E. SAVAUX (dir.), Rép. de droit civil, oct. 2017, maj déc. 2021, spéc. 1.

¹¹⁰⁶ *Ibid.*, spéc. 15.

¹¹⁰⁷ A.-C. RICHTER, L'après-contrat, *ibid.*, spéc. 442 : « *Parfois les anciens contractants ignorent involontairement l'extinction du contrat, par simple négligence* ».

¹¹⁰⁸ Les combinaisons des situations possibles sont plus nombreuses que celles qui sont proposées à titre d'illustration.

possibles aux comportements des parties, on fournit celles issues de situations présentées en jurisprudence ou qui pourraient l'être.

312. L'ignorance du terme du contrat dans une relation de contrats. Le fait que les parties ignorent le terme du contrat qu'il les lie peut s'interpréter comme un détachement entre elles et leur contrat. En pratique, on imagine un acquéreur, qui, lié par un contrat à durée déterminée de fourniture d'un an, commande les produits contractuels à maintes reprises durant l'année. Certains des bons de commande sont modificatifs par rapport au contrat initial car si ce dernier porte sur tel produit, un bon de commande peut l'étendre à tel autre, et inversement : lorsque le contrat initial porte sur une gamme de produits, un bon de commande peut le réduire à un produit seulement. Au terme de l'année, les commandes ont parfaitement été exécutées : les produits ont été commandés, livrés et payés. Au début de l'année suivante, l'acquéreur passe de nouvelles commandes, honorées par le fournisseur. Les parties ne sont plus liées par le contrat qui s'est éteint, pourtant elles font comme elles faisaient précédemment ; et cela peut continuer ainsi. Le contrat ne fait donc pas la relation, mais les contrats font la relation. En vertu du principe du consensualisme¹¹⁰⁹, le « *contrat est valable dès que deux volontés identiques se sont accordées sur la production d'obligations*¹¹¹⁰ ». Les exceptions sont nombreuses¹¹¹¹ et l'article L. 441-3 du Code de commerce fait figure de preuve¹¹¹². En dehors de son champ d'application¹¹¹³, lorsque les parties ne sont pas soumises à l'obligation de formaliser le résultat de leur négociation commerciale dans une convention, faute de négociation¹¹¹⁴, ou n'étant ni fournisseur¹¹¹⁵ ni distributeur¹¹¹⁶, on

¹¹⁰⁹ C. civ., art. 1172, al. 1 : « *Les contrats sont par principe consensuels* ».

¹¹¹⁰ F.-X. TESTU, Contrats d'affaires 2010/2011, mars 2010, 1^{ère} éd., Dalloz, Dalloz Référence, ISBN n°978-2-247-10052-1, spéc. 11.04, p. 9.

¹¹¹¹ O. SALVAT, Vente commerciale : définition et formation, Synthèse in JCI Contrats – Distribution, maj 1^{er} juill. 2021, spéc. 11.

¹¹¹² *Ibid.* : « *Aujourd'hui, les exceptions à la formation du contrat par le seul échange des consentements sont nombreuses ; elles ont touché la vente. Dans ce domaine, on signalera l'importance de la règle relative à la convention « écrite » (C. com., art. L. 441-3 et L. 441-4) passée entre le fournisseur et le distributeur, à l'issue de la négociation commerciale [...]* ».

¹¹¹³ M. CHAGNY (dir.), Le Lamy Droit Économique [en ligne], maj nov. 2021, n°2745 et s. (Champ d'application de la convention écrite du régime général), spéc. n°2747 : « *L'exigence de la transcription dans un document écrit du résultat de la négociation commerciale est en contradiction manifeste avec les principes de liberté contractuelle et de liberté du commerce et de l'industrie qui expriment les attentes de confiance, de rapidité et de fluidité de la vie des affaires et privilégient en conséquence le consensualisme sur le formalisme. Il est donc essentiel de sérier avec précision le domaine d'application de ce qui devrait n'être qu'une exception mais qui impacte tous les secteurs de la vie des affaires, bien au-delà des secteurs de la grande distribution visés principalement par le législateur* ».

¹¹¹⁴ *Ibid.*, spéc. 2747 : « *[...] la convention écrite ne s'impose qu'en cas de négociation entre les parties. Aussi, la Commission d'examen des pratiques restrictives a pu confirmer qu'il n'y a pas d'obligation d'établir une convention unique lorsque les parties n'ont négocié aucune condition relevant des différents cas envisagés par l'ancien article L. 441-7, I du code de commerce (CEPC, avis n°10-07, 1^{er} avr. 2010)* ».

¹¹¹⁵ *Ibid.*, spéc. 2748, « *[...] il convient d'exclure le fournisseur qui intervient dans le cadre d'un contrat de sous-traitance [...]. De même, l'article L. 441-3 du code de commerce exclut les fournisseurs de produits visés à l'article L. 443-2 du même code, c'est-à-dire les produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasse ou de la pêche et de l'aquaculture* ».

¹¹¹⁶ *Ibid.*, spéc. 2749, « *[...] la notion de « distributeur » ne concerne que la relation de distribution, c'est-à-dire celle qui vise l'achat pour revendre en l'état. L'article L. 441-3 du code de commerce ne s'applique pas aux achats négociés par un prestataire de services pour les besoins de son activité. Ainsi, les cafés, hôtels, restaurants ne peuvent être assimilés à des distributeurs même au titre de la négociation des produits qu'ils ne transforment par tels que les boissons (CEPC, avis n°13-01, 25 fév. 2013,*

peut considérer qu'un bon de commande constitue un contrat de vente¹¹¹⁷. Lorsque les parties procèdent ainsi, le contrat initial peut être vu comme un contrat cadre, un *instrumentum* réduit aux seules obligations d'ordre général et les bons de commandes successifs jalonnent la relation. Plusieurs contrats façonnent la relation mais encore faut-il reconnaître leur existence car « *la construction matérielle des contrats par ses rédacteurs, le remembrement des matériaux contractuels par l'interprète posent, de façon quotidienne, le problème de l'existence du contrat et, au-delà, plus fréquemment de son contenu : quelles sont les pièces qui participent au contenu d'une relation contractuelle donnée ?*¹¹¹⁸ ». Au stade du remembrement, soit lors du litige, le juge recense les *matériaux contractuels* tels qu'ils sont rapportés par les parties à titre probatoire. Dans notre exemple, le contrat initial va être versé et la caractérisation d'une poursuite matérielle aboutira à retenir une tacite reconduction. L'arrivée de l'échéance contractuelle n'a pas marqué la fin de la relation d'affaires des parties car, en définitive, elle s'organise en une succession d'autres contrats, détachant progressivement les parties de leur contrat initial. Dans la citation doctrinale citée précédemment, on note une évolution : s'il y a d'abord le contrat, il y a ensuite la relation contractuelle.

313. La continuation en toute connaissance de cause et la caractérisation du maintien.

Lorsque les parties savent le contrat échu et continuent malgré tout l'exécution des obligations qui en sont issues¹¹¹⁹, la question est de savoir si le maintien de leur relation est précaire ou durable. Pour y répondre, on propose d'apprécier l'intervalle de temps entre l'extinction du contrat à durée déterminée et la rupture qui s'est produite durant la continuation d'exécution. On rattache les situations afférentes aux intervalles selon qu'ils s'inscrivent dans un temps court ou long, cette durée ne pouvant être que relative.

[...]. Plus généralement, l'activité de distribution doit constituer l'activité principale de l'acheteur. Ainsi, la formalisation ne s'impose pas à la négociation de produits alimentaires revendus par des exploitants de salles de cinéma à titre accessoire (CEPC, avis n°19-10, 19 sept. 2019, [...]). De même, la Commission d'examen des pratiques commerciales a pu répondre, dans le cadre d'une demande d'avis concernant le secteur de l'artisanat, que le texte ne s'appliquait pas aux relations entre un artisan et ses fournisseurs dans la mesure où la prestation de l'artisan ne se limite pas à revendre le matériel en l'état mais bien à l'installer (CEPC, avis n°16-7, 10 fév. 2016, [...]).

¹¹¹⁷ J. RAYNARD, Technique contractuelle, JCP E n°15, 09 avr. 1998, ét., p. 604, à propos de CA Paris, 3^e ch. C, 12 sept. 1997 : « Si la vente est conclue par le seul échange des volontés et si le vendeur est en état d'offre permanente, on peut conclure que l'envoi d'un bon de commande par l'acheteur forme la vente ». O. CACHARD, Sur les difficultés de fond et de procédure que peut provoquer la vente d'un yacht par un chantier naval, DMF n°762, oct. 2014, pp. 832-848, à propos de CA Aix-en-Provence, 2^e ch., 17 juill. 2014, n°12-16.401, J.-D. n°Ø, spéc : « I. L'analyse de la situation contractuelle : quis tu es ? ». En l'espèce, un chantier naval n'ayant pas vendu un yacht à un acheteur, le vend à un autre. Plusieurs étapes ont été nécessaires et trois bons de commande ont été établis avant qu'un contrat de construction naval ne soit finalement signé. Le litige survenu ultérieurement entre les parties impose de déterminer à quel moment le contrat entre l'acheteur et le vendeur a été conclu. Il ressort de l'arrêt qu'« au regard [des] éléments d'appréciation, le bon de commande du 25 août 2009 [le premier] qui ne contient ni condition suspensive ni une quelconque clause permettant de considérer qu'il s'agirait d'un document limité à des pourparlers n'engageant pas les parties, et qui a été signé après que [l'acheteur] ait reçu les informations nécessaires sur le navire, concrétise l'accord des parties sur la chose et le prix et s'analyse en un contrat de vente ».

¹¹¹⁸ M. MOUSSERON, J.-M. MOUSSERON et J. RAYNARD, Technique contractuelle, JCP E n°50, 10 déc. 1992, 199, spéc. 2.

¹¹¹⁹ Cass. com., 09 oct. 1991, n°90-12.476, J.-D. n°1991-002927, C. COLOMBET, La cession du droit de représentation ou du droit de reproduction doit être limitée aux modes d'exploitation. Appréciation de la commune intention des parties : maintien, dans leurs rapports, des règles d'un contrat qu'elles ont dénoncé, D. 1993, p. 91.

314. L'appréciation de la continuation d'exécution dans un intervalle court. Les parties ont pu continuer d'exécuter leurs obligations pour terminer certaines dernières opérations. Cela pourrait alors correspondre à une prorogation qu'elles auraient manqué de mettre en œuvre. L'absence de renouvellement peut mettre sur la voie d'un maintien précaire. Un arrêt fournit l'exemple d'une rupture intervenue moins de trois mois après la continuation d'exécution d'un contrat de concession exclusive¹¹²⁰. En l'espèce, la durée de la relation globale retenue peine à convaincre car sa durée comprend les mois de préavis¹¹²¹, l'allongement de la durée semble ainsi pour le moins artificiel. Une telle solution d'espèce suscite une question d'ensemble sur la caractérisation de la continuité d'exécution. Les comportements y concourant devraient être rapportés en détails¹¹²². La poursuite d'un contrat de fourniture devrait pouvoir être appréciée à l'aide de volumes de commandes comparables et la poursuite d'un contrat de prestation de services à l'aide de fréquences tout autant comparables. On somme de procéder ainsi car l'enjeu est grand dans la considération d'une relation globale : les quelques mois pendant lesquels la relation a été continué emporteront la prise en compte de plusieurs années de relation, bornées au sein de contrats qui ont réellement pris fin. Notre scepticisme à considérer une continuation d'exécution dans un intervalle long est sans doute moins grand mais il comporte une suggestion d'un autre ordre : celle de conduire la démonstration d'une relation établie à partir de la continuation d'exécution, sans possibilité de considérer une relation globale.

315. L'appréciation de la continuation d'exécution dans un intervalle long. Durant l'année qui a suivi le terme de leur contrat biennal de prestation, un grand distributeur a continué de

¹¹²⁰ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 24 juin 2020, n°17/02542, J.-D. n°2020-009001, en l'espèce, par un contrat de concession exclusive, le concédant confie au concessionnaire « *le droit exclusif de vendre ses produits, à savoir ses piscines monoques polyester marque Alliance Piscines sur le territoire de la Charente (16)* ». Les faits permettent de dater l'enchaînement des contrats. Le 26 octobre 2004, le premier contrat d'une durée de cinq années est conclu. Il est renouvelé jusqu'au 25 octobre 2011. Les relations commerciales entre le concédant et le concessionnaire ayant continué après cette date, un contrat à durée indéterminée a donc débuté au lendemain de l'expiration du contrat à durée déterminée renouvelé. Le concédant informe le concessionnaire de la cessation de leurs relations par lettre du 11 janvier 2012. Il l'organise avec un délai de trois mois, pour que le concessionnaire puisse passer les dernières commandes, et avec un délai de trois mois supplémentaires, pour que lui puisse les livrer.

¹¹²¹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 24 juin 2020, *ibid.*, les juges d'appel retiennent « *une relation commerciale établie d'une durée de 7 ans et 9 mois* ». La durée exprimée en années correspond à celles des deux contrats à durée déterminée de concession exclusive (le premier d'une durée de cinq ans et le second d'une durée de deux ans). Par contre, entre la continuation d'exécution au terme du contrat renouvelé, à partir du 26 octobre 2011, et le 11 janvier 2012, date à laquelle le concédant informe le concessionnaire de la rupture de leur relation, il ne s'est pas écoulé 9 mois. La durée de la relation globale telle qu'elle est appréciée par les juges inclut donc la période postérieure à la rupture, telle qu'elle avait été organisée par le concédant pour les dernières commandes et livraisons. D'après les faits de l'arrêt, elle courrait jusqu'au 11 juin 2012 (du 11 janvier 2012 au 11 avril 2012 pour les commandes du concessionnaire et du 11 avril 2012 au 11 juillet 2012, pour leur livraison par le concédant).

¹¹²² *Ibid.*, en l'espèce le concédant reproche à son concessionnaire de représenter une autre marque durant l'exécution du contrat de concession exclusive (la preuve n'a pas été rapportée). Quant au concessionnaire, il reproche au concédant d'avoir consenti à un autre concessionnaire l'exclusivité territoriale qui lui était accordée. D'après le constat dressé par huissier, cela se serait passé durant l'exécution du préavis. De part et d'autre l'exclusivité est discutée, et ce qui importerait de savoir c'est si elle a eu cours durant la période de continuation. Par ailleurs, les juges indiquent qu' « *au regard du caractère saisonnier de l'activité, la rupture notifiée peu avant le début de la période printemps été doit être prise en compte dans la durée de préavis* ». Ce caractère devrait aussi être apprécié eu égard de la continuation, celle-ci se déroulant, inversement, durant des mois d'automne hiver. L'activité durant ces mois devrait être comparée avec ce qu'elle a été durant les mêmes périodes précédentes (il faut comparer ce qui est comparable).

s'adresser à une agence de communication pour la conception de ses documents périodes d'information¹¹²³. Les juges retiennent une relation globale. En l'espèce, le maintien est durable en considération d'un temps relativement long. Mais une corrélation d'ordre général ne doit pas s'établir car, inversement, dans un autre arrêt, mettant en présence d'un intervalle plus long que précédemment, la relation globale n'a pas été retenue¹¹²⁴. En l'occurrence, l'examen précis des circonstances a permis aux juges de retenir une période de négociation plutôt qu'une continuation¹¹²⁵. Ayant précédemment relevé que l'exclusion du mécanisme de la tacite reconduction par une stipulation contractuelle peut être considéré comme un élément précarité, il peut l'être d'autant plus quand il s'agit d'envisager la continuation des relations. Néanmoins, en doctrine, on en appelle à vérifier « *la cohérence entre la volonté exprimée de ne pas s'engager durablement et la réalité des pratiques constatées*¹¹²⁶ ». La vérification voudrait qu'une clause de non-reconduction tacite soit corroborée par une absence de continuation de la relation dans les mêmes conditions. Au cas où une continuation est observable, elle devrait être attentivement appréciée comme on l'a précédemment préconisé pour ne pas que la relation globale soit reconnue trop aisément. Il faut vérifier que la relation s'est poursuivie dans des conditions sinon similaires, du moins très proches, qu'elle a conservé en somme la même économie. À défaut, ne faudrait-il pas plutôt isoler la seconde relation plutôt que de forcer la reconnaissance d'une relation globale ? On le préconise car ce faisant, on redonne au terme extinctif son plein effet et ce n'est pas parce qu'il le produit que la caractérisation d'une relation établie est impossible. Lorsque les relations se poursuivent, la tacite reconduction donne naissance à un contrat à durée indéterminée, susceptible de donner lieu à la caractérisation recherchée à condition de la démontrer. Ainsi une relation établie

¹¹²³ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 01 déc. 2021, n°20/06811, J.-D. n°0, en l'espèce, une agence de communication conçoit pour un grand distributeur des « Newsletters » et des « Lettres aux actionnaires ». Leur contrat de prestation est à durée déterminée (prise d'effet : 24 février 2015 et date de fin : 24 février 2017). Après qu'il a pris fin, des commandes ont continuées d'être passées. Elles portaient sur les mêmes documents périodiques d'information. La relation s'est ainsi poursuivie durant l'année 2018 jusqu'à ce que le grand distributeur y mette fin. Les juges retiennent l'existence d'une relation établie d'une durée de trois années.

¹¹²⁴ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 10 janv. 2018, n°15/02432, J.-D. n°0, en l'espèce un contrat de distribution exclusive a été signé le 10 août 2007, pour une durée déterminée de trois ans, étant précisé que « [...] son renouvellement était conditionné à un accord exprès et écrit des parties avant son échéance (article 10) ». Arrivé à son terme le 10 août 2010 et en l'absence d'accord formel des parties pour son renouvellement, « les relations commerciales entre les parties se sont poursuivies de manière informelle jusqu'au 11 janvier 2012 », soit pendant un an et cinq mois. Dans leur solution, les juges indiquent que le distributeur « est mal fondé en toutes ses demandes de dommages-intérêts pour rupture brutale et le jugement entrepris sera confirmé en ce qu'il l'a déboutée de l'intégralité de ses demandes et l'a condamnée aux dépens ».

¹¹²⁵ *Ibid.* : « [...] les parties ont choisi d'inscrire leur relation commerciale dans le cadre d'un contrat à durée déterminée, sans possibilité de tacite reconduction et que faute d'accord écrit sur les conditions de sa poursuite, préalablement à son terme, le contrat du 10 août 2007 est venu à expiration le 10 août 2010, ce terme étant connu depuis l'origine par [le distributeur exclusif]. A compter du 11 août 2010, il s'en est donc suivi une période de relations nécessairement précaires, résiliables à tout moment, au cours de laquelle les parties étaient libres de convenir d'un nouveau contrat de distribution ou de nouer des relations avec d'autres partenaires. L'envoi de propositions de nouvelles conditions générales de distribution [...] par courriel du 25 mai, retournées avec des propositions de modifications [du fournisseur], par courriel du 23 juin 2011 précisant « nous en reparlerons de manière à trouver le meilleur accord possible pour les deux parties », s'inscrit dans le cadre de négociations en vue de la signature d'un nouvel accord et ne démontrent aucunement ni que [le fournisseur] ait accepté les propositions [du distributeur] et ni qu'elle se soit engagée à poursuivre des relations contractuelles pérennes. Il ne ressort d'aucun élément que cette dernière ait pu raisonnablement croire à leur nécessaire poursuite et ce, d'autant que le 28 décembre 2011, [le fournisseur] lui a rappelé la nécessité de rediscuter des conditions de vente pour l'avenir ».

¹¹²⁶ G. CHANTEPIE, La précarité des relations commerciales, CCC n°11, nov. 2012, ét. 11, spéc. 23.

pourra être caractérisée, mais à compter du début du contrat à durée indéterminée. Cette situation a l'avantage de préserver l'effet extinctif du terme du contrat tout en laissant possible l'application l'article L. 442-1, II du Code de commerce.

B. La latence d'autres contrats

316. Des contrats à révéler. Lorsque les parties n'ont pas rédigé le contrat, cela ne signifie pas qu'il n'y a pas de contrat entre elles. Il peut être révélé par le truchement du contrat verbal (1) et être isolé d'autres documents d'affaires (2).

1. Le truchement du contrat verbal

317. L'identification d'une ellipse. Dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 27 février 2020, on lit que « *[la victime] fournit des factures régulières dûment acquittées et des extraits de sa comptabilité qui établissent l'existence de relations commerciales régulières et stables avec [l'auteur] depuis 2009*¹¹²⁷ ». Les juges affirment conséquemment que « *l'existence d'une relation commerciale établie peut exister en l'absence de tout contrat écrit* » et ajoutent que c'est à la condition que les critères de qualification soient remplis¹¹²⁸. À défaut de contrat, certains documents suffisent. Pour nous, il y a une ellipse dans cette façon de faire la démonstration. Les factures versées à titre probatoire sont des pièces comptables¹¹²⁹ et leur étude approfondie renseigne sur leur propension à représenter le lien contractuel¹¹³⁰. Ainsi, si la facture suppose un contrat, dans l'arrêt précité, les juges ne l'ont pas recherché alors qu'ils recourent parfois au contrat verbal pour révéler le cadre contractuel.

318. La facture révélatrice du contrat. Dans son introduction et dans la première partie de sa thèse consacrée à la facture, Monsieur Kévin Magnier-Merran la replace dans son environnement contractuel. Il explique que « *les signes présents sur ce document n'auraient a priori pour seul*

¹¹²⁷ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 27 fév. 2020, n°17/19061, J.-D. n°Ø.

¹¹²⁸ *Ibid.*, les juges ayant précédemment indiqué « *que la relation commerciale, pour être établie au sens de ces dispositions, doit présenter un caractère suivi, stable et habituel ; que le critère de stabilité s'entend de la stabilité prévisible, de sorte que la victime de la rupture devait pouvoir raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial* ».

¹¹²⁹ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, *ibid.*, V° *Facture*.

¹¹³⁰ K. MAGNIER-MERRAN, La facture, th. dactyl., Univ. Strasbourg, 2015, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01346839>. La première partie de la thèse est intitulée : « *Facture et contrat : l'institution saisie dans sa dimension contractuelle* », son titre 1 : « *La facture, mode de représentation du lien contrat : la pérennité d'une relation classique* » et son chapitre 1 : « *De la facture et du principe de liberté de la preuve en matière commerciale : une propension naturelle à la représentation du lien contractuel* ».

objectif que de « doubler » une existence contractuelle mais non de la créer¹¹³¹ ». La facture se rapporte à un contrat. En outre, il fournit une indication éclairante, d'ordre chronologique, situant le contrat avant la facture¹¹³². Cela gagne à être rappelé quand la jurisprudence semble, en notre matière, ne pas procéder à la reconstitution complète de la relation. En tant qu'« outil récapitulatif du passé¹¹³³ », la facture est une « synthèse des obligations nées préalablement, au jour de la conclusion du contrat, intégrant au besoin la trace des divers avenants contractuels¹¹³⁴ ». Le document alors offre une synthèse dynamique, à laquelle une qualité de fidélité s'ajoute car « aussitôt émise ou produite en justice pour servir la preuve de l'existence d'un droit, une entreprise de vérification viendra anéantir, si besoin, toute distorsion entre la facture et les strates qui lui sont supérieures au sein de la pyramide des normes contractuelles¹¹³⁵ ». Dans l'arrêt susvisé, l'auteur de la rupture ne conteste pas l'existence de relations régulières et stables avec la victime¹¹³⁶. Les factures versées par la victime sont alors un fidèle reflet des obligations exécutées par chacune des parties¹¹³⁷. Si les factures sont versées à la place du contrat, ce peut être que la matérialité de ce dernier fait défaut et il pourrait donc s'agir de considérer un contrat verbal.

¹¹³¹ *Ibid.*, spéc. 3, intitulé du paragraphe afférent : « La facture : une image contractuelle paisible ». Il la désigne aussi comme une « redite contractuelle » (spéc. 14).

¹¹³² *Ibid.*, spéc. 4 : « L'emprise de la technique sur le document est surtout perceptible lorsque la facture constitue la dernière étape d'une relation d'affaires », spéc. 6 : « [...] le document s'avère post-contractuel ».

¹¹³³ *Ibid.*, spéc. 6, 15 : « Comme un symbole de l'écoulement du temps contractuel, la facture met à l'épreuve la patience du créancier et peut en ce sens, à l'inverse de ce que commande son essence au coloris de finitude, ouvrir une nouvelle période contractuelle à travers la notion d'impayé », et 16.

¹¹³⁴ *Ibid.*, spéc. 8 et in fine « La facture symbolise alors la marque d'une aliénation désirée et temporaire des volontés dont on oublie peut-être vite qu'elle est le reflet du principe de la force obligatoire attaché aux conventions. La facture en est, d'ailleurs, peut-être, l'expression formelle ».

¹¹³⁵ *Ibid.*, spéc. 7 et 9 : « Car ne nous y trompons guère, si la facture est le résultat, dans la production de l'acte juridique, d'une seule volonté, elle ne reflète absolument en rien une volonté unique mais bien au contraire une cristallisation de deux volontés. C'est en cela que le document s'avère être également contractuel : si son élaboration est unilatérale, son contenu est contractuel et doit s'avérer conforme aux volontés des parties, c'est-à-dire à « une conciliation des intérêts contradictoires » ce qui est antinomique de l'acte unilatéral tel qu'il est traditionnellement compris. Nous percevons alors immédiatement à quel point la facture est en état de dépendance juridique vis-à-vis du contrat ; la facture ne peut pas créer, elle doit retranscrire et c'est sa fidélité contractuelle qui lui assure sa légitimité ».

¹¹³⁶ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 27 fév. 2020, *ibid.* : « [...] [la victime] fournit des factures régulières dûment acquittées et des extraits de sa comptabilité qui établissent l'existence de relations commerciales régulières et stables avec [l'auteur] depuis 2009, ce que ne conteste pas [l'auteur], [ce dernier] soutenant uniquement la précarité de la relation en raison de mises en concurrence systématiques ; Mais considérant qu'il n'est pas établi que les parties étaient convenues d'une relation commerciale précaire, soumise à la mise en compétition entre sous-traitants concurrents, [l'auteur] n'apportant aucun justificatif d'un tel procédé, ni aucun courrier ou appel d'offre qui ferait référence à cette mise en concurrence alléguée ».

¹¹³⁷ K. MAGNIER-MERRAN, La facture, *ibid.*, spéc. 24 : « Reflet fidèle du contrat, la facture traduit en principe l'aboutissement d'un point de justesse, au nom d'une interprétation rigoureuse de la théorie de l'autonomie de la volonté que Fouillée viendra résumer par sa formule célèbre « qui dit contractuel dit juste » suite à sa première mise en lumière par Kant. La théorie de l'autonomie de la volonté postule que le juge ne puisse modifier le contrat, son intangibilité ayant pour seule limite naturelle l'accord mutuel des parties. Autrement dit, la force obligatoire impose le contrat au juge dans toute sa teneur, ainsi que sa suite contractuelle constituée par la facture ».

319. La reconstitution d'un cadre contractuel. Les juges reconnaissent l'existence de contrats verbaux¹¹³⁸, mais l'hypothèse est considérée comme marginale¹¹³⁹. Le principe du consensualisme s'applique mais les difficultés probatoires se font plus grandes¹¹⁴⁰ faute d'écrit. Si les éléments rapportés par la partie qui se prévaut dudit contrat prouvent l'existence de celui-ci, prouvent-ils aussi l'existence de relations établies ? En 2018, les juges de la Cour d'appel de Paris indiquent que « *la relation établie peut résulter de la succession de contrats indépendants les uns des autres, conclus verbalement, dès lors que la victime pouvait légitimement considérer que, par son ancienneté, son intensité et sa stabilité, la relation s'installait dans la durée*¹¹⁴¹ ». La victime avait fourni des factures et des devis pour justifier la récurrence des prestations avec l'auteur. Pour les juges, cet ensemble de documents établit la stabilité et le caractère prévisible de la relation. Si la relation établie est ainsi démontrée pourquoi les juges précisent-ils qu'il s'agit de contrats verbaux ? Pour nous, l'ajout n'est pas anodin. Il n'est pas seulement propre aux faits d'espèce¹¹⁴² car il figure dans d'autres arrêts : que le contrat y soit explicitement¹¹⁴³, ou implicitement¹¹⁴⁴, visé.

¹¹³⁸ Cass. com., 03 oct. 2000, n°97-14.433, J.-D. n°Ø, arrêt de rejet confirmant l'existence d'un contrat verbal : « [...] loin de se borner à faire état de lettres manifestant l'offre [du fournisseur] de considérer M. X... comme distributeur exclusif, l'arrêt retient trois documents émanant [du fournisseur], dont une lettre adressée à M. X... qui constate qu'il prend la distribution exclusive de certains de ses produits, une lettre adressée à un tiers qui affirme que M. X... a pris la distribution pour la France et une attestation qui confirme que la société [...], dont fait partie M. X..., a le droit de distribution exclusive de ses produits ; que la cour d'appel a ainsi motivé sa décision ». CA Versailles, Ch. 12, sect. 02, 01 juill. 2010, n°09/03348, J.-D. n°2010-021180, « [un prestataire] et [un sous-traitant] étaient en relations contractuelles suivies et continues depuis plus de trois années ; que dans le cadre de ces relations [le sous-traitant] effectuait des prestations de formation ; qu'[il] justifie qu'[il] a fait intervenir des formateurs pour les périodes correspondant aux factures dont [il] demande paiement ; qu'[il] justifie par ailleurs avoir vainement tenté de se faire régler ses factures en application de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, par [le donneur d'ordres] qui lui [a] indiqué que les prestations dont s'agit avaient été réglées [au prestataire] ; que dans ces conditions, [le sous-traitant] justifie tant de l'existence du contrat verbal entre [le prestataire] et [lui] que de son exécution ».

¹¹³⁹ Ph. SIMLER, Interprétation des contrats, Synthèse in JCI Civil Code, 20 juin 2021, spéc. 20 : « Dans un système fondé sur le consensualisme, on ne peut exclure la nécessité d'interpréter, le cas échéance, un contrat verbal. L'hypothèse reste cependant marginale. Ce sont quasiment toujours des écrits qui sont soumis au juge aux fins d'interprétation, et non un acte de volition resté purement interne. [...] ».

¹¹⁴⁰ M. MATHEY, Période précontractuelle. – Offre. Acceptation, JCI Contrats Distribution, fasc. 25, maj 15 oct. 2021, spéc. 52 et 53 : « Si la formation du contrat est consensuelle, il ne faut pas négliger les difficultés de preuve qui peuvent surgir. Un contrat peut certes être conclu par un simple accord verbal (Cass. com., 03 oct. 2000, n°97-14.433, *ibid.*) mais sa preuve sera parfois rendue difficile en l'absence d'écrit ».

¹¹⁴¹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 28 sept. 2018, n°17/08310, J.-D. n°2018-025090.

¹¹⁴² *Ibid.*, en l'espèce l'auteur prétend qu'un accord-cadre doit nécessairement régir l'ensemble des relations et comprendre la garantie d'un chiffre d'affaires, sa prétention est rejetée, « *la relation établie peut résulter de la succession de contrats indépendants les uns des autres, conclus verbalement, dès lors que la victime pouvait légitimement considérer que, par son ancienneté, son intensité et sa stabilité, la relation s'installait dans la durée* ».

¹¹⁴³ Par ex., CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 19 sept. 2014, n°12/05845, J.-D. n°Ø « [...] en notifiant la résiliation du contrat verbal dans ses conclusions signifiées le 19 juin 2012 devant la cour, la société PAD a rompu brutalement une relation commerciale établie depuis une dizaine d'années au moins, au sens de l'article L 442-6, I, 5° du code de commerce ». D'après les faits d'espèce, les parties exploitent deux entreprises concurrentes distribuant des éponges et l'une (la SAS PAD) rémunère l'autre (la Sarl MONDIAL D'ÉPONGES) par des commissions calculées sur le chiffre d'affaires réalisé avec une autre entreprise. Il est précisé que « *les factures étaient établies semestriellement à partir des déclarations qui lui faisait la société PAD* ».

¹¹⁴⁴ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 09 janv. 2014, n°12/01496, J.-D. n°Ø : « La Cour constate que l'examen de ces pièces établit que [le transporteur sous-traitant] a entretenu avec [le donneur d'ordres] des relations commerciales régulières, du mois d'août 2009 au mois de septembre 2011. C'est ainsi, en particulier, que l'appelant [le transporteur sous-traitant] produit la copie des courriers électroniques par lesquels [le donneur d'ordres] a accepté en juillet 2009 l'offre commerciale qu'elle lui avait soumise et a décidé de recourir désormais à ses services (courriers électroniques des 17 et 20 juillet 2009 ' pièce n°35). Elle produit également les factures qu'elle a émises mensuellement d'août 2009 à septembre 2011, et qui récapitulent chaque ordre de livraison donné par [le donneur d'ordres], avec l'indication de son prix et de ses caractéristiques (pièces n°6 à 31), le nombre moyen de livraisons

La chronologie imposée par la facture est respectée. Faisant nécessairement suite à un contrat, mais à défaut de preuve matérielle de celui-ci, il faudrait alors considérer qu'il est verbal. Ainsi, la démonstration de relations établies au moyen de factures, même si elle se veut hors du cadre contractuel, s'y retrouve. La reconnaissance de contrats verbaux pourrait en être facilitée et cela pourrait contredire leur marginalité. Il faut toutefois nuancer en considérant l'absence d'automatisme entre la production de factures et l'établissement de relations établies¹¹⁴⁵. D'autres documents peuvent être versés en complément des factures pour soutenir la démonstration d'une relation établie : si certains peuvent relever du cadre contractuel d'autres en sont exclus.

2. L'isolement de documents contractuels parmi les documents d'affaires

320. Les factures versées à titre de preuve d'un fait juridique. Les juges caractérisent des relations établies à partir des seules factures, aisément lorsqu'elles sont versées en nombre¹¹⁴⁶ et précisément lorsque ce nombre varie dans le temps¹¹⁴⁷. À défaut de contrat dont la matérialité peut être constatée et à défaut pour les juges de retenir un contrat verbal, on s'est demandé si la facture pouvait être le contrat. D'après sa définition juridique, « *en matière commerciale, [elle] fait preuve du contrat lorsqu'elle est acceptée*¹¹⁴⁸ » et elle « *équivaldra à un acte sous seing privé, lorsqu'elle*

faites par mois s'établissant à 66 en 2009, 64 en 2010 et 42 en 2011 et le nombre total d'ordres donnés durant la période considérée s'élevant à 1494. Ces factures attestent donc de la continuité et de la régularité des relations commerciales que les deux sociétés ont entretenues durant cette période ». En l'espèce, un contrat existe, né de la rencontre de l'offre du transporteur sous-traitant et de l'acceptation du donneur d'ordres ; les factures versées à titre probatoire en sont issues.

¹¹⁴⁵ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 08 juill. 2020, n°18/21723, J.-D. n°0 : « *En conséquence et au vu des pièces produites, leur demande tendant à voir constater que [le fournisseur] a rompu de façon brutale et abusive la relation contractuelle existant avec eux, propriétaires du fonds de commerce exploité en location gérance par la société Normachoc doit être rejetée : - faute de preuve du prétendu contrat de distribution exclusive verbalement conclu entre les parties et susceptible d'avoir été transmis par eux, en leur qualité de propriétaire d'un fonds de commerce, dans le cadre du contrat de location gérance produits aux débats - et faute de preuve d'un courant d'affaires suivi, stable et habituel entre les parties, en l'état notamment du libellé, non contesté, au nom de la société Normachoc, des factures produites (pièce 16 à 16-5) comme de l'échange de mails invoqués par [le fournisseur] [...]* ».

¹¹⁴⁶ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 14 mars 2013, n°10/17628, J.-D. n°2013-004510 : « *Contrairement à l'affirmation [du client], la durée de deux ans et demi de cette relation commerciale entre les parties n'est pas insuffisante pour caractériser la relation d'affaires durable au sens des dispositions légales invoquées'. Les factures versées au débat et l'attestation de l'expert-comptable de [l'agence de communication] du 23 septembre 2010 démontrent la réalité, la régularité et l'importance des prestations réalisées par cette dernière pour le compte [du client], puisqu'il y a eu 54 factures en 2005 pour un montant total de 205.484 €, 72 factures en 2006 pour un montant total de 193.597 € et 72 factures en 2007 pour un montant total de 196.473 €. L'existence de relations commerciales établies entre les parties pendant une durée de deux ans et demi est donc acquise* ».

¹¹⁴⁷ CA Colmar, 1^{ère} ch. civ., sect. A, 13 mai 2013, n°11/05060, J.-D. n°2013-009500 : « *[...] [l'agence de communication] produit des factures de 2005 et de 2006, ainsi que trois factures de février et mars 2007, et une facture d'octobre 2007 ; Attendu que ces factures ont trait à des réalisations de brochures et à des prestations destinées au site internet [du fabricant] ; Attendu que ces factures ont été régulièrement émises tous les deux ou trois mois, et que d'après la totalisation effectuée par [le fabricant], le montant de ce qu'elle a réglé en 2005 représente 34.535 €, tandis que le montant de ce qu'elle a réglé en 2006 représente 36.809 € ; Qu'il y a eu trois factures de 1966 €, 1790 € et 1320 € en février et mars 2007, puis une facture de 450 € en août 2007 et une facture de 780 € en octobre 2007 ; Attendu qu'il y a donc eu effectivement des relations commerciales habituelles en 2005 et en 2006 au moins, tandis qu'en 2007, ces relations d'affaires ont pratiquement cessé à compter du mois de mars* ».

¹¹⁴⁸ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, *ibid.*, V° *Facture*. La définition renvoie à l'article L. 110-3 du Code de commerce, siège de la liberté de la preuve en matière commerciale. E. RIPERT, Essai sur la vente commerciale, Paris, A. Marescq aîné, 1875, 1 vol., 254 p., consulté sur Gallica, spéc. pp. 225-226 : « *[...] Pour que la facture fasse preuve, d'après les termes de l'art.*

*aura été acquittée*¹¹⁴⁹ ». Cependant, le fait qu'elle émane d'une seule partie empêche cette dernière de la verser pour le prouver car « *nul ne peut se constituer de titre à soi-même*¹¹⁵⁰ ». L'unilatéralité inhérente à la facture limite la portée de sa capacité probatoire¹¹⁵¹ ; quand bien même la facture serait le contrat, elle ne pourrait pas être versée pour le prouver. Dans sa thèse, Monsieur Kévin Magnier-Merran s'emploie à relativiser cette limite en mettant en exergue la pertinence de la facture en tant que document établi obligatoirement¹¹⁵². Par ailleurs et à défaut pour la facture d'être un titre, sa capacité probatoire est certainement limitée mais pas anéantie car elle peut efficacement prouver un fait juridique. La facture peut prouver la réalité d'une relation d'affaires¹¹⁵³. C'est alors que la distinction entre le titre et le contrat d'une part et les comportements et la relation d'autre part est soulignée en notre matière. Les premiers ne sont pas requis pour la démonstration de la relation établie, on en a pourtant fait notre angle d'étude pour les raisons avancées précédemment et parce qu'à ce stade on sait que ce serait se priver des informations cruciales qu'ils renferment. On se rend compte aussi qu'avec la matière probatoire qui nous fait opposer les contrats aux relations, il manque une dimension relationnelle à certains d'entre eux. Les contrats cadres, les contrats de franchise, de concession ou encore de commission-affiliation constituent un point de convergence des intérêts en présence. En outre, dans ces contrats, une dimension tridimensionnelle s'ajoute à leur caractère bilatéral. Ces adjectifs ne ressortent pas du vocabulaire juridique, on les sait inappropriés mais on ne le fait aucunement pour défier, seulement pour rendre compte que la notion de contrat est empêchée ; l'obstacle qui la limite est la notion elle-même. Le contrat synallagmatique engendre des obligations réciproques¹¹⁵⁴ et interdépendantes¹¹⁵⁵, il génère un lien de droit, mais il lui est impossible de tenir compte de ses modifications dans le temps : qu'il se délite ou se densifie. C'est dans cette impossibilité que la notion de relation établie trouve à prospérer. Et elle pourrait continuer ainsi car si les nouvelles dispositions insérées dans le code civil, afférentes à la durée du contrat, l'inscrivent dans le temps, au moyen des mécanismes de prolongation reconnus, elles ne prévoient pas le sort des contrats qui ont été renouvelés. Il n'est pas prévu que la succession de contrats renouvelés soit autre chose

109 C. com., il faut qu'elle soit acceptée, c'est-à-dire que celui auquel on l'oppose ait indiqué, sur l'exemplaire remis à son cocontractant, son approbation suivie de sa signature (Cass., 19 juin 1872, D. P., 73, 1, 128). Ce n'est pas que cette approbation doive être nécessairement formelle pour la validité de la vente, car il arrivera le plus souvent que le silence seul de l'acheteur fera présumer la formation du contrat, qui lui était proposé ».

¹¹⁴⁹ L. GRYNBAUM, Preuve, in L. VOGEL, Rép. de droit commercial, Dalloz, mars 2010, maj oct. 2020, spéc. 143, citant R. SAVATIER, La facture et la polyvalence de ses rôles juridiques en droit contemporain, RTD com. 1973. I).

¹¹⁵⁰ C. civ., art. 1363.

¹¹⁵¹ K. MAGNIER-MERRAN, La facture, *ibid.*, spéc. 65.

¹¹⁵² *Ibid.*, spéc. 87-93. C. com., art. L. 441-9.

¹¹⁵³ *Ibid.*, spéc. 73 : « En charge de déceler une vraisemblance, la magistrature économique ne semble pas indifférente aux informations portées sur une facture produite devant elle. Qu'il s'agisse de démontrer la réalité d'une relation d'affaires, l'existence d'une société créée de fait ou d'un rapport fondamental pouvant « sauver » la traite irrégulière, la production de factures en tant qu'éléments imprimant la conviction des magistrats est indéniable ».

¹¹⁵⁴ C. civ., art. 1106, al. 1 : « Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres ».

¹¹⁵⁵ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, *ibid.*, V° Synallagmatique.

qu'une succession de contrats renouvelés alors même qu'en parallèle la démonstration de relations établies se précise. Elle parvient à combiner le contrat à la relation, d'autres documents pouvant encore venir étayer celle-ci.

321. Les autres documents d'affaires. Les factures participent, avec d'autres éléments, à la démonstration de relations commerciales établies¹¹⁵⁶ ; ensemble ils forment un faisceau d'indices. Parmi eux, si certains peuvent être des contrats d'autres ne le sont assurément pas.

322. La diversité et la multiplicité des formes et des supports du contrat. Elles peuvent d'abord s'envisager avec l'article L. 212-1 du Code de la consommation¹¹⁵⁷. Il ouvre le chapitre consacré aux clauses abusives et les situe dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs. L'article rend, *in fine*, ses dispositions applicables « *quels que soient la forme ou le support du contrat*¹¹⁵⁸ » et fournit une liste non-exhaustive pour l'illustrer, comprenant : « *des bons de commandes, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraisons, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies* ». On souscrit à l'analyse subséquente fournie dans la thèse consacrée à la facture : « *de manière indubitable, en spécifiant que des clauses portées sur de tels documents étaient opposables et en ce sens abusives, il faut comprendre que le législateur leur confère en même temps valeur contractuelle*¹¹⁵⁹ ». La diversité des documents contractuels telle qu'elle a été identifiée dans les rapports entre professionnels et consommateurs, entre professionnels et non professionnels¹¹⁶⁰, devrait pouvoir être reproduite entre professionnels, usant des supports visés et d'autres encore. Si tous ne peuvent être des contrats, il faut considérer que certains d'entre eux puisse l'être dès lors qu'ils revêtent par exemple les signatures des deux parties. En ce sens, la jurisprudence distingue les devis validés de ceux qui ne l'ont pas été¹¹⁶¹ pour l'établissement d'une

¹¹⁵⁶ Par ex. : CA Amiens, Ch. éco., 17 janv. 2013, n°10/04885, J.-D. n°2013-001477 : « *Le texte de l'article précité fait référence à une relation 'commerciale' et non contractuelle, et ne dit pas que cette relation doit être exclusive, si bien qu'il s'applique à des relations s'inscrivant dans la durée, même si les parties n'ont contracté que des engagements ponctuels, sans contrat cadre, ou si les relations d'affaires se sont nouées de manière informelle. En l'espèce, il ressort des pièces susvisées, notamment du terme 'collaboration' utilisé dans sa lettre de rupture par l'appelante, des diverses factures anciennes produites par l'intimée et de l'attestation de son expert-comptable que les parties entretenaient une relation commerciale s'inscrivant dans la durée qui a pu raisonnablement autoriser l'intimée à penser que cette relation pouvait se poursuivre avec la même stabilité dans l'avenir. Il existait donc bien une relation commerciale établie entre les parties* ».

¹¹⁵⁷ K. MAGNIER-MERRAN, La facture, *ibid.*, spéc. 39.

¹¹⁵⁸ C. consom., art. L. 212-1, *in fine*.

¹¹⁵⁹ K. MAGNIER-MERRAN, La facture, *ibid.*

¹¹⁶⁰ G. RAYMOND, Clauses abusives, JCI Concurrence – Consommation, fasc. 820, maj A. PIMBERT, janv. 2022, points-clés, 2 : « *Pour qu'il y ait clause abusive, il faut un contrat, proposé par un professionnel à un consommateur ou à non-professionnel* ».

¹¹⁶¹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 31 juill. 2019, n°16/21441, J.-D. n°Ø : « [...] s'agissant des prestations réalisées sur le site « Air France » de Toulouse, [la victime] ne communique aucune pièce démontrant le point de départ de la prestation réalisée par elle. En revanche, [l'auteur] produit des devis émis par [la victime] à l'égard de la société Saint-Exupéry pour le gardiennage du terrain Air France pour les périodes d'août 2011 au 2 janvier 2012, validés par elle, d'octobre 2012 au 2 janvier 2013, validé par elle, d'août 2013 au 2 janvier 2014, non validé par elle », on souligne.

relation établie. D'autres arrêts abondent de documents qui inversement ne peuvent absolument pas être inclus dans la matière contractuelle.

323. Les autres documents probatoires. Parmi eux, **les extraits de comptabilité** figurent en bonne place. On les a déjà rencontrés lorsqu'il s'est agi d'expliquer comment démontrer le critère d'intensité. Il est implicitement visé par les juges lorsqu'ils relèvent qu'il manque des documents comptables pour attester de la croissance du chiffre d'affaires de la victime avec l'auteur, de son caractère significatif et de « *l'importance de la part de celui-ci dans son activité*¹¹⁶² ». Par ailleurs, en plus des factures versées, **une attestation d'expert-comptable** peut venir corroborer la durée de la relation entretenue entre le prestataire de services de gardiennage et celui qui y a recouru¹¹⁶³. En revanche, une attestation incomplète et des factures annuelles de remises de fin d'année¹¹⁶⁴, des extraits de grand livre et des échanges de courriels¹¹⁶⁵ semblent insuffisants à démontrer la relation établie s'ils n'ont pas été versés avec les factures, cela signifierait donc que ces divers documents ne peuvent efficacement se substituer à ces dernières. Enfin, lorsqu'une relation établie est caractérisée, les litigants sont souvent en désaccord sur le point de savoir quand est-ce que celle-ci a débuté. La partie en demande fournit d'autres documents pour lui permettre de se prévaloir d'une antériorité qu'elle souhaite la plus lointaine possible. Mais on relève qu'un cahier

¹¹⁶² CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 31 janv. 2020, n°18/01599, J.-D. n°Ø : « [...] elle ne verse aux débats aucun élément de sa comptabilité afférente à son activité avec la société Orange. Elle se borne à affirmer, sans produire aucune pièce afférente, que son chiffre d'affaires est passé de 2.531.817 euros à 11.526.037 euros en 2008, que le volume de son chiffre d'affaires a connu une augmentation constante et régulière depuis plus de 6 années antérieurement à la rupture des relations commerciales en 2009, et que les contrats ont été renouvelés de fait pendant 17 ans, de sorte qu'elle était légitime à anticiper leur nouveau renouvellement. Ce faisant, elle ne justifie pas de son chiffre d'affaires réalisé avec l'intimée entre 1992 et 2009, ni son caractère significatif, ni sa progression constante, ni l'importance de la part de celui-ci dans son activité ».

¹¹⁶³ CA Paris, Pôle 01, Ch. 02, 06 juin 2019, n°18/27682, J.-D. n°Ø : « Ces factures suffisamment nombreuses démontrent la réalité de relations contractuelles régulières entre les parties existant depuis plus de deux décennies. Par ailleurs [la victime] a produit en cause d'appel une attestation de son expert-comptable, [...], selon laquelle la société Isac Distribution a été cliente de [la victime] de façon ininterrompue pendant 26 années de 1992 à fin juin 2018. La réalité de relations contractuelles établies pour un volume conséquent est encore démontrée par les informations données par la partie intimée en ce qui concerne son chiffre d'affaires sur les derniers exercices avec la société Isac Distribution, informations qui ne sont pas spécialement contestées ».

¹¹⁶⁴ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 05 juin 2019, n°16/16027, J.-D. n°2019-009733 : « Ces seuls éléments ne peuvent suffire à démontrer une relation commerciale établie de 20 années entre les sociétés Agrobiothers et Aquatlantis, l'attestation de l'expert-comptable ne pouvant être probante dès lors qu'elles ne précisent pas quelle société du Groupe Agrobiothers était concernée, à quelle date les échanges commerciaux ont débuté et quelle était leur intensité afin de caractériser un flux d'affaires suffisant pouvant constituer une relation commerciale établie. Par ailleurs, cette pièce n'est corroborée par aucun document comptable de la société Agrobiothers venant aux droits de la société G. & Cie. En outre, trois factures de RFA [Ristournes de Fin d'Année] pour les années 2006, 2007, et 2008 ne peuvent permettre de démontrer une poursuite des relations commerciales à compter de l'année 2008 jusqu'en 2012, date de la première rupture alléguée, de sorte que la société Agrobiothers ne prouve pas avoir eu un flux d'affaires régulier avec la société Aquatlantis avant la rupture pouvant lui permettre raisonnablement d'anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec cette dernière ».

¹¹⁶⁵ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 31 juill. 2019, n°16/21441, *ibid.* : « [la victime] ne démontre pas l'effectivité des 64 chantiers pour lesquelles [l'auteur] aurait fait appel à elle depuis l'année 2008, la seule communication de son grand-livre ne pouvant y suffire, alors que cette dernière conteste être l'interlocuteur de [la victime]. De même, les échanges de courriels ne démontrent pas plus la nature du flux d'affaires entre les parties, s'agissant de prestations ponctuelles, la réalité des prestations réellement commandées et facturées n'étant pas ainsi justifiée. En effet, les bons de commandes comme les factures ne sont pas communiquées par [la victime], de sorte que la cour n'est pas en mesure de vérifier l'entité juridique avec laquelle cette a contracté, ni le flux d'affaires concerné ».

comptable manuscrit contenant seulement des initiales supposées être celles de l'auteur¹¹⁶⁶, ou son tampon¹¹⁶⁷, et des photographies de séminaires sur lesquelles l'auteur est présent¹¹⁶⁸, échouent à établir le commencement des relations afférentes.

324. Remarque conclusive du §2 : l'influence déterminante du contrat. Les relations établies hors des contrats sont chimériques. Le contrat resurgit avec la tacite reconduction, mécanisme en vertu duquel un contrat est ajouté là où il n'y en avait plus. D'autres contrats sont latents, et en dépit d'avoir à être parfois révélés, ils n'en sont pas moins existants. À l'opposé, des documents qui ne peuvent pas être considérés comme des contrats, ne peuvent à eux-seuls participer à la qualification de la relation établie. En conséquence, le contrat ne devrait plus être tenu à distance pour sa démonstration. Il faut toutefois encore cerner quelle influence il peut avoir s'agissant des applications faites de la notion, quand on sait qu'un appel d'offres peut faire l'objet d'un contrat et que, pourtant, il *précarise* la relation.

SECTION 2 : LES APPLICATIONS VACILLANTES DE LA NOTION

325. Des bornes flottantes. La vérification du triptyque *suivi, stable et habituel* participe à la démonstration de la relation établie. *A contrario*, en présence d'une relation discontinue, précaire et inhabituelle, l'article L. 442-1, II du Code de commerce ne devrait pas s'appliquer. Suffit-il néanmoins de renverser les caractères, en prenant leurs opposés, pour connaître des limites de l'application de la notion. Les relations précaires et discontinues rendent-elles automatiquement les dispositions inapplicables ? La jurisprudence leur réserve-t-elle le même traitement ? On peut

¹¹⁶⁶ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 28 mars 2018, n°15/10585, J.-D. n°2018-004755 : « *Les sociétés [du distributeur] et [du fournisseur] s'accordent sur l'existence de relations commerciales établies. Néanmoins, elles sont en désaccord sur le début de ces relations [...]. Si [le fournisseur] prétend que les relations commerciales ont débuté en 1991, [le distributeur] soutient, quant à [lui], qu'elles remontent à l'année 2000. [Le fournisseur] verse aux débats une attestation de son expert-comptable récapitulant le chiffre d'affaires réalisé par elles avec [le distributeur] depuis l'année 2000 (pièce 7). Elle produit également un cahier comptable manuscrit (pièce 12), retraçant ses ventes entre 1990 et 1995 ; si [le distributeur] La Halle aux vêtements, désignées sous ses initiales H. A. V., apparaît une dizaine de fois sur ce cahier entre février 1991 et février 1992, ces mentions ponctuelles ne sauraient démontrer l'existence de relations continues entre les deux sociétés de 1990 et 1995 et, a fortiori, entre 1990 et 2000 ».*

¹¹⁶⁷ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 03 mars 2016, n°12/22224, J.-D. n°2016-005508. Le fournisseur exige un préavis de 48 mois et le justifie « *par la durée des relations qu'[il] estime à cinquante années. Cependant [il] ne produit à cet égard que l'attestation de son dirigeant, monsieur L. – laquelle attestation est du reste illisible – et des pièces comptables des années 70 : outre que l'appelante [le fournisseur] est muette sur les années suivantes, ces documents comportent un tampon « Carrefour » sans qu'il soit établi que l'enseigne ainsi mentionnée ait été elle-même incluse dans la continuité du groupe actuellement en cause, et spécifiquement la Société Carrefour Hypermarchés, dont il n'est pas discuté qu'elle a débuté son activité en 2006 ; le fait pour l'intimée [le distributeur] d'avoir mentionné le caractère « historique » de ces relations est à cet égard sans portée réelle* ». Confirmé par Cass. com., 21 mars 2018, n°16-17.146, J.-D. n°Ø, toutefois, la reprise des faits fait état de relations commerciales depuis les années 1960, ce qui n'a pas été reconnu précédemment.

¹¹⁶⁸ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 12 juin 2019, n°17/01093, J.-D. n°2019-010119 : « *En l'espèce, [l'importateur] ne verse aucun élément probant attestant de l'existence d'une relation commerciale établie avec [le fabricant] sur les années 1988 et 1989, les seules photographies produites ne pouvant démontrer cette condition, à défaut d'être corroborées par tout autre élément probant, notamment comptables* ».

d'ores-et-déjà répondre par la négative : l'entrée aléatoire en relation empêche consécutivement la relation de s'établir tandis que la relation établie n'a pas à être continue (alors qu'elle devrait être suivie). Il y a donc respectivement inapplication et application des dispositions en présence de caractères ayant en commun d'être opposés à ceux qui concourent à rendre les dispositions applicables. Cela rend les limites d'application flottantes, d'autant que ces brèches ouvrent sur un nouvel horizon d'application : celui de la continuation. La relation établie entre des entreprises pourraient se poursuivre lorsque l'une d'elles est remplacée par une autre. À force d'éprouver la plasticité de la notion, les bornes de son champ d'application sont incertaines : elles vacillent entre une application limitative (§1) et extensive (§2).

§1. Une application limitative : de la précarisation à la déstabilisation

326. Entre les relations précaires et les relations établies. La notion de relation établie est plastique, prompt à s'appliquer à une diversité de relations, formalisées ou non, mais certaines rendent toutefois la démonstration plus difficile, voire impossible. Il est des relations dont les modalités et les caractéristiques constituent des limites à l'application de l'article L. 442-1, II du Code de commerce. On a identifié deux cas de figure, avec pour chacun un élément différent de la démonstration qui pose problème. Le premier concerne les appels d'offres et l'établissement de relations directes entre entreprises. Si la jurisprudence a un temps reconnu que l'organisation d'appels d'offres rendait précaires les relations qui en sont issues, les juges sont désormais enclins à tenir compte d'éléments remettant en cause cette automaticité. Le second a trait aux discontinuités propres aux activités saisonnières et aux rythmes des négociations imposés par le législateur. Étant donné que les relations établies n'ont pas à être continues, de telles discontinuités ne devraient pas amener à considérer des relations précaires. Toutefois, il y a là des subtilités qui rongent la cohérence d'ensemble si bien que l'on souhaite ajouter un niveau d'appréciation entre l'établissement de relations durables et leur précarisation (A), consistant dans leur déstabilisation (B).

A. La précarisation des relations

327. La remise en cause d'une précarisation automatique. La relation établie « *s'entend d'échanges commerciaux conclus directement entre les parties*¹¹⁶⁹ », soit des accords de gré à gré¹¹⁷⁰. Mais l'organisation d'un appel d'offres crée une étape intermédiaire, précédant et conditionnant l'entrée en relations. La mise en concurrence préalable d'entreprises donne lieu à une pluralité d'offres de contracter, dont seulement une sera retenue. Ce procédé est multilatéral du côté des répondants et unilatéral du côté de l'appelant. L'aspect bilatéral, caractéristique de l'accord de gré à gré, est à première vue absent de l'appel d'offres. Même si la relation entre l'appelant et le soumissionnaire retenu sera strictement bilatérale, elle est comme entachée par cette modalité particulière d'entrée en relation qui l'empêche de s'établir (1). Cette solution tend pourtant à varier face aux diverses situations présentées en jurisprudence. Les juges apportent des précisions : ils distinguent les appels d'offres isolés des appels d'offres réguliers (2), mais ce faisant, ils permettent à des entreprises de soustraire certaines de leurs relations du champ d'application de l'article L. 442-1, II du Code de commerce. C'est pourquoi, on s'est intéressé aux possibilités de précariser des relations stables et de stabiliser des relations précaires.

1. La précarité de la relation consécutive à un appel d'offres

328. L'entrée aléatoire en relation. Défini comme un « *procédé de mise en concurrence des entrepreneurs*¹¹⁷¹ », l'appel d'offres consiste pour « *le maître de l'ouvrage à inviter les entrepreneurs à proposer un prix, en s'engageant, en principe à traiter avec celui qui offrira le plus bas*¹¹⁷² ». Les différents éléments de cette définition se retrouvent dans l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 16 décembre 2008¹¹⁷³. En l'espèce, « *la société Bouygues bâtiment international (la société BBI) s'est vu confier plusieurs projets de construction « clés en mains » de bâtiments publics au Turkménistan* ». Ils ont donné lieu à sous-traitance. Après que le

¹¹⁶⁹ Cass. com., 07 oct. 2014, n°13-20.390, J.-D. n°2014-024186 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'une relation commerciale établie s'entend d'échanges commerciaux conclus directement entre les parties, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

¹¹⁷⁰ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, *ibid.*, V° « Gré à gré (de) : par accord direct entre intéressés, sans intervention d'une autorité de contrôle ni formalité particulière », on souligne.

¹¹⁷¹ *Ibid.*, V° Appel d'offres.

¹¹⁷² *Ibid.*

¹¹⁷³ Cass. com., 16 déc. 2008, n°07-15.589, J.-D. n°2008-046299. Cet arrêt a donné lieu à commentaire dans le rapport annuel de la Cour de cassation, cité en référence au début du présent chapitre. Cass., Rapp. annuel pour 2008, spéc. p. 307 : « *Dans cette affaire, la cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui avait déduit l'absence d'une relation commerciale établie entre un donneur d'ordre et un sous-traitant d'un faisceau de circonstances : le fait que la demande du donneur d'ordre dépendait des contrats qu'elle obtenait dans un pays étranger, qu'il n'y avait pas de contrat cadre entre le donneur d'ordre et le sous-traitant, que le donneur d'ordre n'avait consenti ni exclusivité ni garantie de chiffre d'affaires et le fait qu'ayant dans le passé eu recours à un appel à la concurrence pour certains des travaux, le donneur d'ordre les avait confiés à un concurrent de sous-traitant plus compétitif que ce dernier* ».

sous-traitant et le maître de l'ouvrage ont échoué à trouver un accord, le premier a assigné le second en alléguant une rupture brutale. Les juges ont retenu que leurs relations « *résultaient de contrats indépendants, intervenant en fonction de l'ouverture des chantiers obtenus par la société BBI* » et ajoutent que c'est « *après consultation* » que le maître de l'ouvrage avait sous-traité. Dans ce faisceau de circonstances¹¹⁷⁴, la consultation correspond à la mise en concurrence. Le sous-traitant n'a aucune certitude quant au fait d'être choisi, et c'est là que réside l'aléa inhérent à l'entrée en relation par appel d'offres. Autrement défini comme la « *sollicitation d'une pluralité d'offres*¹¹⁷⁵ », l'appel d'offres permet à l'appelant de recueillir plusieurs offres et de choisir la mieux disante. Ceux qui formulent une offre savent qu'elle figure parmi d'autres et courent le risque de ne pas être choisi. Dès lors qu'une relation débute par la sélection d'une offre, elle est ensuite considérée comme précaire. Il en sera de même si ce sont les offres du même entrepreneur-soumissionnaire qui sont choisies lors d'appels d'offres successifs¹¹⁷⁶.

329. Une solution tous secteurs confondus. Les appels d'offres ne sont pas seulement organisés dans le secteur de la construction, la précarité des relations nouées entre l'appelant et le soumissionnaire est l'unique solution quel que soit le secteur. En matière industrielle, les juges expliquent que « *ce mécanisme d'attribution d'une commande est [...] exclusif de toute relation stable dès lors qu'un concurrent soumis à la même demande pouvait être choisi ; que ce mécanisme au lieu de stabiliser les relations commerciales en instituait au contraire la précarité* ». Ils ajoutent que « *la circonstance que [le prestataire] ait été choisi durant plusieurs années n'est pas de nature à elle seule à démontrer la stabilité de la relation commerciale*¹¹⁷⁷ ». Dans le secteur

¹¹⁷⁴ Cass., Rapp. annuel pour 2008, *ibid.*

¹¹⁷⁵ L. BETTONI, L'appel d'offres privé, JCI Concurrence – Consommation, fasc. 735, maj 14 sept. 2019, spéc. 2 : « *Une analyse sémantique de l'expression « appel d'offres », à travers ses deux composantes, permet d'en donner une première définition. Tout d'abord l'expression comporte le terme « appel » qui désigne, dans le langage courant, « l'action d'inviter quelqu'un, un groupe à une action » (dictionnaire Le Grand Larousse illustré 2017). L'emploi de ce terme exprime déjà l'idée que l'auteur de l'appel d'offres, que l'on dénomme en pratique « appelant », n'adopte pas une attitude passive, mais, au contraire, qu'il sollicite autrui, par ses déclarations ou ses agissements, en vue de la réalisation d'une certaine action. Ensuite, l'expression est composée d'un second terme, l'offre, qui constitue une notion juridique aux contours parfaitement identifiés. Selon une définition communément admise, l'offre de contracter est « la proposition ferme de conclure, à des conditions déterminées, un contrat de telle sorte que son acceptation suffit à la formation de celui-ci (F. Terré et a., Droit civil, Les obligations : Dalloz, 12^e éd., 2018, n°165). Cette définition doctrinale fait apparaître une double exigence de fermeté et de précision qui a été reprise par l'ordonnance portant réforme du droit des contrats. Ainsi, le nouvel article 1114 du Code civil indique que « l'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation ». Si l'on met en relation ces deux termes, on peut dire que l'appel d'offres constitue une invitation à formuler une offre de contracter. Émise par le destinataire de l'appel, l'offre présente donc la particularité d'être sollicitée et non spontanée. Plus avant, l'utilisation du terme « offres » au pluriel suggère que l'invitation vise à recueillir une pluralité d'offres de contracter. L'appel n'est pas adressé à une personne déterminée mais à plusieurs personnes déterminées ou indéterminées afin que chaque destinataire puisse formuler une offre de contracter. Après examen du contenu des offres recueillies, le sollicitant sera ainsi en mesure d'accepter celle qui lui paraît la plus avantageuse. Au terme de cette première approche, l'appel d'offres peut ainsi se définir comme la sollicitation d'une pluralité d'offres ».*

¹¹⁷⁶ Cass. com., 16 déc. 2008, n°07-15.589, J.-D. n°2008-046299. C'est ce qui c'était passé entre les litigants dans l'arrêt susvisé : le sous-traitant avait réalisé les confections demandées de plusieurs bâtiments entre 1998 et 2004. Mais à chaque appel d'offres, le sous-traitant avait en quelque sorte remis sa relation en jeu et c'est pourquoi, elle n'a pas pu s'établir durant cette période.

¹¹⁷⁷ CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 29 janv. 2016, n°14/22162, J.-D. n°2016-008986, confirmé par l'arrêt de rejet de Cass. com., 18 oct. 2017, n°16-15.138, J.-D. n°2017-020731, N. MATHEY, Rupture brutale et précarité, CCC n°12, déc. 2017, comm. 249.

de la distribution, la CEPC a édicté un guide de bonnes pratiques en matière de contrats portant sur des produits de marque de distributeur¹¹⁷⁸. Elle a identifié deux processus de sollicitation des fabricants : la négociation de gré à gré et l'appel d'offres. Les situations menant à la première relèveraient « *d'une évolution* », suggérant une relation déjà nouée entre les parties¹¹⁷⁹. À l'inverse, ce ne serait pas le cas lors d'une mise en concurrence, même si la CEPC l'envisage avec l'appel d'offres restreint¹¹⁸⁰ (des entreprises préalablement identifiées par l'appelant sont alors invitées à répondre¹¹⁸¹, parmi elles certaines ont déjà pu être en relation avec l'appelant). S'agissant du soumissionnaire qui nouerait une relation nouvelle avec l'appelant en remportant l'appel d'offres, la CEPC entretient des propos ambivalents quant à cette relation qu'elle ne caractérise pas¹¹⁸². Elle indique pourtant qu'elle s'établit dans la durée¹¹⁸³, qu'elle est formalisée au moyen d'un contrat de fabrication¹¹⁸⁴, dont les stipulations reviennent sur les investissements spécifiques¹¹⁸⁵ nécessaires à la production d'un produit estampillé à la marque du distributeur ; autant d'éléments qui cumulés participent à la caractérisation d'une relation établie. Lorsque la CEPC aborde la phase contractuelle, sans différencier cette fois selon le processus de sollicitation, elle recommande « *la conclusion de contrats de moyen ou de long terme, plus adaptés à la mise en place d'un partenariat pérenne*¹¹⁸⁶ ». Elle le justifie en indiquant que « *la réalisation d'un produit vendu sous marque de distributeur (MDD) implique la mise en place d'un partenariat, et, pour les deux parties, des investissements et des développements (matériels et immatériels) dont la période d'amortissement est d'une durée variable, mais souvent supérieure à un an*¹¹⁸⁷ ». Mais envisager la pérennité du partenariat alors que le fabricant a été retenu lors d'un appel d'offres revient à le bercer d'illusions,

¹¹⁷⁸ CEPC, Recommandation n°20-2 relative à un guide de bonnes pratiques en matière de contrats portant sur des produits à marque de distributeur (MDD) du 17 déc. 2020.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, in « III – Les recommandations de la Commission », spéc. 1-2-1 La négociation de gré à gré : « *Certaines situations ne nécessitent pas nécessairement la mise en concurrence de plusieurs fabricants mais peuvent relever d'une évolution liée à une demande spécifique du distributeur ou d'une recommandation du fabricant (révision d'un produit existant ou de son emballage sans remise en cause du marché, création d'un nouveau produit venant compléter la gamme existante, partenariat de création de produits locaux, innovation de produit de niche, changement de millésime pour un vin, changement de recette...)* ». Les exemples confirment la relation existante entre le distributeur et le fabricant.

¹¹⁸⁰ *Ibid.*, spéc. 1-2-2 L'appel d'offres : « *Le distributeur recourt à l'appel d'offres lorsqu'il souhaite en particulier solliciter plusieurs fabricants pour un produit ou une gamme de produits et ainsi sélectionner la ou les meilleures réponses au regard de l'expression de besoins et des prérequis du cahier des charges et le cas échéant confier le marché à plusieurs opérateurs (« marché partagé »)* ». La locution « *en particulier* » contraste avec la pluralité inhérente à l'appel d'offres (l'appelant choisit une offre parmi celles reçues). Mais la CEPC envisage un appel d'offres dont les fabricants ont été « *préalablement identifiés* » ; il s'agit donc bien d'un appel d'offres dit restreint.

¹¹⁸¹ L. BETTONI, L'appel d'offres privé, *ibid.*, spéc. 71 : « *L'appel d'offres est qualifié de restreint lorsque la mise en œuvre est limitée aux seules entreprises auxquelles l'auteur s'adresse directement* ».

¹¹⁸² CEPC, *ibid.*, spéc. 1-2-2 L'appel d'offres, relativement à la demande d'information du distributeur au fabricant : « *Cette demande s'apprécie au regard de la nature de la relation qui s'engage* ».

¹¹⁸³ *Ibid.* : « *Il est recommandé que le cahier des charges établi par le distributeur soit suffisamment précis afin de permettre aux fabricants intéressés : [...] d'apprécier leur capacité à s'engager dans ce type de relation commerciale dans la durée, en particulier s'il s'agit d'une relation à durée indéterminée* ».

¹¹⁸⁴ *Ibid.* : « *L'ensemble de ces éléments a pour objectif la formalisation par écrit d'un contrat de fabrication dont la trame est communiquée par le distributeur* ».

¹¹⁸⁵ *Ibid.* : « *Ce contrat [le contrat de fabrication] reprend les éléments du cahier des charges, les spécifications convenues entre le distributeur et le fabricant au cours de la procédure d'appel d'offres* ».

¹¹⁸⁶ *Ibid.*, spéc. 2-2 La durée du contrat.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*

surtout lorsque la CEPC affirme en définitive que « *les dispositions de l'article L. 442-1 du code de commerce s'appliquent aux relations contractuelles portant sur des produits MDD* ». À défaut de procéder à la distinction idoine, l'affirmation est partiellement vraie, conformément à la jurisprudence refusant de caractériser une relation établie si elle est nouée consécutivement à un appel d'offres. Il en va autrement lorsque les parties sont déjà en relation, ou l'ont été, et lorsque l'une d'elles organise un appel d'offres.

2. Les appels d'offres isolés et réguliers

330. Un avant et un après. En tout secteur, une entreprise peut organiser un appel d'offres pour l'acquisition de produits et de prestations de services¹¹⁸⁸. S'il s'agit pour elle d'en acquérir de nouveaux auprès d'un fabricant ou d'un prestataire avec lequel elle n'a jamais été en relation, celle qu'ils noueront sera précaire. On peut envisager qu'un des partenaires de l'appelant réponde, même si l'on doute que cette hypothèse soit la plus fréquente car en cas de nouveaux produits ou de nouvelles prestations de services, ceux-ci peuvent ne pas faire partie de son champ d'activité. Plus concrètement, une entreprise se fournissant en profilés auprès d'un industriel, lance un appel d'offres pour des cuves pouvant contenir des produits issus de la pétrochimie. Les profilés et les cuves relèvent de la chaudronnerie industrielle mais dès lors que l'activité du fournisseur n'inclut pas les secondes alors il ne pourra pas répondre à l'appel d'offres. On exclut donc cette hypothèse pour lui préférer celle, davantage rencontrée en jurisprudence, dans laquelle l'appelant organise un appel d'offres portant sur l'un des produits, ou l'une des prestations de services, pour lequel il est déjà en relation avec une entreprise¹¹⁸⁹. L'organisation d'un appel d'offres va nécessairement modifier leur relation car l'appelant manifeste son intention de ne plus poursuivre la relation aux conditions antérieures¹¹⁹⁰. La modification est telle qu'il faut désormais envisager distinctement la relation jusqu'à l'appel d'offres (l'avant) et celle qui peut en découler (l'après). Mais en pratique, la rupture ne se dessine pas si nettement car le partenaire historique est, le plus souvent, invité à répondre. Ce n'est que lorsque son offre n'est pas retenue qu'il se rend compte que leur relation est sur le point de s'achever. La situation est différente selon que son offre n'est pas retenue à la

¹¹⁸⁸ L. BETTONI, L'appel d'offres privé, *ibid.*, spéc. 4.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, spéc. 145, *in fine* : « *Le partenaire commercial n'a aucun droit acquis au maintien de sa relation avec celui qui organise l'appel d'offres. Mis en concurrence avec des professionnels de son secteur d'activité, il n'est pas certain de demeurer le partenaire commercial. La poursuite de la collaboration est conditionnée par le fait que la soumission du partenaire soit la mieux-disante parmi celle reçues par l'appelant* ».

¹¹⁹⁰ Cass. com., 06 juin 2001, n°99-20.831, Bull. civ. 2001, IV, n°103, J.-D. n°2001-010141, troisième branche du premier moyen : « *Attendu qu'en fixant le point de départ du délai de préavis à la date de notification de l'échec [du fabricant de vêtements de travail] à l'appel d'offres organisé par le GIE Elis, alors que la notification par le GIE Elis [au fabricant], de son recours à un appel d'offres pour choisir ses fournisseurs, manifestait son intention de ne pas poursuivre les relations contractuelles dans les conditions antérieures et faisait ainsi courir le délai de préavis qu'elle a estimé à une durée de six mois, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations* ».

suite du premier appel d'offres et lorsqu'elle ne l'a pas été alors qu'elle l'avait été lors des précédents appels d'offres. L'impression de continuation se renforce à mesure que l'offre du partenaire historique est chaque fois choisie alors qu'elle se dissipe aussitôt l'offre rejetée lors d'un premier appel d'offres. On examine ces deux cas de figure ci-après.

331. Le rejet de l'offre du partenaire historique lors du premier appel d'offres. La notification d'un appel d'offres au partenaire historique fait courir le délai de préavis¹¹⁹¹. Cela signifie que lorsque l'appelant prévient son partenaire de l'appel d'offres, cela équivaut à la rupture de leur relation. Elle ne se termine donc pas lorsque l'appelant retient une autre offre que celle proposée par son partenaire. De la sorte, le partenaire est évincé lorsqu'il est informé de l'appel d'offres et peut à ce moment alléguer une rupture brutale et exiger un préavis. Les dispositions seront applicables si la relation entretenue jusqu'à l'appel d'offres peut être qualifiée d'établie. À défaut, elle est précaire et l'appel d'offres n'y changera rien, pas même si le partenaire remporte par la suite les appels d'offres¹¹⁹². L'appel d'offres organisé au cours d'une relation précaire fait perdurer une relation précaire. Mais lorsqu'il est organisé au cours d'une relation établie, celle-ci n'est pas remise en cause jusqu'à son lancement¹¹⁹³. En conséquence, l'appel d'offres modifie la nature de la relation qui va suivre et non de celle qui le précède.

332. Le choix de l'offre du partenaire historique lors du premier appel d'offres et des suivants. Le soumissionnaire retenu est le partenaire historique de l'appelant, les parties à la relation ne changent pas mais c'est leur relation qui change : elle s'inscrit désormais dans l'instabilité¹¹⁹⁴. L'impression de continuation se fortifie alors même que leur relation est devenue

¹¹⁹¹ Cass. com., 18 déc. 2017, n°05-15.970, J.-D. n°2007-042108 « [...] la notification par [le client] [au prestataire] de son recours à la procédure d'appel d'offres pour choisir ses prestataires manifestait son intention de ne pas poursuivre leurs relations commerciales dans les conditions antérieures et faisant ainsi courir les délais de préavis considérés ».

¹¹⁹² CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 07 sept. 2016, n°14/06517, J.-D. n°2016-018807. En l'espèce une société de nettoyage de locaux professionnels intervient dans une banque. Le prestataire soutient qu'elles sont en relation depuis plus de 35 ans. Les juges indiquent qu'il « peut effectivement justifier de l'existence de contrats de nettoyage (sous forme de devis acceptés) signés avec [la banque] au cours de l'année 1986, de l'année 1989, puis de 1991 à 1994 pour des montants modestes et relatifs à des locaux situés à Toulouse pour la majeure partie, il n'en reste pas moins que le 20 janvier 2004, le 24 mars 2006, puis le 07 janvier 2011, cet établissement a décidé de faire jouer le libre jeu de la concurrence pour réattribuer ses marchés ; qu'en conséquence à compter du 20 janvier 2004, la mise en compétition de concurrents avant toute attribution des marchés ne pouvait laisser augurer [au prestataire], en sa qualité de professionnel, que la relation commerciale avait vocation à perdurer, puisqu'[il] était informé depuis cette dernière date de la volonté de la banque de ne pas poursuivre les relations contractuelles existantes et qu'un risque non négligeable pour l'ancien contractant à ne pas être attributaire des marchés demeurait ».

¹¹⁹³ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 03 sept. 2020, n°17/18674, J.-D. n°2020-014591 : « Le volume régulier de commandes à compter de l'année 2001 et sans interruption durant plusieurs années [entre 2001 et 2013] caractérise le caractère établi des relations commerciales entre [les parties]. [...] ITM justifie avoir adressé à [son partenaire spécialisé dans la confection d'articles de bonneterie et de sous-vêtements pour homme et enfants qui sont fabriqués en Asie et particulièrement, en Chine, en Inde et Bangladesh] au mois d'avril 2009, au mois de septembre 2009, puis au moins de novembre 2009, des courriels de transmission d'appel d'offres pour les commandes de l'année 2010. Dès lors que [le fabricant] justifiait de l'existence d'un courant d'affaires régulier, continu avec ITM depuis 2001, le recours à l'appel d'offres à compter des collections 2010 imposait à ITM de lui accorder un préavis pour éviter une rupture brutale des relations commerciales ».

¹¹⁹⁴ L. BETTONI, L'appel d'offres privé, *ibid.*, spéc. 145 : « À l'instar d'une clause de non-reconduction tacite insérée dans un CDD [à condition que la stipulation corresponde effectivement aux comportements des partenaires], le recours à l'appel d'offres est un moyen de signifier à son partenaire que la relation s'inscrit, pour le futur, dans l'instabilité ».

précaire. Si jusqu'au lancement de l'appel d'offres, elle peut présenter les critères d'une relation établie, c'est une relation précaire qui lui succède, et ce, « *quelle que soit la durée des relations antérieures*¹¹⁹⁵ ». L'assertion des juges rend impossible l'appréciation de la durée de la relation antérieure à l'appel d'offres par rapport à celle qui lui est postérieure. Il n'y a pas lieu d'établir un rapport de longévité entre ces deux périodes, qui voudrait que si la première est plus importante que la seconde, le caractère établi puisse demeurer. Un arrêt l'illustre : en l'espèce, la période sous contrat (1996-2010) est plus longue que celle sous appel d'offres (2010-2016)¹¹⁹⁶. Mais la comparaison est vaine car aucune relation globale n'est envisagée. Cela fait de la durée un critère à relativiser car c'est la croyance en la poursuite de la relation qui prévaut. Dès lors que la relation a été installée et poursuivie dans la précarité, cette croyance a été éteinte. Les relations de l'avant et l'après appel d'offres ne peuvent donc apparemment pas être réunies. Toutefois, la jurisprudence se montre encline à être moins catégorique si le partenaire historique n'a pas été avisé que dorénavant l'organisation d'appel d'offres serait systématique.

333. Le partenaire non avisé de l'organisation d'appels d'offres systématique. Lorsque le partenaire historique n'est pas averti de l'intention de son partenaire d'organiser un appel d'offres, il est toujours en mesure de raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec l'appelant¹¹⁹⁷. En outre, il ne suffit pas à ce dernier d'avertir son partenaire, il faut aussi qu'il lui indique que les appels d'offres seront désormais systématiques. L'enjeu est donc de différencier les appels d'offres systématiques et ponctuels. Les juges de la Cour d'appel de Paris précisent que l'organisation ponctuelle d'appels d'offres durant une relation ne remet pas en cause sa stabilité si celle-ci peut par ailleurs être démontrée par une succession de contrats et par

¹¹⁹⁵ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 28 mai 2020, n°17/13136, J.-D. n°Ø : « *En l'espèce, un contrat ayant été régularisé le 20 juillet 2010 pour une durée d'un an, avec prise d'effet au 1^{er} octobre 2010 puis résilié à titre conservatoire le 17 janvier 2013 au profit d'une procédure d'appel d'offres régulières, [l'entreprise de restauration collective] a eu connaissance à compter de cette date du caractère désormais précaire des relations commerciales existant avec [le groupe comprenant les établissements de soins] quelle que soit la durée des relations antérieures* ».

¹¹⁹⁶ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 15 avr. 2021, n°18/15899, J.-D. n°2021-005536. En l'espèce, le transporteur et le fabricant de jouets ont d'abord été contractuellement liés. Puis le fabricant a organisé des appels d'offres. Les juges indiquent alors que « *le recours régulier à des appels d'offres est de nature à conférer à la relation commerciale, quelle que soit sa durée, une précarité exclusive de toute rupture brutale. Au cas présent, il est établi par les pièces produites que, jusqu'en 2010, les relations entre les parties ont été fixées par des contrats de transport d'une durée déterminée, courant du 1^{er} juin au 30 juin de l'année suivante, déterminant notamment la zone d'intervention [du transporteur] et le prix des prestations. Mais, à partir de 2010, y compris pour l'année 2015, [le fabricant] a mis en œuvre une procédure d'appel d'offres annuelle, à laquelle [le transporteur] a systématiquement participé. [...] Cette procédure a modifié la nature des relations entre elles en les précarisant. Si, à l'issue de ces appels d'offres, [le transporteur] a vu sa collaboration constamment reconduite jusqu'en 2016, il n'en demeure pas moins que l'existence même de ces appels d'offres a généré chaque année un aléa, qui ne lui permettait pas d'avoir une croyance légitime dans sa pérennité* ».

¹¹⁹⁷ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 1^{er} juill. 2020, n°18/21197, J.-D. n°2020-009647 : « *une relation régulière significative et stable s'est nouée depuis 2009 entre les parties, peu important l'absence de contrat cadre, d'engagement de volume ou d'exclusivité, [l'entreprise de collecte de déchets] n'établit pas avoir avisé [son partenaire] du lancement d'une procédure d'appel d'offres précisant le calendrier des opérations et mentionnant que la relation en cours était rompue dans le cadre de cette mise en concurrence, [l'entreprise de collecte de déchets] a donc pris l'initiative de la rupture en rompant partiellement puis totalement, les relations commerciales établies entre elles, alors que leurs échanges – dont il ressort clairement qu'un travail en commun sur les offres était effectué – étaient de nature à conforter [son partenaire] dans sa position et à lui permettre de raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial* ».

l'importance du flux financier généré par la relation¹¹⁹⁸. L'appréciation *in concreto* est de rigueur et les juges procèdent en détails à la vérification de la cohérence entre les stipulations et les comportements observés ; en cas d'inadéquation ce sont ces derniers qui prévaudront¹¹⁹⁹. La répétition d'appel d'offres dénie à la relation son caractère établi¹²⁰⁰, qui plus est lorsque leur fréquence croît (d'appel d'offres annuels à semestriels¹²⁰¹). En jurisprudence, les appels d'offres

¹¹⁹⁸ CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 24 sept. 2021, n°18/02209, J.-D. n°0 : « Il est établi de manière constante que les relations d'affaires entre les parties ont été entretenues sans interruption à compter du 26 mars 2003 dans le cadre de contrats successifs à effet au 1^{er} juillet pour s'achever au 30 juin, et que nonobstant le recours ponctuel à la procédure d'appels d'offres sur laquelle les parties s'accordent a minima pour les saisons 2002-2003, 2005-2006 et 2009-2010, cette relation d'affaires a généré un flux financier certifié l'expert-comptable [...]. Il en résulte que la continuité des relations d'affaires orientées sur la prise en charge des déplacements liés à l'organisation des matchs au plan international, nonobstant l'indépendance des contrats et la mise en place ponctuelle des appels d'offres donne la mesure de leur stabilité et de la croyance légitime de [l'agence de voyage spécialisée dans le voyage et l'évènementiel sportifs] en leur caractère pérenne ». N. MATHEY, Rupture brutale par une fédération sportive, CCC n°11, nov. 2021, 168 : « La principale difficulté soulevée en l'espèce portait sur le caractère stable de la relation. Bien que la continuité de la relation ait pu être contestée en raison de l'organisation de plusieurs procédures d'appel d'offres, elle est finalement retenue non seulement parce que la victime de la rupture avait été victorieuse mais aussi parce que ces procédures avaient été utilisées de manière ponctuelle. La cour d'appel considère ainsi que la relation était suffisamment stable pour susciter la croyance légitime du prestataire en son caractère pérenne. Si le recours systématique à une procédure d'appel d'offres rend une relation commerciale précaire (...), il n'en pas nécessairement de même lorsqu'il est ponctuel ».

¹¹⁹⁹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 25 juin 2020, n°18/00121, J.-D. n°2020-009021 : « En l'espèce, la succession de contrats à durée déterminée, pour partie renouvelables tacitement, depuis 1999, pour les livraisons concernant les commandes sur le site Ooshop, et depuis 2007, pour les livraisons depuis les magasins, témoigne d'une relation stable entre [le prestataire de livraisons] et Carrefour Hypermarchés pendant de nombreuses années. Il convient en outre de relever l'intensité de cette relation puisqu'elle portait sur des flux de plusieurs dizaines de millions d'euros et représentait plus de 30% du chiffre d'affaires [du prestataire de livraisons]. Le recours à une procédure de consultation, en 2006, pour les livraisons de commandes depuis le site Ooshop puis, en 2011, pour l'ensemble des livraisons n'a pu rendre précaire cette relation établie dès lors qu'à la suite de ces deux consultations, [le prestataire de livraisons] a été sélectionnée et que la société Carrefour Hypermarchés n'a jamais avisé sa partenaire de son souhait de recourir de manière systématique à une mise en concurrence. Enfin, contrairement à ce que prétend la société Carrefour Hypermarchés, le fait que les parties aient convenu, dans le contrat du 06 juillet 2012, d'une renégociation de ce contrat à son échéance et aient exclu un renouvellement tacite ne peut manifester une précarisation des relations dans la mesure où une telle exclusion d'un renouvellement tacite avait déjà été prévue au contrat du 11 juillet 2007 et que les relations ont néanmoins perduré. Ainsi, au moment de l'annonce de la fin des relations le 19 juin 2014, [le prestataire de livraisons] n'avait aucune raison de douter de la pérennité des relations, le simple recours à une mise en concurrence n'étant pas suffisant pour annuler le caractère établi desdites relations commerciales. Les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce sont donc applicables ». N. MATHEY, Rupture brutale : appel d'offres et précarité, CCC n°8-9, août-sept. 2020, 126.

¹²⁰⁰ L. BETTONI, L'appel d'offres privé, *ibid.*, spéc. 147 : « L'observation des décisions de justice fait apparaître que la répétition du recours à l'appel d'offres pour la conclusion de contrats constitue un indice de précarité supplémentaire qui s'avère décisif pour exclure le caractère établi de la relation. Par ce biais, en effet, l'appelant manifeste son intention de faire répéter la situation d'incertitude dans laquelle se trouve placé le partenaire devant soumissionner. Cette circonstance peut permettre d'éviter que naisse chez ce dernier une confiance légitime dans la continuation durable de la relation ».

¹²⁰¹ CA Versailles, 12^e ch., sect. 2, 25 mars 2005, n°03/08306, J.-D. n°2005-270042 : « [...] le recours à une mise en compétition avec des concurrents, avant la commande de chacune des missions semestrielles privait les relations commerciales de toute permanence et les plaçait dans une perspective de précarité certaine qui ne permettait pas à [l'agence de publicité] de penser qu'elles avaient un avenir ; Considérant à cet égard que l'ancien chef de projet titulaire du budget BAT [British American Tobacco], chez [l'agence de publicité], confirme par son attestation que [l'agence de publicité] était parfaitement informée que la collaboration avec BAT était remise en cause régulièrement par les appels d'offres et les mises en compétition avec d'autres agences ; Qu'il en résulte que les relations commerciales [...] étaient dépourvues de tout caractère établi ce qui exclut l'application des dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce ».

réguliers et systématiques¹²⁰² s'entendent aussi de ceux qui ont été, réguliers et effectifs¹²⁰³, et sont à opposer à l'appel d'offres isolé¹²⁰⁴. L'organisation récurrente d'appels d'offres rend les dispositions de la rupture brutale inapplicables : est-ce là une possibilité laissée aux entreprises de maintenir sciemment certaines de leurs relations dans la précarité ?

334. De la possibilité de précariser des relations établies. La suspicion d'appels d'offres fictifs grandit à mesure que le soumissionnaire choisi est toujours le même¹²⁰⁵. Mais à défaut de pouvoir le prouver, il reste que des entreprises ont la possibilité de précariser leurs relations¹²⁰⁶. Pour ce faire, la notification de l'organisation d'un appel d'offres sera écrite. Elle sera explicite quant à l'annonce de la rupture de la relation aux conditions antérieures. Elle précisera que le délai de préavis octroyé court à compter de sa réception. Elle indiquera aussi le recours désormais systématique à l'appel d'offres et invitera le destinataire à participer. En prévoyant de rapprocher les appels d'offres, par exemple à une fréquence semestrielle, il suffira alors à l'organisateur de choisir son partenaire historique plusieurs fois de suite pour précariser la relation. Du côté de ce dernier, il sera pris en étau entre sa volonté de soumissionner afin de poursuivre une relation d'affaires, lui permettant de maintenir à flot son activité, et celle de faire valoir une rupture dès la notification de l'appel d'offres. En empruntant la voie judiciaire, il envenime les rapports et anéantit ses chances d'être choisi. Il renonce alors à poursuivre toute relation avec l'appelant. S'il choisit de répondre, il court le risque d'être choisi par l'appelant, animé par la volonté de précariser leur relation afin de se soustraire au champ d'application des dispositions de l'article L. 442-1, II du Code de commerce. La situation paraît insoluble car les précisions apportées par la jurisprudence pour maintenir la caractérisation d'une relation établie sont autant d'éléments qui, à l'opposé, permettent de rendre cette même relation précaire. Plus la jurisprudence livrera de précisions sur

¹²⁰² CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 07 oct. 2016, n°13/19175, J.-D. n°2016-020921 : « [...] il est établi que, depuis le début de la relation commerciale entre les parties, la société BAT [British American Tobacco] France a organisé tous les ans un appel d'offres pour choisir le partenaire commercial auprès duquel elle passait commande ; que cette mise en concurrence régulière et systématique, préalable à chaque commande a affecté d'un aléa et a ainsi rendu précaire dès l'origine la relation commerciale qui s'est installée entre les parties, et ce même si [le prestataire spécialisé dans la publicité sur lieu de vente] a remporté plusieurs années de suite les appels d'offres de la société BAT France ».

¹²⁰³ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 09 sept. 2020, n°18/27189, J.-D. n°2020-013004 : « [...] le jugement est confirmé en ce qu'il a dit que soumise à des appels d'offres réguliers et effectifs, la relation commerciale entre [la société de gardiennage et de surveillance humaine] et [sa cliente] n'est pas une relation commerciale établie ».

¹²⁰⁴ CA Douai, 2^e ch., 2^e sect., 26 janv. 2017, n°15/07306, J.-D. n°2017-001348 : « Il ressort de ces éléments que le [distributeur] a bien entendu, mais pour l'année 2008 seulement, mettre en concurrence différents fournisseurs ; à l'inverse, rien ne permet de retenir que les relations commerciales entre les parties avaient auparavant, et notamment depuis 2001, un caractère précaire et étaient systématiquement remises en cause chaque année par une mise en concurrence. La cour retient donc, contrairement aux premiers juges, que des relations commerciales établies existaient bien entre [le distributeur] et [le fournisseur] depuis l'année 2001. Celles-ci formalisées par le contrat de coopération commerciale conclu pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2008, permettaient [au fournisseur] d'anticiper raisonnablement la livraison de produits à son co-contractant pour l'année considérée, comme cela avait été le cas au cours des 7 années antérieures ».

¹²⁰⁵ L. BETTONI, L'appel d'offres privé, *ibid.*, spéc. 148.

¹²⁰⁶ *Ibid.*, spéc. 144 : « Le caractère établi de la relation s'appréciant à la lumière de la confiance légitime forgée par le partenaire dans la poursuite de la relation, il est dès lors possible de fragiliser volontairement la relation en empêchant que naisse cette confiance légitime ».

les éléments propres à pouvoir maintenir la caractérisation d'une relation établie en présence d'appels d'offres, plus ils pourront être inversement utilisés pour la précariser.

335. De la possibilité de stabiliser des relations précaires. Lorsqu'il n'y a eu qu'un seul et unique appel d'offres, à la suite duquel les relations ont été formalisées, on pense que la relation peut se stabiliser. Ce cas de figure ne se confond pas avec le premier temps de notre analyse dans lequel la relation entre les parties est seulement celle découlant de l'appel d'offres et qui ne se poursuit pas au-delà. La poursuite de la relation par des contrats successifs, conclus de gré à gré, pendant un certain nombre d'années, pourrait amener à considérer une relation établie sans que le premier contrat issu de l'appel d'offres puisse être un obstacle. S'il faut toutefois le considérer comme tel, sa durée pourra toujours être retranchée de la durée de la relation constituée par la succession des contrats ultérieurs.

B. La déstabilisation des relations

336. Les portées des discontinuités. La relation établie n'a pas à être continue. La plasticité de la notion s'exprime à travers ce caractère car elle peut englober plusieurs périodes de relations dans une relation. Cette solution homogénéisatrice se justifie-t-elle en présence d'une diversité de discontinuités ? Des activités économiques sont périodiques, les relations auxquelles elles donnent lieu sont donc basées sur des cycles de production se répétant à intervalle réguliers. Cette périodicité peut être d'origine naturelle, on pense aux saisons. Mais elle peut aussi être artificielle, le législateur imposant un calendrier annuel des négociations. Les différences entre les variations et les interruptions ayant cours dans ces différentes relations nous ont amené à apprécier distinctement les discontinuités dans le cadre d'activités saisonnières (1) et dans celui des activités rythmées (2).

1. Les variations dans les activités saisonnières

337. Le découpage biannuel de la saison radiophonique, un usage à l'encontre de relations établies. Selon la Cour de cassation, les usages professionnels radiophoniques excluent toute pérennité des relations bien qu'elles soient constituées par une succession de contrats¹²⁰⁷. Les juges visent « *les usages de la profession* » sans préciser, ni de quelle profession il s'agit, ni quels usages sont concernés.

¹²⁰⁷ Cass. com., 12 fév. 2013, n°12-13.819, J.-D. n°2013-002604.

338. Un usage source d'opposition entre les chambres sociales et commerciales. La profession serait celle d'animateur mais la relation en cause n'est pas directement nouée entre l'animateur et la station de radio, elle l'est entre la société de l'animateur et la station de radio. Les problématiques du droit social sont écartées alors qu'en la matière, « *il est acquis que le caractère temporaire d'une émission ne suffit pas à établir le caractère de l'emploi*¹²⁰⁸ ». Une émission peut même acquérir un caractère pérenne¹²⁰⁹, lequel justifie que les salariés devraient non pas être employés avec des contrats à durée déterminée d'usage mais avec un contrat à durée indéterminée. Toutefois, on perçoit mal comment cela pourrait être mis en œuvre sans transformer les premiers en second, car la pérennité naît de l'écoulement d'un certain temps. Même irrésolu, ce problème de requalification trouve un écho dans l'établissement de relations durables. Selon les juges, le découpage de l'année en deux saisons (hiver : de septembre à juin et été : juillet et août) empêche les relations de s'établir alors que la programmation d'une émission de saison en saison devrait pérenniser la relation qui la fait exister, sans que les interruptions estivales ne déstabilisent l'ensemble. L'usage professionnel du découpage biannuel de la saison radiophonique ne devrait pas pouvoir avoir une portée différente selon que l'on se trouve en matière sociale ou économique. Cet usage est le seul qui ressort explicitement de l'arrêt, mais les juges utilisent le pluriel suggérant qu'il en existe au moins un autre.

339. Un autre usage non identifié ajoutant à la loi. L'autre usage est sans doute celui de l'insertion systématique d'une clause d'exclusion de reconduction tacite dans les contrats supports de l'activité radiophonique. On rappelle qu'à elle seule, cette clause ne peut être qu'un indice de précarité car elle ne doit pas dissimuler une pratique opposée¹²¹⁰. Or en l'espèce, la société de l'animateur a été liée à la station de radio durant trois saisons hiver consécutives, auxquelles une saison été s'est ajoutée. En outre, l'arrêt indique que « *le seul engagement que les parties avaient*

¹²⁰⁸ F. BOUSEZ, Contrat à durée déterminée. – Recours, JCI Travail Traité, fasc. 2-42, maj 12 fév. 2021, spéc. 131 : « *Dans le secteur audiovisuel, l'éphémère peut sembler la règle ; mais ce n'est qu'une apparence. En effet, il est acquis que le caractère temporaire d'une émission ne suffit pas à établir le caractère de l'emploi (Cass. soc., 21 mars 2000, n°97-45.120, J.-D. n°2000-001094 [...] s'agissant d'un animateur radio, l'employeur soutenant que le changement d'animateur pouvait s'imposer en cas de renouvellement des programmes)* » et spéc. 133, parmi les exemples fournis : « [...] *l'artiste dont l'engagement a été constamment reconduit pendant près de 3 ans, dans le cadre d'une émission dont il ne pouvait connaître le terme, ladite émission n'en comportant pas, et s'étant poursuivie après la fin de sa collaboration, doit être regardé comme bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée (Cass. soc., 10 avr. 1991, n°88-40.920, J.-D. n°1991-011157 ; Bull. civ. V, n°172 [...])* ».

¹²⁰⁹ M.-M. DELDICQUE, F. GAULLIER, Succession de contrats à durée déterminée d'usage dans le secteur de la production audiovisuelle : quels sont les risques de requalification en contrat à durée indéterminée ? Communication – Commerce électronique, janv. 2016, ét. 2, spéc. 8 : « *L'analyse de la jurisprudence montre que les juges accordent une importance particulière au caractère pérenne de l'émission ou de la production audiovisuelle pour laquelle le salarié a été engagé pour déterminer notamment si la fonction occupée par ce dernier est temporaire ou relève de l'activité normale de l'entreprise. Une émission à caractère saisonnier ou temporaire pourra se révéler sur le long terme être une émission s'inscrivant dans la durée et relevant ainsi d'une activité normale et permanente de l'entreprise pour les juges, justifiant l'emploi des salariés concernés par un CDI au lieu d'une succession de CCDU* ».

¹²¹⁰ *Supra*. N. MATHEY, Précarité d'usage de la relation, CCC n°5, mai 2013, comm. 115 : « *Il est vrai que les parties avaient organisé leurs relations de manière à leur conférer un caractère précaire. Il n'est pas évident que ce genre d'aménagements conventionnels soit incontestable en toute circonstance car ils peuvent être artificiels et ne pas correspondre à la réalité de la relation commerciale* ».

souscrit à cet égard était de se faire connaître, avant l'échéance du contrat en cours, qu'elles entendaient poursuivre la relation, ce qui ne leur imposait même pas de notifier une dénonciation avant cette date ». En d'autres termes, les parties avaient l'obligation de s'informer l'une l'autre de leur volonté de poursuivre. À l'inverse, le silence gardé par chacune d'elles signifie qu'aucune n'envisage de continuer, même s'il faut aussi concevoir qu'il puisse être rompu à tout moment. L'absence d'indication d'un délai précis pour cette obligation réciproque d'information fait qu'il s'étend jusqu'au jour de l'échéance du contrat. Cela prolonge d'autant cette période ambivalente durant laquelle chacune des parties peut nourrir l'espoir d'une éventuelle continuation. La mise en œuvre de cette obligation est suffisamment imprécise pour que l'analyse se concentre sur les comportements. Enfin, l'article L. 442-6, I-5° du Code de commerce alors applicable se réfère aux « usages du commerce » mais pour ce qui est de la durée du préavis à observer ; l'article L. 442-1, II qui l'a remplacé, conserve la référence. Les juges ajoutent donc à la loi pour considérer que certaines relations seraient précaires en raison d'usages professionnels. Ce qui fait aussi douter du bien-fondé de cette solution est son cantonnement au secteur radiophonique alors que l'on trouve des solutions différentes en matière télévisuelle et dans d'autres activités saisonnières.

340. Des éléments déstabilisateurs exogènes impropres à caractériser une spécificité sectorielle. L'arrêt de la Cour de cassation du 25 septembre 2012 clôt le litige entre Planète Prod et France 2¹²¹¹, pour des faits semblables à ceux exposés dans le secteur radiophonique. La société conceptrice des programmes télévisuels a été relation avec la chaîne du service public durant sept ans. Dans un premier temps, la Cour de cassation a cassé la solution des juges d'appel qui ont privé leur décision de base légale, faute d'avoir recherché « si eu égard à la nature de leur prestation de conception et réalisation de programmes télévisuels les sociétés Planète Prod et Presse planète pouvaient légitimement s'attendre à la stabilité de leur relation avec la société France 2¹²¹² ». La cour d'appel de renvoi a caractérisé une relation établie en s'appuyant sur le grand nombre et la diversité des contrats passés, l'importance du chiffre d'affaires et l'octroi de budgets de prospection pour de nouveaux programmes¹²¹³. Dans un second temps, la Cour de cassation a approuvé la motivation¹²¹⁴. En commentaire de ces arrêts, la Professeure Béhar-

¹²¹¹ Cass. com., 25 sept. 2012, n°s11-24.425, 11-24.627, J.-D. n°2012-021740.

¹²¹² Cass. com., 18 mai 2010, n°08-21.681, J.-D. n°2010-006545.

¹²¹³ Paris, Pôle 5, ch. 2, 1er juill. 2011, n°10/12993, J.-D. n°0.

¹²¹⁴ Cass. com., 25 sept. 2012, *ibid.* : « Mais attendu qu'après avoir rappelé que de 1998 à 2005, les sociétés Planète Prod et Presse Planète ont produit, pour France 2, cinq séries de magazines et jeux représentant 183 émissions, quatre documentaires et un programme court incluant 260 modules du 1er semestre 2002 au 1er semestre 2004, l'arrêt retient que la constance des relations commerciales se déduit tant de la multiplicité des contrats conclus dont l'exécution s'est étalée sur plusieurs trimestres, que de la pluralité des documentaires, les derniers ayant été produits en 2005, en sorte que chaque année, sans fléchissement significatif, la société Planète Prod élaborait des propositions d'émissions, alors que la société Presse Planète intervenait comme agence de presse pour fournir l'ensemble des éléments d'information relatifs aux émissions produites, les deux sociétés recrutant les intervenants choisis ; que l'arrêt constate, ensuite, que les projets retenus par la chaîne donnaient lieu à la conclusion de diverses conventions successives, notamment, de pré-achat, de droit d'option et de production et qu'il en déduit que cette

Touchais fait observer que « *la précédente cassation ayant eu lieu pour défaut de base légale, il n'est pas curieux que la cour d'appel ayant cette fois motivé sa décision, le second pourvoi soit rejeté*¹²¹⁵ ». Toutefois, en rapprochant ce litige d'un autre, rendu eu égard à une autre chaîne de télévision, elle révèle deux solutions différentes ; la Cour de cassation retenant que les usages propres à l'activité de production audiovisuelle empêchent la qualification de relation établie¹²¹⁶. La justification tient dans « *l'impossibilité de prévoir l'audience que fera un programme et la nécessité de rénover régulièrement la grille de diffusion pour la rendre attractive* ». Pour nous, une telle impossibilité n'est pas propre à l'offre médiatique. Le lancement de nouveaux produits ou de services est déterminant pour toutes les entreprises qui s'y risquent¹²¹⁷, et en tant que telles¹²¹⁸, les chaînes de télévision d'hier et les services de télévision à la demande du vingt-et-unième siècle n'y échappent pas, prenant même parfois la décision de déprogrammer¹²¹⁹. L'adaptation, la

succession de conventions, dont l'exécution a duré parfois plusieurs années, représente un courant d'affaires significatif de plusieurs millions d'euros par an et donne la mesure du caractère stable, suivi et même habituel des relations nouées par les parties, peu important que ces contrats fussent indépendants les uns des autres et aient porté sur des émissions distinctes ou encore qu'ils aient contenu la clause d'usage permettant à la chaîne de mettre fin à la production et à la diffusion des programmes en cas d'audience insuffisante ».

¹²¹⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, Rebondissement dans l'affaire *Planète Prod*, RLC n°34, 01, janv. 2013, 2209, pp. 44-45.

¹²¹⁶ Cass. com., 31 janv. 2012, n°11-12.899, J.-D. n°2012-001494 : « *Mais attendu que, par motifs propres et adoptés, l'arrêt, après avoir constaté qu'à la date à laquelle la lettre de rupture a été envoyée, les parties, comme à la fin de chaque saison audiovisuelle, n'étaient plus liées par un contrat, relève que l'activité de production est marquée par la précarité des relations commerciales liant les producteurs aux diffuseurs, la fragilité de ces rapports trouvant son origine dans l'impossibilité de prévoir l'audience que fera un programme et la nécessité de rénover régulièrement la grille de diffusion pour la rendre attractive ; qu'il retient que les usages propres à l'activité de production audiovisuelle justifient que les préavis appliqués puissent correspondre à la durée de la période séparant la fin d'une saison audiovisuelle du début de la saison suivante, cette période étant celle de la préparation des nouvelles grilles de programme et des négociations entre diffuseurs et producteurs ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel qui n'a pas qualifié la relation commerciale en cause de relation commerciale établie au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, a pu considérer comme satisfaisant aux intérêts des sociétés Paris modes le préavis qui leur avait été accordé dans le respect des usages propres à l'activité de production audiovisuelle ; que le moyen n'est pas fondé* ».

¹²¹⁷ É. DUPONT, Développer et lancer un nouveau produit. De Boeck Supérieur, « Le point sur... Marketing », 2009, ISBN : 978-2-8041-5972-6. URL : <https://www-cairn-info.passerelle.univ-rennes1.fr/developper-et-lancer-un-nouveau-produit--9782804159726.htm>, spéc., introduction, « *Créer et lancer un nouveau produit est passionnant. C'est une discipline délicate où même les plus grandes entreprises ont essuyé des échecs cuisants. Citons par exemple la Renault Vel Satis... On estime que, dans le secteur industriel et les services, 30% des lancements de nouveaux produits échouent. Ce pourcentage atteint 80 % dans le secteur des nouvelles technologies* ».

¹²¹⁸ R. LE CHAMPION, B. DANARD, « IV. La mécanique de programmation », in R. LE CHAMPION éd., Les programmes audiovisuels. Paris, La Découverte, « Repères », 2014, p. 49-71. URL : <https://www-cairn-info.passerelle.univ-rennes1.fr/--9782707183491-page-49.htm>, « *Comme toute entreprise, les chaînes de télévision sont à l'écoute de leurs clients afin de répondre à leurs besoins. La demande des annonceurs est de pouvoir exposer une cible à un message publicitaire afin que le téléspectateur achète, in fine, le produit de l'annonceur. C'est ce que certains appellent l'« économie de l'attention » [Kessous et al., 2010]. Patrick Le Lay détaille le savoir-faire de sa chaîne dans une citation désormais célèbre : « À la base, le métier de TF1, c'est d'aider Coca-Cola, par exemple, à vendre son produit. Or, pour qu'un message publicitaire soit perçu, il faut que le cerveau du téléspectateur soit disponible. Nos émissions ont pour vocation de le rendre disponible : c'est-à-dire de le divertir, de le détendre pour le préparer entre deux messages. Ce que nous vendons à Coca-Cola, c'est du temps de cerveau humain disponible » [Associés d'EIM, 2004]* ».

¹²¹⁹ R. LE CHAMPION, B. DANARD, IV. La mécanique de programmation, *ibid.* : « *Autre exemple illustrant la grande patience dont peuvent faire preuve les chaînes de service public lors du lancement d'un nouveau programme : l'émission Jusqu'ici tout va bien, mise à l'antenne sur France 2 le 16 septembre 2013, a enregistré des audiences très en deçà de sa case horaire de diffusion et de la moyenne de la chaîne. En moyenne, l'audience du programme est de 503 000 téléspectateurs selon Médiamétrie, soit guère plus de 3% de parts d'audience, quand l'audience de France 2 avoisine plutôt 15% dans son ensemble. Les audiences sont tellement modestes qu'elles se situent en dessous de celles de certaines chaînes « mini-généraliste » de la TNT comme D8. En réaction, la direction de France 2 a décidé de déprogrammer Jusqu'ici tout va bien sur une case horaire moins exposée et moins stratégique. Cette décision d'avancer l'émission à 17 heures 50 plutôt qu'à 18 heures 15 n'a finalement pas modifié l'échec*

réactivité, la créativité, et la prise de décision requises pour la bonne tenue d'une grille de programmation, radiophonique ou télévisuelle, ne forment pas une pratique particulière de la profession afférente. Les versatilités de la demande constituent des éléments déstabilisateurs exogènes. En réaction, les principes directeurs identifiés guident les choix des entrepreneurs. Ils les mettent en œuvre que la saisonnalité soit d'origine artificielle ou naturelle.

341. Les relations établies issues d'activités saisonnières naturelles. La production d'un produit saisonnier rend nécessairement les commandes périodiques mais peut tout de même donner lieu à la qualification de relation établie¹²²⁰. Dans l'arrêt cité en référence, il s'agissait d'une relation d'affaires de fourniture de gants de sports d'hiver, qui a duré quatorze années. Contrairement aux arrêts précédents applicables à des activités dont la saisonnalité est d'origine artificielle (entendue comme due à la technique de l'homme¹²²¹), les juges ne se sont pas référés aux usages professionnels. Une activité peut être basée sur le cycle naturel des saisons sans que cela empêche une relation pérenne de s'établir. Par conséquent, les activités saisonnières, qu'elle que soit leur origine, devraient pouvoir donner lieu à la caractérisation recherchée. Il convient dès lors de vérifier si cette solution peut être étendue aux activités rythmées par la fréquence des négociations imposée par le législateur.

2. Les interruptions dans les activités rythmées

342. De la contractualisation à l'imposition d'un rythme de négociation : des contraintes renforcées. Depuis l'essor de la grande distribution – et de sa puissance d'achat – des mesures ont été prises pour la transparence tarifaire et l'équilibre dans les relations entre producteurs et distributeurs ; l'une d'elles est la contractualisation. Déjà en 1984, la circulaire dite Delors prévoit que « *les engagements réciproques et personnalisés souscrits par les parties [...] doivent être consignés dans un contrat écrit communicable à l'administration sur simple demande de sa part*¹²²² ». L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 impose aussi que « *les conditions dans lesquelles*

de programmation. La direction de la chaîne a décidé de retirer de l'antenne le programme le 20 décembre 2013, c'est-à-dire près de trois mois après son lancement. Compte tenu des audiences très décevantes, une telle émission aurait, selon toute vraisemblance, été déprogrammée au bout de quelques numéros sur une chaîne commerciales purement dépendante des recettes publicitaires ».

¹²²⁰ Cass. com., 06 sept. 2011, n°10-30.679, J.-D. n°2011-018092 : « *Attendu pour dire qu'il n'existait pas de relation commerciale établie entre les sociétés Racer et Décathlon, l'arrêt retient que les relations contractuelles résultaient de contrats indépendants, que les parties n'avaient pas passé d'accord-cadre, et qu'aucun chiffre d'affaires ou exclusivité n'avait été garanti ; Attendu qu'en se déterminant par des tels motifs, impropres à établir l'absence d'une relation commerciale régulière, stable et significative entre les sociétés Racer et Décathlon, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».*

¹²²¹ Dic. Ac. fr., V° *Artificiel*, sens 1.

¹²²² Circ. du 18 mai 1984 relative à la transparence tarifaire dans les relations commerciales entre entreprises, JORF du 23 mai 1984, pp. 4593-4594 : « *pour garantir la réalité et l'identification des services et la non discrimination, les engagements réciproques et personnalisés souscrits par les parties dans le cadre de la coopération commerciale doivent être consignés dans*

*un distributeur se fait rémunérer par ses fournisseurs, en contrepartie de services spécifiques, doivent être écrites*¹²²³ ». Le canal de la grande distribution devenu incontournable, les producteurs ont été amenés, voire contraints, à rémunérer les distributeurs pour des services de coopération commerciale. Ils ne représentent pourtant pas les mêmes opérations que les rabais, remises et ristournes car ces derniers sont propres à la vente tandis que lesdits services procèdent d'achats de la part du producteur. Il achète des statistiques, un emplacement ponctuel en tête de gondole, un encart dans un catalogue publicitaire¹²²⁴. La complexité naît de ce double aspect. Il est difficile de connaître le détail des additions et des soustractions, c'est pourquoi le formalisme a été préconisé afin de les décrire pour mieux les saisir et procéder à la (re)composition du prix de vente ; le tout sous le contrôle de l'Administration. Il a encore été renforcé ultérieurement¹²²⁵ et un encadrement temporel a été ajouté. En 2008, la loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs¹²²⁶ « a imposé au fournisseur et au distributeur, ou prestataire de services, de formaliser leur accord, au terme de leur négociation commerciale, dans une convention nouvelle, unique et nécessairement écrite¹²²⁷ ». L'article L. 441-7 du code de commerce, ainsi modifié, a imposé une date butoir au 1^{er} mars pour sa conclusion ou « dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier¹²²⁸ ». Mais ce calendrier annuel s'est révélé inadéquat.

un contrat écrit communicable à l'administration sur simple demande de sa part et comportant au minimum les rubriques suivantes : - définition claire et précise des services fournis ; - définition des modalités d'application, durée et conditions de renouvellement du contrat ; - pénalités en cas de non exécution du fait de l'une ou l'autre des parties ; - conditions de financement et modalités de règlement. En tout état de cause, les avantages consentis dans le cadre de telles actions communes ne peuvent avoir qu'une portée restreinte par rapport à ceux accordés en application des conditions générales de vente afin qu'ils ne remettent pas en cause le principe de transparence tarifaire et ne créent pas des discriminations injustifiées ». J.-J. BURST, D. FERRIER, Ch. MOMEGE, J.-M. MOUSSERON et V. SELINSKY, Montagne ou souris – Commentaire de la loi du 30 décembre 1985 « portant amélioration de la concurrence », JCP E n°12, 20 mars 1986, 14682, spéc. 63.

¹²²³ Ord. n°86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *ibid*, art. 33.

¹²²⁴ B. LABORRIER, Accords de coopération commerciale, JCI Contrats – Distribution, fasc. 1100, maj 27 juin 2011, spéc. 15 et s.

¹²²⁵ D. MAINGUY, J.-M. VERTUT, Les obscures lumières de la transparence tarifaire – À propos de la circulaire « Dutreil » du 16 mai 2003 sur la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs, JCP E n°40, 02 oct. 2003, 1395, spéc. 1, 2. L.-M. AUGAGNEUR, Transparence tarifaire, opacité législative – Réflexions sur l'impuissance de la loi, RTD Com. 2008, p. 221, spéc. 1, s'appuyant sur les termes de la circulaire du 08 déc. 2005, dite « Dutreil II », « La loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des PME donne une nouvelle définition du seuil de revente à perte et renforce le formalisme des contrats de coopération commerciale, et les moyens de lutte contre les pratiques abusives. L'objectif de ce dernier texte est, à titre principal, de permettre d'enrayer le développement des marges arrières ».

¹²²⁶ L. n°2008-3 du 3 janv. 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JORF n°0003 du 04 janv. 2008, texte n°1, art. 2.

¹²²⁷ Le Lamy Droit Économique, 2009, n°2371.

¹²²⁸ C. com., art. L. 441-7 (version en vigueur du 06 août 2008 au 19 mars 2014), I-3° : « [...] La convention unique ou le contrat-cadre annuel est conclu avant le 1^{er} mars ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier ».

343. Une périodicité artificielle et inadaptée¹²²⁹. Plaquer un rythme unique de négociations niait leur diversité alors que « *la variété de ces situations est tout simplement considérable*¹²³⁰ ». L'analyse d'un récit professionnel de négociations commerciales entre entreprises de l'industrie chimique permet d'en rendre compte¹²³¹. Plusieurs critères ont été identifiés pour attester de la variété des négociations : l'importance de la transaction, l'appartenance sectorielle, la « qualité » des parties prenantes, la variété des acteurs et le degré de complexité¹²³². Par ailleurs, le récit est marqué par un tournant dans la stratégie de négociation car la situation concurrentielle du fournisseur évolue. Il détenait une position monopolistique, le plaçant provisoirement dans une situation avantageuse car ses clients ne pouvaient s'adresser qu'à lui pour l'obtention des produits qu'il était jusqu'alors le seul à fabriquer. Mais l'entrée de concurrents sur le marché menace ce *statu quo*. Lorsqu'elle est seulement potentielle, le fournisseur peut encore ajuster son offre, par contre dès lors qu'elle est imminente, sa stratégie de négociation change. Il va chercher à écouler sa production dans des volumes qui lui permettent, en combinant ses lignes de production et sa masse salariale, d'avoir une activité rentable. Il est alors prêt à concéder des tarifs préférentiels à ses clients contre un engagement pluriannuel de leur part, afin de qu'ils ne soient pas happés par les concurrents dès leur entrée sur le marché. À partir de cet exemple, plusieurs stratégies de négociations ont ainsi pu être mises en évidence. Elles reposent d'une part, sur le rapport de forces et, d'autre part, sur la différenciation coopération-conflit, cette dernière étant mesurée à l'aide du degré de confiance¹²³³. Toutes s'ancrent dans une dynamique de marché. On peut aussi ici rappeler le cas de la fabrication des produits sous marque de distributeur, pour lesquels il est vraisemblablement impossible d'amortir les investissements spécifiques en l'espace de seulement quelques mois. Les variétés et les stratégies de négociations identifiées montrent qu'un rythme unique de négociation était inadéquat. À compter de 2016, les entreprises ont la possibilité de formaliser le résultat de leurs négociations dans une convention pluriannuelle¹²³⁴. Cette évolution prend en considération les impératifs en présence. Pour autant, la question de la démonstration d'une relation établie entre des entreprises contraintes par un rythme de négociation pose le problème plus général de la compatibilité des dispositions en vigueur, qui se repose lorsque d'autres viennent encore s'ajouter.

¹²²⁹ Le Lamy Droit Économique [en ligne], maj nov. 2021, n°2760, « *Jusqu'à la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016*¹²²⁹, la formalisation de la négociation était exclusivement annuelle. Cette périodicité était artificielle et inadaptée à certains secteurs ou à certaines négociations pour lesquels un accord pluriannuel est nécessaire aux parties ou à tout le moins d'un usage habituel ».

¹²³⁰ C. DUPONT, Les négociations commerciales, *Négociations*, 2011/1 (n° 15), p. 11-32. DOI : 10.3917/neg.015.0011. URL : <https://www-cairn-info.passerelle.univ-rennes1.fr/revue-negociations-2011-1-page-11.htm>, spéc. p. 21.

¹²³¹ *Ibid.*, spéc. « *Les acteurs* », pp. 12-13 et spéc. p. 12 : « *Il s'agit de négociations le plus souvent annuelles, généralement rassemblés sous le nom « d'accords-cadres ». Souvent, la négociation s'étend sur une période de plusieurs mois et comprend plusieurs entretiens successifs. Dans le cas présent, deux séances de négociation ont eu lieu, fixées dans ce texte au 15 septembre et au 15 décembre de l'année de référence (année « n » en cours). Ces deux séances se déroulent au siège du client, elles sont traditionnelles à cette époque de l'année car le problème est de conclure des accords d'approvisionnement pour l'année suivant (« n + 1 »)* ».

¹²³² *Ibid.*, pp. 21-23.

¹²³³ *Ibid.*, pp. 27-28.

¹²³⁴ Le Lamy Droit Économique [en ligne], maj nov. 2021, n°2751.

344. La démonstration d'une relation établie entre entreprises contraintes par un rythme de négociation. Ce problème général a été explicité à partir d'une question formulée par la CEPC. Posée au moment où la formalisation des négociations était encore annuelle, elle doit de nouveau l'être depuis qu'elle peut être pluriannuelle. La réflexion d'ensemble tente de s'abstraire de l'encadrement instable pour concevoir le dilemme de la protection d'une continuité dans les discontinuités imposées.

345. Une question cernée lors de l'annualité mettant à jour une obligation réciproque. La CEPC a posé la question de savoir si les dispositions de la rupture brutale étaient applicables en cas d'échec des négociations entre fournisseur et distributeur¹²³⁵. Elle est formulée ainsi : « *dans le cas où un accord sur le nouveau tarif proposé par le fournisseur ne pourrait être trouvé avec le distributeur, le fournisseur peut-il rompre les relations commerciales sans respecter les dispositions en matière de préavis applicables à la rupture des relations commerciales ?* » Une relation existe déjà entre les parties car il s'agit pour elles de trouver un *nouveau tarif*. En cas de désaccord, le fournisseur doit savoir s'il peut y mettre fin sans observer de préavis. Ainsi présentée, la situation ne répond pas au dessein originel du législateur de protéger les fournisseurs contre les distributeurs organisés. En dépit de préciser que « *la réponse serait identique si la rupture était le fait du distributeur* », en l'occurrence, le fournisseur a l'obligation d'octroyer un préavis avant de rompre la relation établie nouée avec le distributeur. La possibilité de retourner la situation en faveur du distributeur montre que la protection recherchée n'a pas été spécifiquement celle du fournisseur. À l'inverse, et à l'aune des évolutions législatives, l'encadrement des pénalités logistiques prévue par la loi dite « EGAlim 2¹²³⁶ » comporte une réciprocité dans la possibilité, pour le distributeur (article L. 441-17 du code de commerce), et pour le fournisseur (article L. 441-18 du même code), d'en imposer, à certaines conditions, mais seul le non-respect des dispositions relatives aux pénalités émises par le distributeur contre le fournisseur est sanctionné sur le fondement de l'article L. 442-4 du code de commerce (seul l'article L. 441-17 figure dans le I, 3° de l'article L. 442-1 dudit code¹²³⁷). De la même façon, il aurait donc été possible d'envisager une protection dédiée aux fournisseurs, en faisant d'eux les seules victimes de ruptures brutales.

¹²³⁵ CEPC, avis n°10-04 venant compléter le dispositif de Questions-Réponses relatif à la mise en œuvre de la loi de modernisation de l'économie.

¹²³⁶ L. n°2021-1357 du 18 oct. 2021 visant à protéger la rémunération des agriculteurs, JORF n°0244 du 19 oct. 2021, tx n°1.

¹²³⁷ H. COULIBALY, M. DOISY, Les nouveaux délits : Les pénalités logistiques, Concurrences n°1-2022, Dossier : La Loi « EGAlim 2 », pp. 15-18, spéc. 19, p. 18 : « [...] en dépit de cette réciprocité entre le droit du fournisseur et le droit du distributeur d'imposer des pénalités, seul le non-respect des dispositions de l'article L. 441-17 du code de commerce relatives aux pénalités émises par le distributeur est sanctionné par les dispositions applicables aux pratiques restrictives de concurrence prévues à l'article L. 442-4 du code de commerce, qui prévoit notamment le prononcé d'une amende civile comme sanction d'une pratique restrictive de concurrence. En effet, le non-respect des dispositions de l'article L. 441-18 du code de commerce relatives aux pénalités appliquées par le fournisseur n'est pas listé à l'article L. 442-1 du code de commerce et n'est donc pas sanctionné au titre de l'article L. 442-4 du code de commerce ». A.-C. MARTIN, Transparence, pratiques restrictives de concurrence et autres pratiques prohibées entre entreprises (titre IV du livre IV du code de commerce) : principales évolutions légales, réglementaires et jurisprudentielles de l'année 2021, RLC n°114, mars 2022, 4217, pp. 29-38, spéc. p. 31-32.

346. Une question renouvelée avec la pluriannualité et entraînant celle de l'articulation logique. Telle qu'elle a été formulée, la question de la CEPC a usé de détours et n'a fait qu'effleurer le problème plus large de l'articulation logique des dispositions en vigueur. S'agissant du rythme tel qu'il a d'abord été imposé, la CEPC a fourni cette réponse : « *le fait que les négociations entre les parties s'établissent selon un rythme annuel ne fait pas obstacle à la démonstration [du caractère établi de la relation entre fournisseur et distributeur]*¹²³⁸ ». La jurisprudence a participé à ancrer cette solution¹²³⁹. Mais leurs affirmations vont-elle de soi ? L'accumulation¹²⁴⁰ des dispositions peut faire douter que la question de leur compatibilité ait été posée avant leur entrée en vigueur. Or elle se pose nécessairement avant, elle ne peut pas être résolue postérieurement car les affirmations afférentes sont alors dépourvues de force explicative, laissant place à des justifications qui ne sont pas entièrement satisfaisantes. Si l'on est en accord avec le fait qu'un rythme de négociations ne précarise pas automatiquement les relations, on veut ajouter un niveau d'appréciation en considérant qu'il peut participer à les déstabiliser. La fréquence des négociations crée des discontinuités. Pour être établie au sens des dispositions applicables, la jurisprudence nous rappelle que la relation doit être suivie mais qu'elle n'a pas à être continue¹²⁴¹. Il y a là des subtilités qui rongent la cohérence d'ensemble. C'est pourtant en ce sens que la CEPC continue d'abonder en indiquant, dans un avis, que « *la convention unique prescrite par l'article L. 441-3 du Code de commerce, doit être établie pour une durée de une, deux ou trois années, et ne peut être à durée indéterminée*¹²⁴² », et dans une recommandation qu' « *il n'y a pas de reconduction automatique ou tacite [du contrat pluriannuel]*¹²⁴³ ». Les relations entre fournisseurs et distributeurs sont donc cantonnées à être une succession de contrats à durée déterminée, pour laquelle la croyance légitime est vérifiée uniquement par l'opération logique d'inférence et ne peut pas être

¹²³⁸ CEPC, avis n°10-04, *ibid.*

¹²³⁹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 16 janv. 2020, n°17/12424, J.-D. n°2020-000388 : « *En l'espèce, il n'est pas discuté que les relations entre les sociétés Scapmarée [société coopérative ayant pour fonction l'achat de produits de la mer destinés à l'approvisionnement de treize centrales régionales d'achat dépendant du mouvement E. Leclerc] et Pêcheries nordiques [exerçant une activité de négoce de produits de la mer et d'eau douce, de transformation, de conditionnement, d'entreposage et d'expédition de ces produits] ont duré entre 2009 et 2014. Il n'est pas davantage contesté que la société Pêcheries nordiques a réalisé avec la société Scapmarée un chiffre d'affaires de 837.356 euros en 2011, 2.754.420 euros en 2012 et 3.763.207 euros en 2013, soit un chiffre d'affaires en constante progression. Ces éléments caractérisent une relation significative, régulière et stable peu importante l'obligation légale de négociation annuelle prévue à l'article L. 441-7 du code de commerce dans sa rédaction applicable au litige qui ne saurait rendre précaire la relation commerciale entre un distributeur et son fournisseur* ».

CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 oct. 2017, n°15/03995, J.-D. n°2017-020252 : « *La renégociation annuelle des tarifs ne s'oppose pas à la qualification de relations commerciales établies, dès lors qu'elle s'inscrit dans une volonté de continuité de celles-ci, démontrée par la persistance d'un flux régulier d'affaires* ».

¹²⁴⁰ Le Lamy Droit Économique [en ligne], maj nov. 2021, n°2743 pour un rappel chronologique des textes encadrant les négociations commerciales : dix-neuf textes sont cités en référence, sans pour autant « *prétendre à l'exhaustivité* ».

¹²⁴¹ Cass. com., 15 sept. 2009, n°08-19.200, J.-D. n°2009-049448 : « *Mais attendu que par motifs propres et adoptés, l'arrêt retient que la qualification de relations commerciales établies au sens de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce n'est pas conditionnée par l'existence d'un échange permanent et continu entre les parties et qu'une succession de contrats ponctuels peut être suffisante pour caractériser une relation commerciale établie [...]* ».

¹²⁴² CEPC, avis n°21-2 relatif à une demande d'avis d'un cabinet d'avocats portant sur les modalités d'application de l'article L. 441-3 du code de commerce, 02 avr. 2021.

¹²⁴³ Recomm. n°21-1 relative à un guide de bonnes pratiques en matière de contrats pluriannuels dans les relations entre industriels et distributeurs, 23 sept. 2021.

démontrée. Le caractère établi implique aussi que la relation ne doit pas être « *entachée par des incidents susceptibles de remettre en cause sa stabilité, voire sa régularité*¹²⁴⁴ ». La jurisprudence n'ayant pas apporté plus de précision quant aux éléments constitutifs de ces incidents, on pense qu'à partir de cette première interprétation, les négociations pourraient en être. Survenant durant les relations, elles en modifient le cours. Mais ce n'est pas la position d'une partie de la doctrine déclarant que « *la renégociation n'implique pas l'éventualité d'un changement de partenaire* ». C'est concevoir la renégociation dans un bilatéralisme strict : entre les partenaires déjà en relation alors qu'ils peuvent être chacun partie à d'autres relations, ou en négociations pour le devenir. Le récit professionnel analysé précédemment le prouve. Le client du fournisseur lui fait savoir qu'il tient à recevoir les négociateurs de ses concurrents¹²⁴⁵. La période des négociations est celle d'une comparaison entre les différentes conditions de vente et à ce titre, elle est susceptible d'être à l'origine de ruptures si les conditions des entrants sont plus à même de satisfaire le client. En conséquence, les indications de la CEPC et les solutions jurisprudentielles leurrent sur l'adéquation des dispositions. Il ne devrait pas être possible de concevoir d'un côté une protection dédiée à des relations établies et de l'autre créer des événements dont la fréquence va à l'encontre de l'exigence d'une relation suivie. Les ajouts successifs de dispositifs curateurs dans le cadre juridique alors que le cadre économique est resté « *relativement inchangé*¹²⁴⁶ » montrent que le problème n'est pas résolu. Depuis que les distributeurs se sont organisés, ils constituent une puissance d'achat contre laquelle les dispositifs s'accumulent sans jamais restaurer l'équilibre recherché, ce qui nous pousse à écrire qu'au lieu de faire, peut-être faudrait-il défaire. Pour en terminer avec les négociations telles qu'elles sont imposées par le législateur, on se rend compte que les périodes afférentes catalysent des enjeux forts pour la poursuite de relations, laquelle n'est pas forcément possible. Les ruptures font partie des relations et de la dynamique propre au marché. Il semble donc pour le moins artificiel de lier des entreprises qui ont, successivement, été en relation, ne l'ont plus été et l'ont été de nouveau. C'est créer une appréciation différente du temps qui s'écoule dans le cadre d'une relation contractuelle, telle qu'elle a été voulue par les parties, et du temps qui donnerait corps à une relation d'affaires et qui aurait la force d'aplanir tous les obstacles se dressant contre son inexorable continuité.

¹²⁴⁴ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 08 juill. 2020, n°18/21122, J.-D. n°2020-010388 : « *Une relation commerciale « établie » présente un caractère « suivi, stable et habituel » et permet raisonnablement d'anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires entre les partenaires commerciaux, ce qui implique, notamment qu'elle ne soit pas entachée par des incidents susceptibles de remettre en cause sa stabilité, voire sa régularité* ».

¹²⁴⁵ C. DUPONT, Les négociations commerciales, *ibid.*, p. 17.

¹²⁴⁶ L. ATTUEL-MENDES, J.-F. NOTEBAERT, Les pratiques de négociation à l'épreuve du droit, *Management & Avenir*, 2011/4 (n° 44), p. 273-288. DOI : 10.3917/mav.044.0273. URL : <https://www.cairn.info/revue-management-et-avenir-2011-4-page-273.htm>, spéc. p. 274, faisant observer que « *même si le cadre juridique a évolué au gré de nombreuses réformes, le cadre économique est resté relativement inchangé* ».

§2. Une application extensive : la continuation

347. La continuation, une fiction fonction du rapport d'altérité. Lorsqu'une entreprise prétend avoir poursuivi la relation qu'une autre entreprise avait nouée avec un partenaire, cela fait d'elle une continuatrice. Par définition, c'est « *la personne qui poursuit, prolonge l'entreprise d'une autre*¹²⁴⁷ ». En continuant l'activité, elle entend lui donner une suite, en agissant de la même façon¹²⁴⁸. L'application de la notion de relation établie au-delà des parties initiales est une fiction. Il faut faire comme si la continuatrice avait été dès le début en relation avec le partenaire. Elle pourra ainsi prétendre au respect d'un préavis fonction de l'ensemble de la relation. La ligne de partage de l'étude de la continuation est l'altérité¹²⁴⁹ de la continuatrice. On l'a reprise pour montrer que c'est ce qui fait varier le principe jurisprudentiel de l'absence de continuation automatique. Il est appliqué différemment en l'absence d'altérité de la continuatrice (A) et lorsque celle-ci est constatée (B). Les portées du principe, et de son exception, seront analysées et pour aller plus en avant dans l'étude de cette fiction, on interroge son bienfait, qui à défaut d'être constitué, pourrait remettre en cause son existence.

A. La continuation en l'absence d'altérité de la continuatrice

348. À la recherche du contexte de la substitution entre partenaires du même groupe. Dans trois arrêts de cassation du 07 juillet 2020, on lit que « *ce texte [alors article L. 442-6, I, 5° du code de commerce] a vocation à s'appliquer à toute relation commerciale établie entre les entités économiques qu'il cite, y compris lorsqu'elle a lié plusieurs personnes successivement, dès lors qu'il est établi que, dans l'esprit des partenaires, c'est la relation initialement nouée avec l'une qui s'est poursuivie avec l'autre*¹²⁵⁰ ». Par la locution adverbiale d'inclusion, les juges du droit indiquent que la continuation est l'une des situations donnant lieu à application des dispositions, tout en la conditionnant à sa connaissance par les parties. Dans aucun des arrêts les juges n'affirment qu'il y a eu – ou non – continuation, étant donné qu'ils cassent et annulent les décisions de la Cour d'appel de Paris pour défaut de base légale¹²⁵¹. Les faits sont insuffisants pour leur permettent

¹²⁴⁷ Académie fr., Dict. en ligne, V° *Continueur*.

¹²⁴⁸ CNRTL, Lexicographie, V° *Continueur*.

¹²⁴⁹ Centre du Droit de l'Entreprise de la Faculté de Droit de Montpellier, Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1^{er} janv. au 31 déc. 2020, Application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, Actions en justice à l'initiative des acteurs économiques, consulté depuis l'URL : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/Bilan-des-decisions-judiciaires-31-12-2020.pdf, le mer. 11 mai 2022.

¹²⁵⁰ Cass. com., 07 juill. 2020, n°s 18-25.302, 18-25.303 et 18-25.304, respectivement J.-D. n°s 2020-010068, 2020-010069 et 2020-010070. S. LEBRETON-DERRIEN, Contrat de vente de lait – Substitution du partenaire contractuel – Rupture de relation commerciale établie, La lettre du droit rural, 2^e et 3^e trim. 2020, n°75, 48 pp. 35-37.

¹²⁵¹ Cass. com., 07 juill. 2020, n°18-25.302, *ibid.*, « *En se déterminant ainsi, par des motifs impropres à exclure que [le producteur] ait entendu poursuivre avec [l'acheteur continueur] la relation initialement nouée avec [l'acheteur] dès lors qu'elle avait relevé*

d'exercer leur contrôle¹²⁵². En l'espèce, une substitution d'acheteurs, du même groupe, a eu lieu dans les relations avec des producteurs. Ces derniers ont d'abord vendu leur production à un premier acheteur durant plusieurs années, de 2007 à 2011, puis à l'acheteur qui l'a remplacé, à partir du 1^{er} janvier 2012. Lorsqu'au cours du premier trimestre 2012, chaque producteur a rompu la relation avec l'acheteur continuateur, sans observer de préavis, ce dernier s'est prévalu d'une continuation des relations¹²⁵³. À partir des faits relatés¹²⁵⁴, des difficultés surviennent pour identifier le contexte dans lequel la substitution entre les acheteurs a eu lieu. Il est indiqué une restructuration du groupe des acheteurs et une cession de contrat. Elles forment deux ensembles distincts pour appréhender la continuation : lorsque des opérations de restructuration ont lieu au sein d'un groupe de sociétés, occasionnant la création ou la disparition de sociétés (1), et quand une substitution s'opère entre des sociétés déjà existantes au sein du même groupe (2).

1. La continuation automatique lors de la restructuration d'un groupe de sociétés

349. Une continuation conditionnée mise en échec par une continuation automatique.

Dans chacun des arrêts susvisés, les juges du droit indiquent qu'à partir des seuls faits rapportés, la continuation ne peut pas être exclue, sans pour autant considérer qu'elle a eu lieu. De là, elle pourrait être caractérisée devant la juridiction de renvoi si l'acheteur continuateur s'appuie¹²⁵⁵ sur des faits complémentaires, établissant que dans l'esprit des producteurs, c'est la relation nouée avec l'acheteur initial qui s'est poursuivie avec lui. Mais elle pourrait aussi ne pas l'être si les faits invoqués par les producteurs montrent que c'est une nouvelle relation qui a débuté avec le

que les relations précédemment entretenues avec [ce dernier] au titre de l'achat de lait s'étaient, à la suite de la réorganisation du groupe Dischamp, poursuivies avec [l'acheteur continuateur] après le 1^{er} janvier 2012, sans interruption, ni modification et sans soulever aucune discussion à cet égard de la part [du producteur], informé sept mois auparavant de cette substitution, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

¹²⁵² J.-F. WEBER, Fiche méthodologique en matière civile, Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile, BICC n°702, 15 mai 2009, pp. 6-17, spéc. p. 11 : « Pour qu'il y ait un manque de base légale, il faut que la décision soit motivée, mais que les motifs soient insuffisants pour la justifier en droit. La différence entre ces deux cas d'ouverture à cassation n'est donc pas une différence de degré mais une différence de nature, car le défaut de motif est un vice de forme de l'arrêt, alors que le manque de base légale est un vice de fond ». J. BORÉ, L. BORÉ, Pourvoi en cassation, in S. GUINCHARD (dir.), Rép. de procédure civile, Dalloz, déc. 2015, maj en fév. 2022, s'agissant du défaut de base légale comme moyen de cassation ouvert aux parties, spéc. 496 : « Le contrôle de l'application de la loi se faisant d'après les constatations de fait souveraines de l'arrêt, l'absence ou l'imprécision – volontaire ou non – de ces constatations, aurait mis la Cour régulatrice dans l'impossibilité de remplir sa tâche. Elle a donc été conduite à exiger des juges du fond une exposition complète du fait. Si elle ne peut réviser les constatations souveraines de l'arrêt, la Cour de cassation est en droit du moins de vérifier que le juge du fond a exercé son pouvoir souverain d'appréciation et de censurer la décision qui comporte sur ce point une lacune ».

¹²⁵³ Étant entendu qu'il s'est substitué au précédent acheteur et a poursuivi les relations qui avaient été initialement nouées avec le premier acheteur.

¹²⁵⁴ Cass. com., 07 juill. 2020, n°s 18-25.302, 18-25.303 et 18-25.304, *ibid.*, et dans les arrêts d'appel, respectivement, CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 13 juin 2018, n°s 15/09790, J.-D. n°Ø, 15/09789, J.-D. n°2018-010222, et 15/09787, J.-D. n°Ø.

¹²⁵⁵ doute sur la concordance des temps, « ... le continuateur s'appuyait »

continuateur¹²⁵⁶. Ce sont là les solutions telles qu'elles peuvent être envisagées eu égard à la condition exigée par les juges de cassation. Pour autant, on s'est interrogé sur la fermeté de cette condition car « *les juridictions considèrent que, dans les opérations qui génèrent une transmission universelle du patrimoine (fusion, scission, apport partiel d'actifs soumis au régime des scissions, [...]), la substitution de partenaires dans une relation commerciale établie s'opère de plein droit*¹²⁵⁷ [...] ». Dans ces hypothèses, la continuation serait automatique et se passerait donc de tout autre élément de démonstration. L'issue des litiges s'esquisse : si l'opération de restructuration ayant eu lieu dans le groupe des acheteurs comporte une transmission universelle du patrimoine, alors la substitution des acheteurs a lieu sans que les producteurs puissent vraisemblablement s'y opposer. L'automatisme a été appliqué dans plusieurs jurisprudences, lors de différentes opérations de restructuration. Elle apporte une appréciation différente de la notion de relation établie par rapport à ce qu'elle a été jusque-là.

350. La réminiscence de la distinction relation – contrat. L'article L. 236-1 du Code de commerce prévoit qu'« *une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent*¹²⁵⁸ ». Différentes façons de procéder à une fusion en découlent : par la réunion de deux entités en une seule, par la création d'une entité nouvelle ou encore par l'absorption de l'une par l'autre. Quelle que soit la façon de faire retenue, la jurisprudence énumère les éléments caractéristiques de la fusion comme étant « *la transmission de l'ensemble des éléments d'actif et de passif de la société absorbée à la société absorbante, la dissolution de la société absorbée et l'échange de droits sociaux [...]*¹²⁵⁹ ». On s'est alors demandé à quel titre les relations établies avec les partenaires de l'absorbée sont

¹²⁵⁶ J. BORÉ, L. BORÉ, Pourvoi en cassation, in S. GUINCHARD (dir.), Rép. de procédure civile, *ibid.*, s'agissant de la procédure devant la juridiction de renvoi : spéc. 994 : « *Prolongeant la règle générale posée par l'article 563 du code de procédure civile pour l'instance d'appel, l'article 632 précise que, devant la juridiction de renvoi, « les parties peuvent invoquer de nouveaux moyens à l'appui de leur prétention » et 995 : « En outre, les parties ont le droit d'invoquer de nouveaux éléments de fait, soit qu'il s'agisse de faits dont la première cour n'a pas eu une connaissance exacte (...), soit qu'il s'agisse de faits postérieurs à l'arrêt de cassation, susceptibles d'atteindre ou de modifier l'étendue de leurs droits (...). Enfin, à l'appui de leurs moyens de fait anciens ou nouveaux, les parties sont fondées à invoquer de nouveaux documents ou de nouvelles preuves [...]* ».

¹²⁵⁷ J.-L. FOURGOUX, Préavis : La Cour de cassation valide l'analyse souveraine de la Cour d'appel de Paris retenant que la dépendance économique d'un laboratoire pharmaceutique vis-à-vis de son fournisseur de flacons imposait un préavis sans changement substantiel, pendant trente-six mois (*Saint Gobain*), Concurrences n°1-2017, art. n°83382, pp. 124-125, à propos de Cass. com., 04 oct. 2016, n°15-14.025, J.-D. n°2016-020307. En l'espèce, il ne s'agissait vraisemblablement pas d'un laboratoire pharmaceutique mais d'une entreprise « *spécialisée dans la fourniture de chais, de produits pour chais (bouteilles, bouchons, caisses et emballages) et de services associés (marquage de caisses et emballages, location de matériel d'embouteillage)* » et de « *la société anonyme Saint-Gobain Emballage [...] principal fournisseur de bouteilles [de l'entreprise susvisée]* », CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 07 janv. 2015, n°12/17844, J.-D. n°2015-000128.

¹²⁵⁸ C. com., art. L. 236-1, al. 1 et al. 2 : « *Une société peut aussi, par voie de scission, transmettre son patrimoine à plusieurs sociétés existantes ou à plusieurs sociétés nouvelles* ».

¹²⁵⁹ CA Versailles, 12^e Ch., 24 juin 1993, n°4692/91, J.-D. n°1993-042987, non tronqué : « *Considérant en effet qu'aux termes de l'article 371 de la Loi du 24 juillet 1966, il y a fusion lorsque deux sociétés se réunissent pour n'en former qu'une, soit par la création d'une société nouvelle, soit par absorption ; que les éléments caractéristiques de la fusion sont la transmission de l'ensemble des éléments d'actif et de passif de la société absorbée à la société absorbante, la dissolution de la société absorbée et l'échange de droits sociaux, à savoir que les associés de la société absorbée deviennent associés de la société absorbante avec attribution de parts dans la mesure où il y a un actif net au niveau de la société absorbée* ».

continué *de plein droit* par l'absorbante sans figurer parmi les éléments d'actif et de passif transmis, à l'inverse des contrats¹²⁶⁰. Les relations établies étant distinctes des contrats, on a cherché ce qui peut expliquer qu'elles puissent être ainsi continuées.

351. La prévalence de la relation sur les stipulations lors d'une fusion-absorption. La jurisprudence admet la continuation des relations établies par l'absorbante avec les partenaires de l'absorbée. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 février 2015¹²⁶¹ l'illustre, mais dans une solution non dénuée d'ambiguïtés : les juges décident que « *la relation d'affaires existant depuis 1991 avec la société absorbée se trouvait maintenue par la société absorbante sur des bases juridiques nouvelles comme le précisent les termes du préambule du contrat signé en 2001 : « ... Les parties abandonnent et mettent fin à l'éventuelle relation existante entre elles et s'engagent sur la base de ce nouveau contrat »*. On retrouve la dissociation entre la relation et le contrat. Mais en l'occurrence, le préambule prévoit l'interruption de *l'éventuelle relation existante*, soit la relation établie antérieurement entre l'absorbée et ses partenaires. Cette stipulation s'oppose à la solution des juges et c'est en cela que l'arrêt est équivoque : de façon concomitante, il maintient une relation et admet qu'elle se poursuive par un nouveau contrat qui l'interrompt. Les juges ne font pas cas des prévisions contractuelles en retenant que les relations établies avant la fusion-absorption sont continuées pour confirmer l'allongement du préavis décidé par les juges du fond. Les stipulations ne lient donc pas les juges. C'est là une protection en faveur des entreprises ayant été en relation avec l'absorbée car elles conservent ainsi l'ancienneté de leurs relations. Par contre, la situation pourrait se concevoir différemment si un préavis avait été observé par l'absorbée, avant la réalisation de la fusion ; cela donnerait corps à la cessation de la relation telle qu'elle avait été prévue par les parties. En somme, en l'absence de préavis et en prévoyant l'interruption des relations nouées avec l'absorbée, ce pourrait être un moyen pour l'absorbante de contourner les dispositions applicables alors qu'en présence d'un préavis, il faudrait admettre qu'elles ont été respectées et il ne s'agirait dès lors plus de continuer ce qui a été arrêté.

352. Une relation établie plus ancienne que les sociétés entre qui elle est nouée lors d'une fusion par création d'une entité nouvelle. C'est ce qui ressort d'un arrêt du 12 septembre 2019¹²⁶². En l'espèce, une coopérative agricole est en relation avec des sociétés de transport et lorsque la première réduit les volumes d'activité et les prix pratiqués, les secondes l'assignent pour rupture brutale. Pour les juges, leur relation est établie depuis 1962, année à laquelle aucune des

¹²⁶⁰ A. BONNASSE, N. JÜLLICH, Fusions-scissions. – Effets. Action en contestation, JCI Sociétés Traité, fasc. 162-20, maj 03 fév. 2021, spéc. 21. B. PICHARD, Le transfert des contrats conclus intuitu personae en cas de fusion, PA n°21, 18 fév. 1998, p. 23, « *Selon la majorité de la doctrine, il en découle que, sauf règles particulières, l'ensemble des contrats auxquels l'absorbée est partie, sont transmis à l'absorbante* ».

¹²⁶¹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 fév. 2015, n°12/22955, J.-D. n°2015-002375.

¹²⁶² CA Paris, Pôle 05, Ch. 5, 12 sept. 2019, n°17/00236, J.-D. n°Ø.

sociétés au litige n'existe encore. Grâce à leurs numéros SIRET, on connaît les dates d'immatriculation des sociétés¹²⁶³ : celles des transporteurs ont été immatriculées en 1991 tandis que la coopérative agricole l'a été en 2000. L'une des sociétés de transport a été créée suite à la reprise d'un fonds de commerce. Quant à la coopérative agricole, elle est issue de la fusion entre deux autres coopératives. C'est grâce à l'attestation d'un salarié de la société de transport qui existait déjà en 1962 et dont le fonds de commerce a été cédé, et à la correspondance entre les sociétés que l'ancienneté est établie à quarante années. Celle-ci est propre à la relation entre les transporteurs et leur donneur d'ordres malgré le changement des sociétés par lesquelles ils exercent leurs activités. Les sociétés transmuent et leurs activités demeurent. C'est la continuation ininterrompue des activités qui les fait primer et relègue les entités. Ce phénomène a été critiqué en doctrine, qui réprovoque la virtualité de la relation¹²⁶⁴, figure proche de celle tout aussi évocatrice, de la désincarnation de la relation établie, aussi observée lors d'une scission.

353. La désincarnation de la relation établie lors d'une scission. À la suite à la déréglementation du marché du gaz¹²⁶⁵, le monopoleur historique a séparé ses activités de gestion des réseaux de transport et de gestion des réseaux de distribution. Une entreprise installant des conduites de transport de gaz s'est prévalu d'une relation entamée avec le monopoleur, soit la société scindée, et poursuivie avec l'une des sociétés issue de la scission. D'après les éléments fournis, les juges d'appel l'admettent¹²⁶⁶. La continuité se rapporte à l'activité car c'est par l'effet de la scission qu'elle a pu être continuée. Le fait que l'installateur ait successivement eu à traiter avec la société scindée, puis avec la société nouvelle, ne retire pas à la relation son caractère établi. Cette solution renoue avec la dérive précédente, liant des activités en lieu et place des entreprises. La désincarnation de la relation établie participe à créer la fiction, sans laquelle il est difficilement possible de justifier que la continuation s'opère de plein droit, étant donné que les relations établies ne figurent pas parmi les éléments du patrimoine transmis. Mais les parties peuvent s'opposer à la continuation, en considération notamment de contrats conclus *intuitu personae*, et la fiction ne semble alors pas être entièrement réalisée.

¹²⁶³ Les numéros SIRET des entreprises sont indiqués dans l'arrêt et on les renseigne sur le site <https://www.infogreffe.fr/>.

¹²⁶⁴ C. MOULY-GUILLEMAUD, Le reprenneur du fonds reprend la relation commerciale : une relation établie bien au-delà du réel, D. 2012, 795, « *Le maintien de la relation commerciale en dépit du changement de partenaire pourrait peut-être s'expliquer par une appréhension exclusivement objective de la relation. La relation commerciale serait établie non pas entre deux personnes, mais entre deux choses, entre deux activités économiques ou entre deux fonds de commerce* ».

¹²⁶⁵ L'ouverture des marchés de l'énergie à la concurrence s'est faite progressivement à partir de 1996. Pour une synthèse chronologique, on a consulté le site internet du médiateur de l'énergie, depuis l'URL : https://www.energie-info.fr/fiche_pratique/louverture-du-marche-de-lelectricite-et-du-gaz-naturel-a-la-concurrence/, le mar. 19 avr. 2022.

¹²⁶⁶ CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 18 déc. 2020, n°18/04446, J.-D. n°0, affirmant que « *la société GRT Gaz s'inscrit dans la continuité de Gaz de France de sorte que [l'appelante] peut utilement se prévaloir des relations tissées avec cette dernière pour établir l'ancienneté des relations contractuelles* ».

354. L'absence de continuation lors d'un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions. Les juges de cassation affirment que « *le contrat de franchise, conclu en considération de la personne du franchiseur, ne peut, sauf accord du franchisé, être transmis par l'effet d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions*¹²⁶⁷ ». L'opération consiste pour une société à faire apport à une autre, déjà existante ou nouvellement constituée, d'une partie de ses éléments d'actif. L'apporteuse reçoit en contrepartie des titres émis par la société bénéficiaire de ces apports. Ensemble, elles peuvent convenir de soumettre l'opération au régime des scissions. Cela nous remet conséquemment en présence d'une transmission universelle du patrimoine, comprenant les contrats, exclusion donc faite de ceux conclus *intuitu personae*. L'obstacle est surmontable dès lors que l'accord du cocontractant visé est recueilli. La solution tend à rejoindre la continuation des relations commerciales établies conditionnée à sa connaissance par les partenaires telle qu'elle est exigée par la Cour de cassation et qu'il faut désormais analyser lorsque ce sont des filiales qui se substituent l'une à l'autre.

2. La continuation conditionnée lors de la substitution de filiales

355. Faire la preuve de la continuation d'une relation par une filiale. Dans les litiges entre les acheteurs et les producteurs ayant donné lieu aux trois arrêts du 07 juillet 2020, c'est durant l'année 2011 que la substitution des acheteurs a été préparée¹²⁶⁸. Mais faute de connaître ce qui a été projeté, et en l'absence de publicité légale relative à une opération de restructuration, on a envisagé le remplacement d'une filiale par une autre et la cession entre elles du contrat. En ce cas, l'acheteur continuateur pourra se prévaloir de la continuation s'il démontre que « *dans l'esprit des partenaires, c'est la relation initialement nouée avec l'une qui s'est poursuivie avec l'autre* ». Les

¹²⁶⁷ Cass. Com., 03 juin 2008, n°06-13.761, J.-D. n°2008-044216. H. HOVASSE, Apport partiel d'actif sous le régime des scissions ou fusion-absorption : conditions de la transmission d'un contrat de franchise, JCP E n°40, 02 oct. 2008, 2210.

¹²⁶⁸ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 13 juin 2018, n°15/09790, J.-D. n°Ø, n°15/09789, J.-D. n°2018-010222, et n°15/09787, J.-D. n°Ø. La proposition d'un contrat écrit d'achat aux producteurs de lait a eu lieu en mai 2011. D'après l'arrêt n°15/09789, il y aurait eu « *plusieurs réunions d'information [...] entre les producteurs de lait en février et mars 2011* », un fait qui n'apparaît pas dans les autres arrêts, malgré la marque du pluriel s'agissant des producteurs. En outre, l'emploi de la préposition « *entre* » sans la conjonction de coordination « *et* » laisse à penser que les réunions ont seulement eu lieu entre les producteurs alors que c'est l'acheteur qui s'en prévaut. La période de validité de la proposition de contrat a été identique pour tous les producteurs : « *jusqu'au 30 septembre 2011* ». Chaque contrat proposé contenait une clause de substitution, mais elle est visée différemment en appel et en cassation (en appel : « *le contrat sera ultérieurement transféré soit à la SLVA, soit à la LM [de la même façon que le premier acheteur visé, on utilise les initiales de la société du second]* », en cassation : « *clause de substitution au profit soit de la SLVA, soit de la SNLM* »). Aucun des producteurs n'a accepté la proposition de contrat. Au 1^{er} janvier 2012, « *la SNLM s'est substituée à la SLMA* ». En s'en tenant à la clause visée dans les arrêts d'appel, la SNLM est un nouvel acheteur qui se substitue au précédent, tandis que selon la Cour de cassation l'acheteur continuateur (la SNLM) correspond à l'un de ceux qui était visé dans la clause de substitution. Une erreur matérielle s'est vraisemblablement glissée soit dans les arrêts d'appel, soit dans ceux de cassation. La différence est que s'il s'agit d'une erreur des premiers, les acheteurs font face à un nouvel acheteur alors que la correspondance de la SNLM en tant qu'acheteur continuateur et qu'acheteur visé dans la clause de substitution fait de lui une entité déjà portée à la connaissance des acheteurs (même si cela ne change rien au fait qu'aucun des producteurs n'a accepté la proposition de contrat). Étant donné que la LM a d'abord été placée en redressement judiciaire en 2007, puis en liquidation judiciaire en 2008, l'erreur matérielle concernerait sans doute plus probablement les arrêts d'appel et a été rectifiée en cassation.

partenaires correspondent aux producteurs qui étaient en relation avec l'acheteur initial, cette relation étant elle-même visée comme étant celle qui a été *initialement nouée*. Dans cette situation, on s'est demandé quels éléments pouvaient être rapportés pour faire la preuve que les partenaires en avaient connaissance.

356. L'appréciation souveraine de la continuation d'après les avenants et les préambules.

À plusieurs reprises en jurisprudence, les juges ont retenu des continuations en s'appuyant sur les termes contractuels, qu'ils aient été ajoutés à un instrumentum existant ou qu'ils en aient formé un nouveau.

357. Un partenariat informel continué par un partenariat formel. Dans l'arrêt du 25 septembre 2012, les juges de cassation confirment l'arrêt d'appel ayant retenu la continuation de la relation nouée, d'abord entre un importateur et la filiale d'un groupe industriel agroalimentaire, puis avec une autre filiale¹²⁶⁹. En l'occurrence, aucun avenant ne pouvait exister à défaut pour les parties initiales d'avoir formalisé leur relation. C'est donc dans le contrat conclu avec la seconde filiale qu'il a fallu chercher les éléments établissant la connaissance par les parties de la continuation ; plus précisément dans son préambule¹²⁷⁰. Partie intégrante du contrat, cet exposé préalable a la même force obligatoire¹²⁷¹ : pouvant « *faire naître de véritables obligations contractuelles qui, en tant que telles, s'imposeront aux parties [...] ; encore faut-il que ces principes généraux soient rédigés de façon suffisamment précise, faute de quoi ils ne créeraient aucune obligation juridique*¹²⁷² ». Le préambule est laissé à la libre appréciation souveraine des juges du fond. Mais à défaut de prévoir littéralement la continuation des relations, ses termes seront interprétés et on ne pense pas que la continuation devrait pouvoir être retenue à partir de cette seule interprétation car elle peut comporter une part d'extrapolation. Pour nous, elle s'explique à partir de l'exacerbation du rapport de forces : si les négociations pour parvenir à un contrat comportent des échanges entre des parties de forces inégales, ce rapport tend à se durcir lors de la rédaction d'instrumentums lorsque la partie hégémonique impose des tiers rédacteurs, qui pourraient avoir à minorer certains aspects. En somme, on passe d'un extrême à l'autre. Pour l'éviter, il faut ajouter à l'interprétation des termes contractuels la confrontation de ce que la relation initiale a été par rapport à ce que la relation qui lui succède est. Dans le litige entre le distributeur

¹²⁶⁹ Cass. com., 25 sept. 2012, n°11-24.301, Bull. IV, n°166, J.-D. n°2012-021640.

¹²⁷⁰ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 29 juin 2011, n°09/17336, J.-D. n°2011-014205, « [...] que l'exposé préalable indique en effet Depuis quelques années Etablissements CHARLES SA importe du Maroc des potages déshydratés Chorba et Harira certifiés Halal fabriqués par NESTLE MAROC sous la marque MAGGI, NESTLE FRANCE division FOOD SERVICE souhaite pour sa part s'intéresser au marché des produits ethniques... Elle considère qu'il est de son intérêt de prendre appui sur les ressources marketing industrielles du groupe NESTLE à cette fin' ».

¹²⁷¹ Le Lamy Droit du Contrat [en ligne], maj juin 2022, n°919 (Portée juridique du préambule) : « Le préambule fait partie intégrante du contrat. À ce titre, il constitue un élément utile pour l'interprétation de l'acte [...]. Le préambule a surtout la même force obligatoire, la même autorité, que le reste du contrat ».

¹²⁷² *Ibid.*

et les filiales du groupe industriel agroalimentaire, le premier a distribué certains produits des secondes de façon exclusive et ces produits ont toujours été les mêmes¹²⁷³. Leur spécificité s'est reportée sur la relation qui en porte aussi certaines caractéristiques¹²⁷⁴. Ainsi, l'économie de la relation a été conservée lors de la substitution des filiales. Par conséquent, l'interprétation du préambule devrait toujours être corroborée par une identité d'éléments demeurant entre les relations qui se succèdent. À la lumière de la recommandation formulée, on analyse succinctement un autre arrêt. En 2020, les juges d'appel ont reconnu la continuation, à partir du préambule suivant : « *le distributeur distribue et assure la promotion depuis plus de 25 ans de diverses gammes de dispositifs médicaux commercialisés successivement par les sociétés [...], [...] et à ce jour [...]*¹²⁷⁵ ». L'adverbe renseigne sur le fait qu'une société vient à la suite d'une autre proposer les produits à la vente au distributeur. La substitution des sociétés intervient en amont sans apparemment que cela n'ait perturbé la distribution des produits en aval auprès des acheteurs concernés¹²⁷⁶, ayant continué de s'approvisionner chez le distributeur. En conséquence, les préambules, au-delà de donner naissance à des obligations contractuelles, peuvent aussi contenir les éléments de la démonstration de la volonté des parties de continuer une relation, et sont cette fois à l'origine d'une obligation non-contractuelle : celle d'octroyer un préavis en considération de l'ensemble de la relation. Mais tous les préambules n'y mènent pas.

358. Un partenariat formel non continué par un autre partenariat formel. Dans l'arrêt du 05 janvier 2016, le litige oppose la société Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne¹²⁷⁷, organisant la vente des quotidiens et autres périodiques en assurant leur acheminement, et les prestataires successifs à qui la gestion des invendus a été confiée (en 2003, avec un premier prestataire et en 2006 avec un second, tous deux appartenant au même groupe). En 2011, la NMPP résilie le contrat et organise un appel d'offres. La réponse du prestataire n'ayant pas été retenue, celui-ci allègue une rupture brutale, en se prévalant d'une relation établie depuis 2003. Mais en se reportant au contrat le plus récent, les juges ne retiennent pas cette ancienneté : ses termes ne comportent ni « *la volonté des parties de faire reprendre par [le second prestataire] les droits et obligations [du premier]* », ni la « *reprise d'un contrat antérieur* ». En outre, en dépit du fait pour le préambule de mentionner l'appartenance des prestataires au même groupe, les juges

¹²⁷³ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 29 juin 2011, n°09/17336, *ibid.*, « *que la société CHARLES [le distributeur] fait valoir et qu'il n'est pas contesté que depuis 1991 elle avait commercialisé des produits, objet de l'exclusivité dans le contrat du 4 juillet 2003, dans le cadre d'une relation avec NESTLE MAROC [la filiale initiale] sans contrat écrit* ». L'emploi de l'article indéfini « *des* » est contraire à l'objet de l'exclusivité qui, par définition, exclut, et qui positivement, inclut les produits précisément déterminés. En remplaçant l'article indéfini « *des* » par l'article défini « *les* », l'idée d'une continuation se renforce du fait de l'identité des produits.

¹²⁷⁴ *Ibid.* : « *il n'est pas contesté que la commercialisation des produits est soumise à une forte contrainte saisonnière, les potages Harira et Chorba étant consommés principalement par une clientèle musulmane au cours du jeûne du mois du Ramadan du calendrier lunaire musulman* ».

¹²⁷⁵ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 28 mai 2020, n°17/03955, J.-D. n°2020-007511,

¹²⁷⁶ *Ibid.*, en l'espèce, les produits distribués sont des « *équipements et consommables médicaux destinés aux hôpitaux et cliniques* ».

¹²⁷⁷ La société Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne sera ci-après désignée avec l'acronyme « NMPP ».

retiennent que c'est seulement « *pour justifier la capacité du prestataire à exploiter le contrat* ». Enfin, il apparaît que « *les prestations prévues et le centre de stockage ne sont pas les mêmes* ». La relation nouée avec le second prestataire comporte des différences par rapport à celle nouée avec le premier, et elles sont telles que la seconde ne prolonge pas la première. Le fait qu'il s'agisse de deux contrats et non d'un contrat complété d'un avenant aurait pu mettre sur la voie de l'absence de continuation car dans la mesure où l'avenant complète, il serait davantage en mesure de révéler une continuation. Toutefois, on a précédemment pu observer que la continuation a pu être caractérisée à l'aide de deux contrats successifs car le préambule du second contrat attestait d'une reprise, corroborée par une appréciation *in concreto* de la continuation¹²⁷⁸.

359. Une continuation à infirmer ou confirmer. Pour en terminer avec l'analyse des trois d'arrêts du 07 juillet 2020, en l'absence de restructuration et en présence d'une cession de contrat entre les acheteurs d'un même groupe, les juges s'appuieront sur les stipulations versées pour considérer une continuation. À ce stade, elle ne sera qu'éventuelle ; le contrat et son préambule, l'avenant, pouvant contenir des informations éclairantes. Ces documents ne devraient pourtant pas suffire à retenir une continuation. Elle devra être infirmée ou confirmée à l'aide des caractéristiques propres aux relations qui se sont succédées : leur recoupement vaudra confirmation, et leurs différences, voire leurs oppositions, infirmation. Les juges du droit affirment qu'il y a continuation si dans l'esprit des partenaires, c'est la relation initialement nouée avec l'un qui s'est poursuivie avec l'autre, sauf qu'à aucun moment on peut être dans leur esprit, il a donc fallu rechercher les extériorités, parmi elles : les contrats contenant l'intention des parties et les faits qui la font exister. Quant à l'appréciation des relations qui se succèdent, elles vont forcément présenter un certain nombre de traits communs, de similitudes, car aucune des entreprises qui y sont parties ne peut changer radicalement d'activité, et de façon de la mener¹²⁷⁹. Il y a là un biais qui force à approfondir la comparaison, sans que cela ne puisse résoudre complètement le problème posé par les relations successives qui seront sinon semblables, du moins très similaires, en présence de spécificités d'activité.

¹²⁷⁸ Cass. com., 25 sept. 2012, n°11-24.301, Bull. IV, n°166, J.-D. n°2012-021640.

¹²⁷⁹ Cass. com., 07 juill. 2020, nos 18-25.302, 18-25.303 et 18-25.304, respectivement J.-D. nos 2020-010068, 2020-010069 et 2020-010070. En l'occurrence, les producteurs de lait, à qui une rupture brutale est reprochée, sont installés en zone d'appellation d'origine protégée Saint-Nectaire. Une telle spécificité se reporte nécessairement sur l'activité déployée. L'arrêt du 15 février relatif à l'appellation d'origine protégée « Saint-Nectaire » modifie le cahier des charges afférent (JORF n°0046 du 23 fév. 2017, texte n°50). L'article 1 indique qu'il est publié au Bulletin officiel du ministère de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt et fournit l'adresse internet depuis laquelle il peut être consulté.

B. La continuation face à l'altérité de la continuatrice

360. La portée d'un principe et de son exception selon les reprises. Dans l'arrêt du 10 février 2021, la Cour de cassation affirme qu'« *en matière de rupture brutale d'une relation commerciale établie, la seule circonstance qu'un tiers, ayant repris l'activité ou partie de l'activité d'une personne, continue une relation commerciale que celle-ci entretenait précédemment ne suffit pas à établir que c'est la même relation commerciale qui s'est poursuivie avec le partenaire concerné, si ne s'y ajoutent des éléments démontrant que telle était la commune intention des parties*¹²⁸⁰ ». Elle pose un principe et son exception : la continuation n'est pas automatique mais elle peut être retenue si la commune intention des parties de continuer est démontrée. La portée de la solution doit être discutée car malgré sa part d'abstraction¹²⁸¹, elle englobe diverses situations, dont celle des entreprises en difficulté, mais pas seulement. Dans l'incidente explicative¹²⁸² « *ayant repris l'activité ou partie de l'activité d'une personne* », le verbe fait partie du vocabulaire des procédures collectives¹²⁸³, au même titre que *repreneur*¹²⁸⁴ (malgré son absence de définition unitaire¹²⁸⁵), mais ces termes n'y sont pas exclusivement dédiés. La reprise a un

¹²⁸⁰ Cass. com., 10 fév. 2021, n°19-15.369, F-P, J.-D. n°2021-001725.

¹²⁸¹ J.-F. WEBER, Fiche méthodologique en matière civile, Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile, BICC n°702, 15 mai 2009, pp. 6-17, spéc. p. 6 : « [...] la Cour [...] n'apprécie pas le fait mais dit le droit ». J. BORÉ, L. BORÉ, La cassation en matière civile 2015/2016, 5^e éd., 2015, Dalloz, Dalloz Action, ISBN n°978-2-247-15593-4, spéc. 01.12, pp. 1-2, « *La France, elle, est un pays de droit écrit qui, depuis Descartes et la Révolution de 1789, croit dans la valeur de règles générales intelligibles et cherche à les rendre plus facilement accessibles en les codifiant. Ces règles apportent des réponses à beaucoup de questions, mais pas à toutes. Elles doivent être complétées par la jurisprudence. En forgeant cette jurisprudence, la Cour de cassation, elle aussi, cherche à définir des normes aussi générales que possible* ».

¹²⁸² Pour nous, « *ayant repris l'activité ou partie de l'activité d'une personne* » est une incidente explicative, le fait qu'elle soit placée entre virgules nous met sur cette voie (N. CATACH, « Mise en place de la ponctuation : moderne : XVIII^e – XX^e siècle, in N. CATACH éd, La ponctuation. (Histoire et système). Paris cedex 14, PUF, « Que sais-je », 1996, pp. 35-47, spéc. pp. 38-39). Comme son nom l'indique, elle fournit une explication parmi les divers aspects qu'elle suggère. Sans les envisager précisément mais en en tenant compte pour autant, on pourrait la reformuler en énonçant qu'en cas de reprise d'activité tel est le principe (absence d'automatisme) et telle est l'exception (démonstration de la commune intention des parties de continuer), étant entendu qu'en dans d'autres cas, le principe et l'exception pourraient être différents. Cela conforte ce que l'on a relevé précédemment eu égard aux opérations de restructuration dans les groupes de sociétés, avec transmission universelle du patrimoine, lors desquelles le principe est en fait celui d'une continuation automatique et l'exception, en présence de contrats conclus *intuitu personae*, est celle d'une continuation conditionnée.

¹²⁸³ D. ROBINE, M. JEANTIN, P. LE CANNU, Droit des entreprises en difficulté, fév. 2020, 8^e éd., Dalloz, Précis, ISBN n°978-2-247-14041-1, spéc. 222, p. 155 : « [...] le juge confronté à plusieurs propositions de reprise de l'entreprise en difficulté, se devait-il de choisir la solution qui assure durablement la meilleure protection de l'emploi ».

¹²⁸⁴ *Ibid.*, spéc. 964, p. 601 : « *Le plan de sauvegarde et le plan de redressement sont des plans exécutés par le débiteur, alors que le plan de cession est exécuté par un (ou plusieurs) tiers, appelé en pratique (l'expression ne figure pas dans le code), le repreneur* ». F. KENDERIAN, Bail commercial : fin du bail et procédures collectives, Synthèse in JCI Bail à loyer, maj 02 déc. 2021, spéc. 53 s'agissant de la cession du bail commercial : « [...] le principe de l'exécution du bail cédé aux mêmes clauses et conditions n'est que relatif depuis la loi dite Pinel du 18 juin 2014, puisque cette loi a ajouté un nouvel alinéa 4 à l'article L. 642-7 du Code de commerce permettant au tribunal de commerce d'autoriser le repreneur [littéralement dans l'article] à adjoindre à l'activité prévue au bail des activités connexes et complémentaires ».

¹²⁸⁵ Le terme « *repreneur* » figure dans différents Codes, entre autres dans le Code de commerce (par ex., art. L. 642- susvisé et art. D. 711-10 visant les « *créateurs et repreneurs d'entreprises* »), dans le Code du travail (par ex., art. L. 1233-57-14 visant « *un repreneur* » et « *des repreneurs potentiels* »), dans le Code général des impôts (par ex., art. 200 octies, 1, b), visant « *le créateur ou le repreneur de l'entreprise* »), dans le Code de la sécurité sociale (par ex. art., D. 412-99-4 visant le « *repreneur de l'entreprise* »), dans le Code de l'énergie (par ex., art. R. 221-10 visant le « *repreneur de l'activité* »), dans le Code rural et de la pêche maritime (par ex., art. R. 254-33 visant le « *repreneur de son activité* »). On observe que le repreneur reprend soit l'entreprise, soit l'activité. Le terme ne figure ni dans le dictionnaire de vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant, ni

domaine plus large : le repreneuriat¹²⁸⁶, qu'il est encore possible de différencier de la transmission d'entreprises par héritage¹²⁸⁷. À partir de l'identification de ces deux ensembles distincts, on examine l'application et la portée du principe – et de son exception – dans le contexte des procédures collectives (1) et en dehors (2).

1. L'effet d'entraînement des difficultés lors de procédures collectives

361. La continuation à rebours du vrai¹²⁸⁸ lors de cessions. « [L]a poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif » sont des objectifs communs aux procédures de sauvegarde¹²⁸⁹ et de redressement judiciaire¹²⁹⁰, mais seule la première est « destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise ». Après une période d'observation et « lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée, le tribunal arrête

dans le lexique des termes juridiques sous la direction de S. GUINCHARD et T. DEBARD. En l'absence de plus d'éléments explicatifs, on retiendra que le repreneur s'oppose aux créateurs *ex nihilo* d'entreprises, même si la loi lui permet d'adjoindre des activités lors de la reprise. Des zones d'ombres persistent aussi dans l'identification de qui est, voire qui peut être, repreneur et à quel moment il doit être considéré comme tel (déjà lorsqu'il est en lice pour la reprise ou seulement quand celle-ci est effective).

¹²⁸⁶ N. LEPERCQ, Réussir une reprise de PME : Proposition d'un modèle relationnel », th., 2020, Univ. Paris-Dauphine, gestion, spéc. p. 25 : « La reprise d'entreprise est devenu un champ de recherches dans les années 2000 lorsque l'évolution socio-économique des économies développées a imposé une prise en compte du phénomène : le départ en retraite massive des baby-boomers, la valorisation de l'image de l'entrepreneur, le chômage des cadres supérieurs issus des grandes entreprises, la globalisation et la complexité croissante des systèmes de gestion des PME. Ainsi, la littérature francophone a fait reconnaître la reprise d'entreprise (externe) comme pratique entrepreneuriale distincte de la création d'entreprise (Deschamps, 2003 ; Deschamps & Geindre, 2011), de la succession familiale (Parker & Van Praag, 2010) et enfin de la reprise interne par les salariés (RES) (Estève & Mahé de Boislandelle, 2011, 2015). J. de FREYMAN, K. RICHOMME-HUET, Le phénomène successoral, *Entreprendre & Innover* 2012/2, n°14, pp. 9-19, spéc. tableau 1 : Les modalités de transmission. E. RIOT, B. RAMANANTSOA, É. KRIEGER, La reprise d'entreprise à l'aune de l'analyse du récit, *Revue Gestion* 2000, n°3/2007, 16p., spéc. p. 7. D. CHABAUD, C. ESTAY, P. LOUART, Éditorial, *Revue de l'entrepreneuriat*, 2008/1, vol. 7, pp. I-XVIII, spéc. note 6, allant plus loin en proposant encore une autre distinction : « Le repreneuriat renvoie à la reprise (transmission) par (à) une personne physique, tandis que toute nouvelle activité rachetée par une entreprise existante relèvera de l'intrapreneuriat ».

¹²⁸⁷ Lors de la transmission d'une entreprise familiale, le repreneur est un héritier. H. PICHARD, B. PICHARD, *Le Family Buy Out : une technique innovante*, *JCP E* n°16, 17 avr. 2008, 1534, évoquant les « héritiers repreneurs ».

¹²⁸⁸ F. GÉNY, Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Troisième Partie : Élaboration technique du droit positif, *Recueil Sirey* 1921 [disponible sur Gallica.fr, dans la limite des 15% autorisés dans le cadre du projet de numérisation des indisponibles, intégralement depuis le site internet de The Internet Archive, « a 501(c)(3) non-profit », coll. University of Toronto – J. M. Kelly Library], 240, pp. 360-361 : « Mieux encore que les présomptions, les fictions juridiques font saillir, dans l'ordre intellectuel, l'artifice, qui demeure le trait distinctif de la technique du droit. D'une part, elles se présentent en dehors de toute question de preuve et contribuent directement à accroître le nombre ou à développer le contenu des règles de fond. D'autre part, – et c'est ce qui en marque le signe caractéristique, – elles ne s'attardent pas à soupeser la probabilité, à scruter la vraisemblance ; elles heurtent franchement ce que l'esprit tient pour la réalité des choses ; bien plus, c'est en faussant délibérément celle-ci, qu'elles aboutissent à assujettir la vie sociale au précepte, jugé désirable. Par où l'on voit, qu'elles dépassent manifestement la sphère, où se contiennent les présomptions, mêmes absolument irréfragables. Si étrange qui puisse paraître à la saine raison, pour nous aider à trouver notre voie vers le juste, un procédé qui consiste essentiellement à prendre le rebours du vrai, il faut convenir, qu'on rencontre son emploi, en maintes manifestations de l'activité des hommes ».

¹²⁸⁹ C. com., art. L. 620-1, al. 1 : « Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ».

¹²⁹⁰ C. com., art. L. 631-1, al. 1 : « Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements », al. 2 : « La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ».

dans ce but un plan qui met fin à la période d'observation. Le plan de sauvegarde comporte, s'il y a lieu, l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou plusieurs activités¹²⁹¹ ». Les modifications du périmètre des activités¹²⁹² doivent permettre à l'entreprise de continuer d'être. Parmi elles, il y a les cessions, étant précisé que si le plan de sauvegarde peut en être assorti, il s'agit uniquement de cessions partielles, jamais d'une cession totale¹²⁹³. Le troisième alinéa de l'article L. 626-1 du Code de commerce procède par renvoi pour qu'elles soient réalisées conformément « aux dispositions de la section 1 [De la cession de l'entreprise] du chapitre II [De la réalisation de l'actif] du titre IV [De la liquidation judiciaire et du rétablissement professionnel] [...] », « c'est-à-dire aux règles applicables au plan de cession fixées au sein des dispositions relatives à la liquidation judiciaire. Il en résulte notamment que ce régime ne s'applique qu'à des branches complètes et autonomes d'activité et qu'il suppose que des offres aient été présentées¹²⁹⁴ ». Les cessions réalisées dans le cadre du redressement judiciaire sont soumises au même régime¹²⁹⁵. La section susvisée contient les articles L. 642-1 à L. 642-17, dont l'article L. 642-7, siège de la cession judiciaire des contrats¹²⁹⁶. Lorsque les plans de sauvegarde et de redressement prévoient la cession d'une ou plusieurs activités du débiteur, elles sont proposées à des acquéreurs. En cela, le plan de cession « se distingue fondamentalement d'une opération de nature liquidative¹²⁹⁷ », qui aurait pour seule finalité de désintéresser les créanciers, grâce à la vente d'un ensemble de biens du débiteur¹²⁹⁸. Il faut davantage le concevoir comme « une opération globale, comportant des volets économique, social et financier, le législateur lui ayant assigné « pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont

¹²⁹¹ C. com., art. L. 626-1, al. 1 et 2.

¹²⁹² A. LIENHARD, Procédures collectives 2020/2021. Prévention et conciliation. Sauvegarde. Sauvegarde financière., 9^e éd., 2020, Dalloz, Delmas, Encyclopédie Delmas, ISBN n°978-2-247-20112-9, spéc. 081.11, p. 276 : « Le plan de sauvegarde peut prévoir des modifications du périmètre d'activités de l'entreprise, soit par l'arrêt de certaines d'entre elles, soit par leur cession, soit par l'adjonction de nouvelles activités – cas vraisemblablement plus rare ».

¹²⁹³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, Leçon 6 Le plan de sauvegarde, Droit des entreprises en difficulté, UNJF : « Le plan de sauvegarde est toujours un plan de réorganisation. S'il peut être assorti de cessions partielles, il ne peut jamais prévoir une cession totale de l'entreprise ».

¹²⁹⁴ D. ROBINE, M. JEANTIN, P. LE CANNU, Droit des entreprises en difficulté, fév. 2020, 8^e éd., Dalloz, Précis, ISBN n°978-2-247-14041-1, spéc. 1038, pp. 637-638.

¹²⁹⁵ C. com., art. L. 631-13, al. 1 : « Dès l'ouverture de la procédure, les tiers sont admis à soumettre à l'administrateur des offres tendant au maintien de l'activité de l'entreprise, par une cession totale ou partielle de celle-ci selon les dispositions de la section 1 [De la cession de l'entreprise] du chapitre II [De la réalisation de l'actif] du titre IV [De la liquidation judiciaire et du rétablissement professionnel] ». C. SAINT-ALARY-HOUIN, C. HOUIN-BRESSAND, Sauvegarde et redressement judiciaire. – Plan de redressement, JCI Commercial, fasc. 2630, maj 15 oct. 2021, spéc. 25 : « Il [l'article L. 631-13 susvisé] envisage donc la possibilité, au cours de la période d'observation de la procédure de redressement de déposer des offres de reprise afin d'organiser la cession partielle ou totale de l'entreprise. À la différence d'une entreprise qui bénéficie de la procédure de sauvegarde, l'entreprise en redressement judiciaire est « à vendre ».

¹²⁹⁶ B. THULLIER, Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde des entreprises : moins de pouvoirs pour le juge, D. 2006, p. 130.

¹²⁹⁷ G. COUTURIER, Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défailtantes, BJS n°2 du 01 fév. 2008, p. 142.

¹²⁹⁸ *Ibid.* La finalité propre à la liquidation judiciaire acte la disparition de l'entreprise et en ce cas aucune des relations qu'elles avaient nouées ne devrait pouvoir continuer car le but poursuivi est la réalisation de l'actif.

attachés et d'apurer le passif (C. com., art. L. 642-1)¹²⁹⁹ ». On livre ci-après les développements relatifs à l'acquisition d'entreprise, applicables à l'acquisition d'activité dans le cadre d'une cession partielle. « Le candidat à l'acquisition [...] se trouve en présence d'un ensemble organisé, porteur d'une activité économique qui utilise, dans le cadre des conditions intervenues, les biens ou les services d'un tiers, mais aussi qui lui garantissent ses approvisionnements et ses débouchés. Parmi ces contrats, il en est sans la poursuite desquels l'activité s'arrêterait car ils sont nécessaires au maintien de l'exploitation¹³⁰⁰ ». Pour maintenir l'activité, le législateur a prévu une cession judiciaire des contrats, mais qui, contrairement à ce que laisse penser la lettre de l'article L. 642-7 du Code de commerce – « le tribunal détermine les contrats » –, n'est pas uniquement décidée par lui mais aussi par les candidats à l'acquisition¹³⁰¹. Eux seuls, en tant qu'auteurs des offres, peuvent demander à ce que des contrats leur soient cédés¹³⁰², en précisant lesquels¹³⁰³. Pour résumer, la cession met en présence de trois parties : l'entreprise en difficulté (la cédante), le candidat à la reprise et le ou les cocontractants de la cédante. Ceux-là pourraient devenir ceux du cessionnaire, à considérer comme tel si son offre est retenue. Le cas échéant, il est conséquemment précisé que « le cessionnaire ne reprend pas le passif contractuel¹³⁰⁴ ». Qu'advient-t-il alors de la relation entre la cédante et son cocontractant cédé ? Se poursuit-elle avec le cessionnaire ? La réponse négative est d'origine jurisprudentielle¹³⁰⁵, c'est le principe de l'absence de continuation automatique. Cependant, tempéré par son exception, la partie alléguant une continuation peut rapporter des éléments additionnels démontrant que « telle était la commune intention des

¹²⁹⁹ *Ibid.* Dans le contexte de la sauvegarde, on ne peut s'empêcher de voir dans cette liste une gradation des objectifs, avec en tête celui du maintien d'activités et des emplois afférents et seulement après l'apurement du passif. Cela se justifie car l'entreprise n'est pas en cessation des paiements et la restructuration doit l'aider à surmonter ses difficultés.

¹³⁰⁰ Le Lamy Droit Commercial [en ligne], maj avr. 2022, n°4292 (Cession des contrats nécessaires au maintien de l'activité).

¹³⁰¹ P.-M. LE CORRE, La cession judiciaire des contrats, Dix questions-réponses, Gazette du Palais du 01 juill. 2018, n°25, pp. 65-74, spéc. pp. 65-66 : « La lettre du texte est extrêmement claire. Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, il a logiquement été décidé que le tribunal est seul maître de la liste des contrats cédés. Le repreneur n'a donc pas le pouvoir de décider de la reprise de tel contrat et de l'exclusion de tel autre, même si le contraire a été soutenu. Le consentement du repreneur n'est pas requis pour qu'un contrat lui soit judiciairement cédé. [...] Si la solution est ainsi indiscutable sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde, elle fait davantage de difficulté depuis cette loi. Certes, l'article L. 642-7, alinéa 1, du Code de commerce conserve la même rédaction que celle existant sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985. Mais la raison de douter du maintien des solutions antérieures tient à deux dispositions nouvelles. Tout d'abord, l'article L. 642-2, II, dispose que « toute offre doit être écrite et comporter l'indication : 1° De la désignation précise des biens, des droits et des contrats inclus dans l'offre [...] ». Cette précision est nouvelle. Bien que les travaux parlementaires soient restés muets sur la portée de cette nouvelle exigence, il semble pouvoir en être tiré la conséquence que la liste des contrats cessibles appartient désormais au repreneur et, en tout cas, il n'apparaît pas possible de céder un contrat non mentionné dans la liste. Ensuite, comme par le passé, le tribunal ne peut imposer au repreneur des charges non souscrites dans son offre. Mais il n'est plus fait, comme sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, réserve du jeu de la cession judiciaire des contrats. Céder au repreneur un contrat dont il ne veut pas constitue donc une charge supplémentaire que le tribunal ne peut imposer [...] ». Dans le même sens : B. THULLIER, Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde des entreprises : moins de pouvoirs pour le juge, D. 2006, p. 130.

¹³⁰² R. DALMAU, E. FARNOUX, N. GUYOMARD, J. LASSERRE CAPDEVILLE, *et al.*, *ibid.*, spéc. 4297 (maj avr. 2022) : « La cession du contrat va entraîner des obligations à la charge du repreneur. Elle doit être demandée par ce dernier ».

¹³⁰³ *Ibid.*, 4297 (maj avr. 2022) : « Il est prévu que l'auteur d'une offre de reprise doit indiquer les contrats dont il demande le transfert à son profit (C. com., art. L. 642-2, II) ».

¹³⁰⁴ *Ibid.*, 4298 (maj avr. 2022) : « Le cessionnaire ne reprend pas le passif contractuel. En cas de cession de contrat à exécution successive, le cessionnaire est tenu des créances correspondant à la période de jouissance postérieure à la date ainsi fixée, peu important l'exigibilité de ces créances, antérieures à cette date.

¹³⁰⁵ Cass. com., 10 fév. 2021, n°19-15.369, F-P, J.-D. n°2021-001725.

parties ». À la lecture de l’assertion, on s’est demandé de quelles parties il s’agissait : du cessionnaire et du cédé dans le cadre d’un accord bipartite ou de la cédante, du cessionnaire et du cédé dans le cadre d’un accord tripartite. Le cocontractant cédé ne peut pas solliciter la reprise de son contrat¹³⁰⁶. La cédante se sépare de l’activité. Le candidat à l’acquisition doit formuler son offre conformément aux conditions requises. Aucun des protagonistes ne semble être en mesure de se positionner clairement sur une éventuelle continuation des relations. Et pour cause, il appartient aux juges de vérifier que les contrats à céder entrent dans le domaine d’application de l’article L. 642-7 du code de commerce. Trois conditions doivent être remplies¹³⁰⁷ : (i) « *le contrat doit être en cours au moment de l’ouverture de la procédure* », (ii) le candidat à la reprise doit l’avoir inclus dans son offre et (iii) il doit s’agir de l’un de ceux visés par l’article précité, à savoir des « *contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture des biens ou services nécessaires au maintien de l’activité au vu des observations des cocontractants du débiteur transmises au liquidateur ou à l’administrateur lorsqu’il en a été désigné* ». Le juge s’assure aussi que le contrat est nécessaire au maintien de l’activité ; à défaut, il ne sera pas cédé. L’appréciation souveraine des juges supprime donc la volonté de l’acquéreur¹³⁰⁸. Il reste que le cocontractant cédé doit être convoqué pour formuler ses observations¹³⁰⁹. Ce pourrait être au sein de celles-ci que son intention de vouloir continuer la relation pourrait être recherchée. Mais plutôt que de vouloir continuer, le cocontractant peut au contraire vouloir renégocier : négocier de nouvelles conditions tarifaires et de vente, avec un partenaire qu’il ne connaît pas. Ces négociations, leur âpreté, ont représenté de telles menaces pour la poursuite effective de l’activité cédée, qu’elles ont justifié la mise en place de la cession judiciaire des contrats¹³¹⁰. La relation entre le cessionnaire et le cédé est en fait un véritable rapport de tiers à tiers. Mais la fiction de la continuation impose de faire comme s’ils ne se comportaient pas comme tels et projetaient de poursuivre la relation aux conditions antérieures. Cette situation prend le rebours du vrai et caractérise pour partie une fiction. Néanmoins, elle ne sera véritablement entière que si elle est aussi un bienfait¹³¹¹. La poursuite de l’activité

¹³⁰⁶ *Ibid.*, 4297 (maj avr. 2022), à la question de savoir si le cocontractant peut solliciter la cession / reprise de son contrat auprès de l’acquéreur, les auteurs avancent la possibilité d’une réponse négative (« *Mais le cocontractant peut-il la [la cession du contrat] la solliciter ? La réponse paraît négative* »).

¹³⁰⁷ *Ibid.*, 4295 (maj avr. 2022).

¹³⁰⁸ C’est l’hypothèse dans laquelle l’acquéreur a demandé à ce que tel contrat lui soit cédé mais qui, d’après le juge, n’est pas nécessaire au maintien de l’activité cédée.

¹³⁰⁹ R. DALMAU, E. FARNOUX, N. GUYOMARD, J. LASSERRE CAPDEVILLE, *et al.*, *ibid.*, 4299 (maj avr. 2022) : « *La cession ne peut être imposée au cocontractant sans qu’il ait été informé et qu’il ait pu faire valoir ses observations* ». C. com., art. R. 642-7 : « *Lorsque le tribunal est appelé à se prononcer sur la cession des contrats mentionnés à l’article L. 642-7, [...], le ou les cocontractants [...] sont convoqués à l’audience quinze jours au moins avant la date d’audience, par lettre recommandée avec demande d’avis de réception, par le greffier sur les indications de l’administrateur, lorsqu’il en a été désigné, ou du liquidateur* ».

¹³¹⁰ *Ibid.*, 4292 (maj avr. 2022) : « *Si on laisse à l’offrant le soin de prendre un accord particulier avec le cocontractant, il est livré à son bon vouloir ; un refus peut lui être opposé, des conditions nouvelles inacceptables peuvent lui être imposées. Cette négociation prendra du temps et son issue est incertaine, rendant l’opération aléatoire et l’exécution incertaine. Une telle situation risque d’éloigner des candidats, de retarder, de rendre impossible ou de fragiliser l’exécution du plan. Par ailleurs, le cocontractant peut légitimement vouloir mettre fin au contrat qu’il avait conclu avec le débiteur et ses droits ne peuvent être méconnus* ».

¹³¹¹ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, *ibid.*, V. « *Fiction* : 1. *Artifice de technique juridique (en principe réservé au législateur souverain), « mensonge de la loi » (et bienfait de celle-ci) consistant à « faire comme si », à supposer un fait contraire à la réalité,*

économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif, s'inscrivent dans ce dessein global de paix sociale¹³¹². Mais ce premier niveau de lecture ne rend pas compte des conséquences de la fiction car en allant plus loin dans ce qu'elle impose au cessionnaire, on mesure combien ce dessein est menacé.

362. Le cessionnaire acculé par la reprise de l'ancienneté relationnelle. L'extension de la relation commerciale au-delà des parties initiales¹³¹³ « *est redoutable pour le nouvel entrant, mais corrélativement d'un bénéfice considérable pour le partenaire initial, qui peut alors prétendre à l'indemnisation du très long préavis que ne lui aura probablement pas accordé le partenaire de fraîche date*¹³¹⁴ ». Le repreneur-cessionnaire peut ne pas être en mesure d'accorder un tel préavis, voire celui de dix-huit mois, car il est déjà face aux nombreuses difficultés de la reprise. La continuation fait peser sur lui le risque de se retrouver lui-même en difficulté car s'il veut mettre un terme à la relation avec le partenaire cédé il devra lui octroyer un préavis tenant compte non seulement de la durée de leur relation, mais aussi de la durée de la relation que le partenaire avait nouée avec le cédant. L'allongement du préavis peut mettre en péril la réalisation des objectifs qu'il a fixés pour faire de la reprise un projet viable. Et, à défaut pour le cessionnaire d'accorder un préavis fonction des durées de relations additionnées, il s'expose à une procédure contentieuse ajoutant d'autres coûts et d'autres difficultés. Le bienfait de la fiction de continuation n'est pas constitué. La continuation ne résout pas les difficultés, elle les tait momentanément, puis elles réapparaissent. La fiction ne se justifie donc plus et on pense que l'on pourrait complètement s'en passer en intégrant le préavis au temps de la procédure collective.

363. L'intégration du préavis dans le temps de la procédure collective. Pour ne pas qu'une continuation puisse être alléguée postérieurement, la relation afférente devrait avoir été arrêtée antérieurement. Les cessions d'activités, comprenant la cessation de certaines relations, peuvent

en vue de produire un effet de droit. [...] ». Ph. LE TOURNEAU, Quasi-contrat – Concept de quasi-contrat, in E. SAVAUX (dir.), Rép. de droit civil, Dalloz, 2018, maj mars 2021, spéc. 24 : « [...] le recours à une fiction est une facilité et un artifice de présentation a posteriori. Certes, il est parfois utile de recourir, pour des raisons pratiques ou de paix sociale à une fiction juridique [...]. Bienfait de la loi qui cherche le juste « au rebours du vrai » (GÉNY), elle est « l'apanage du législateur », selon l'expression de Gérard CORNU (contrairement à l'affirmation péremptoire de TOULLIER, in *Le droit civil français, selon lequel* : « Le législateur commande ce qui est juste, il ne feint rien ») ; et il ne s'en prive pas. Mais, opération purement intellectuelle, volontairement contraire à la réalité, elle n'explique rien, n'est nullement un fondement [...]. Admettre une fiction ne fait que reculer la difficulté, dans la mesure où il est nécessaire de justifier son emploi, de découvrir « la finalité qui la fonde » (G. CORNU). Admettrait-on qu'il y a ici quelque fiction légale, qu'il faudrait encore en montrer la raison ».

¹³¹² T. MÉTEYÉ, Les créances salariales dans l'entreprise en difficulté, Les Cahiers Sociaux n°277 du 01 sept. 2015, p. 469, « L'existence de mécanismes de protection sociale efficaces est indispensable dans le contexte économique agité d'aujourd'hui. Ainsi l'AGS, régime de solidarité des employeurs, intervient au profit des salariés des entreprises en difficulté. Au fil du temps, l'AGS s'est imposé comme un véritable acteur des procédures collectives, en instaurant un véritable partenariat avec les mandataires judiciaires. Ceux-ci reconnaissent le rôle majeur de l'AGS dans le traitement du volet social [...] l'AGS a donc été un facteur de paix sociale en contribuant au maintien de l'emploi, et en facilitant lorsque c'est encore possible, la conclusion de solutions ». C'est avec le volet social du droit des entreprises en difficulté que son dessein global s'appréhende.

¹³¹³ N. MATHEY, Extension de la relation commerciale au-delà des parties initiales, CCC n°12, déc. 12, comm. 280.

¹³¹⁴ C. MOULY-GUILLEMAUD, L'intention comme condition et la circonspection comme incidence de la poursuite d'une relation établie par des tiers, D. 2016, p. 59, à propos de Cass. com., 15 sept. 2015, n°14-17.964, n°766 FS-P+B, J.-D. n°2015-020507.

s'avérer nécessaires pour endiguer les pertes ou créer de la trésorerie, respectivement si la branche d'activité cédée est déficitaire ou bénéficiaire¹³¹⁵. C'est alors l'entreprise cédante qui est à l'initiative des ruptures. En tant qu'auteur, c'est à elle de respecter un préavis, lequel pourrait dès lors être intégré au temps de la procédure collective, à l'instar des préavis qui demeurent en cas de licenciements économiques.

L'objectif du maintien de l'emploi, érigé au nombre des finalités des procédures collectives¹³¹⁶, trouve corps dans le principe du maintien obligatoire¹³¹⁷ des contrats de travail avec le nouvel employeur en cas de transfert d'entreprise¹³¹⁸. Par dérogation, des licenciements peuvent intervenir durant la période d'observation¹³¹⁹ et en exécution du plan de cession¹³²⁰. La dérogation est admise, voire courante, dans la mesure où « *le plan de redressement et le plan de cession vont généralement prévoir des licenciements*¹³²¹ ». L'adverbe atteste qu'il est presque habituel d'y procéder, qu'ils sont de surcroît effectués « *sans attendre, notamment en cas de sureffectif avéré ou lorsque, par exemple, on constate immédiatement qu'il va falloir arrêter très rapidement et définitivement une branche d'exploitation*¹³²² ». Ces licenciements échappent au principe et interviennent dans le délai d'un mois après le jugement, sur simple notification de l'administrateur et sous réserve des droits de préavis prévus par la loi, les conventions ou accords collectifs de travail¹³²³.

Poursuivant le parallèle fait avec la matière sociale, il est à noter que « *si le salarié licencié en application du plan est ensuite repris par le cessionnaire, l'article L. 1224-1 du Code du travail*

¹³¹⁵ J.-J. HYEST, Rapp., n°335, 11 mai 2005, spéc. p. 263 : « *La cession de certaines branches d'activité du débiteur peut en effet contribuer à son rétablissement financier et économique, en lui permettant de se séparer d'activités qui pourraient avoir un caractère déficitaire mais intéresseraient néanmoins d'autres acteurs économiques, ou qui dégageraient des bénéfices mais dont la vente à un prix intéressant pourrait apporter à l'entreprise des capitaux dont elle a besoin pour poursuivre son exploitation* ».

¹³¹⁶ Le Lamy Associations, maj mars 2022, n°278-53 (Maintien de l'emploi - Licenciements).

¹³¹⁷ C. du travail, Titre deuxième – Formation et exécution du contrat de travail, Chapitre IV – Transfert du contrat de travail, commentaire éd. Dalloz (C. RADÉ (dir.) : « *Historique. S'inspirant d'une disposition du droit allemand en vigueur en Alsace-Moselle, la loi du 19 juillet 1928 a introduit en droit français le maintien obligatoire du contrat de travail avec le nouvel employeur en cas de transfert d'entreprise. Dans le souci de protéger les salariés contre les aléas de la vie de leur entreprise, les contrats de travail conclus avec le cédant sont de plein droit transmis au repreneur, ce qui constitue une exception de taille au principe de l'effet relatif des conventions (C. civ., art. 1199) et assure la stabilité de l'emploi par-delà les cessions d'entreprise [...]* ».

¹³¹⁸ C. du travail, art. L. 1224-1 : « *Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ».

¹³¹⁹ C. com., art. L. 631-17, al. 1 : « *Lorsque des licenciements pour motif économique présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable pendant la période d'observation, l'administrateur peut être autorisé par le juge-commissaire à procéder à ces licenciements* ».

¹³²⁰ C. com., art. L. 631-19, III, al. 2 : « *Le plan précise notamment les licenciements qui doivent intervenir dans le délai d'un mois après le jugement, sur simple notification de l'administrateur, sous réserve des droits de préavis prévus par la loi, les conventions ou accords collectifs du travail* ».

¹³²¹ Le Lamy Droit Commercial [en ligne], maj avr. 2022, n°4112. K. LE PETITCORPS, Droit du travail au quotidien, 220-30, maj avr. 2021 : « *Lorsque, au terme de la période d'observation, un plan de redressement est envisagé, celui-ci prévoit en général un certain nombre de licenciements qui échappent à l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail* ».

¹³²² Le Lamy Associations, maj mars 2022, n°278-53.

¹³²³ C. com., art. L. 631-19, III, al. 2, *ibid.*

s'applique : le licenciement antérieur est donc sans effet. Le cessionnaire doit reprendre le contrat de travail avec toutes ses composantes (salaire, ancienneté, etc.) et le salarié doit rembourser les indemnités, notamment de licenciement et de congés payés, qu'il a perçues [...]. En revanche, si le poste a bien été supprimé mais que le cessionnaire lui propose un contrat de travail différent (CDD par exemple), le licenciement prononcé dans le cadre du plan de redressement va produire ses effets et il s'agit alors d'un nouveau contrat de travail (Cass. soc., 30 juin 1992, n°89-40.132)¹³²⁴ ». Dans le cadre d'une cession, les juges du droit admettent la suppression d'un poste, et du contrat de travail y afférent, et la création d'un nouveau poste, avec d'autres tâches prévues dans un nouveau contrat de travail. Cette façon de faire nous semble plus en adéquation avec la réalité d'une cession, impliquant de façon nécessaire et inhérente, des modifications prises pour rendre la reprise possible et viable.

Le droit des entreprises en difficulté et le droit du travail œuvrent pour le maintien de l'emploi et admettent que des mesures curatives soient prises car il s'agit de maintenir l'emploi et non tous les emplois de l'entreprise en difficulté. Cette voie doit aussi être celle dans laquelle le droit économique des ruptures brutales doit s'insérer. Pour définitivement s'en convaincre il faut changer de vision, ne pas pointer les emplois supprimés momentanément et adopter une vue d'ensemble dans laquelle le redressement d'une entreprise ne doit pas entraîner la mise en péril de celui qui reprend et des partenaires avec lesquels il traite. L'effet d'entraînement dans les difficultés ne doit pas être minimisé. Les modifications sont nécessaires pour préserver une certaine dynamique et, sans flouer les droits des uns et des autres, il est possible de maintenir leurs activités, mais pour faire cela, il faut se séparer des obstacles, qui menacent de faire périliter l'ensemble des mesures prises.

En conséquence, l'entreprise en difficulté, en tant que cédante, doit respecter l'obligation qui lui est faite d'octroyer les préavis aux partenaires qui ne vont plus être amenés à traiter avec le cessionnaire. En procédant ainsi, ce dernier est à l'abri de devoir octroyer un préavis fonction d'une relation à laquelle il n'a pas pris part et de se mettre lui-même en difficulté. Rien n'empêchera le cessionnaire de traiter avec certains des partenaires qui étaient en relation avec la cédante, mais les relations qu'ils débiteront ensemble seront ainsi comme purgées¹³²⁵ de toute ancienneté relationnelle.

¹³²⁴ K. LE PETITCORPS, Droit du travail au quotidien, 220-30, maj avr. 2021. Cass. soc., 30 juin 1992, n°89-40.132, J.-D. n°1992-001585, Dr. soc. 1992, p. 837 : « Dans le deuxième arrêt, la Cour de cassation aborde le cas, différent, d'un salarié licencié en exécution du plan de cession. Peut-il être repris, mais à des conditions différentes, par le cessionnaire ? Oui, répond l'arrêt, à la condition qu'il n'y ait pas de fraude. La solution est logique : l'ancien contrat de travail a été rompu conformément aux dispositions du plan de cession ; un nouveau contrat de travail peut être conclu ».

¹³²⁵ M. BÉHAR-TOUCHAIS, La continuation par un tiers d'une relation commerciale établie, JCP G n°45, 02 nov. 2015, 1212.

2. La potentialité des difficultés hors des procédures collectives

364. La fragilité des reprises exacerbée par la potentialité des difficultés. Même en dehors des procédures collectives, la reprise d'entreprise est un moment de grande fragilité¹³²⁶. De précédents calculs du taux d'échec en attestent¹³²⁷. Mais en l'absence de données quantitatives actualisées, on est empêchés d'avoir une vision concrète des reprises menées avec succès¹³²⁸. D'un point de vue qualitatif, en étudiant des cas concrets, les chercheurs en sciences de gestion ont mis au jour ce qu'ils ont désignés comme des « *cadavres dans le placard* », à partir du récit d'un repreneur qui « *ayant fait son choix après avoir « étudié 50 boîtes et réalisé 15 audits techniques avant de signer » disait [...] avoir « subi le contrecoup des 120 contentieux cachés*¹³²⁹ ». Même s'il fallait constater l'absence parmi eux d'un contentieux élevé sur le fondement des dispositions de la rupture brutale, sa potentialité est bien réelle, en raison de l'exception faite au principe de l'absence de continuation automatique.

365. L'absence de continuation automatique lors d'une cession de fonds de commerce. Les juges du droit vont dans le sens des juges d'appel ayant énoncé « *que la cession d'un fonds de commerce n'opère pas transmission universelle de patrimoine et ne substitue pas de droit plein droit le cessionnaire au cédant dans les relations contractuelles et commerciales, que celui-ci [le cédant] entretenait avec les tiers, sauf manifestation expresse de volonté de parties*¹³³⁰ ». Cette

¹³²⁶ E. RIOT, B. RAMANANTSOA, É. KRIEGER, La reprise d'entreprise à l'aune de l'analyse du récit, *Revue Gestion* 2000, n°3/2007, 16p., Introduction.

¹³²⁷ *Ibid.*, spéc. p. 3 : « *Nous nous centrons sur les modalités de reprise par rachat [note associée : Les autres modalités étant notamment la location-gérance et les reprises par le conjoint ou pas donation], qui représentent un cas de reprise sur deux. Les enquêtes quantitatives indiquent que, pour une transmission, les deux critères essentiels à retenir sont la taille de l'entreprise et son secteur d'activité. Comment expliquer cependant l'importance du taux d'échec des reprises ? L'Insee évoque entre 40 000 et 60 000 reprises annuelles pour 200 000 créations d'activité et 40 000 dépôts de bilan annuels pour 2,5 millions d'entreprises. Dans l'échantillon Oséo (2005), une entreprise sur six ne survit pas six ans à sa reprise [...]* ».

¹³²⁸ C. AUBRY, D. WOLFF, La transmission d'entreprise : un objet d'étude complexe entre sciences de gestion, anthropologie et psychologie, *Vie & Sciences de l'entreprise* 2016/1, n°201, pp. 32-50, spéc. Introduction, p. 33 : « *Un dernier rapport, remis au Ministre de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique, le 7 juillet 2015, rappelait que seules 60 000 entreprises sont mises sur le marché tous les ans quand 185 000 unités pourraient être concernées. Le bilan est d'autant plus inquiétant que sur ces 60 000 unités, 30 000 sont effectivement cédées alors que 30 000 sont amenées à disparaître. Ces chiffres sont ceux habituellement repris par les différents acteurs de la transmission d'entreprise. Ils font consensus et sont relativement stables depuis 10 ans, même si nous pouvons regretter que l'INSEE ne comptabilise plus les reprises d'entreprises depuis 2006 dans ses statistiques annuelles* » ! L'association Cédants et Repreneurs d'Affaires (<https://www.cra.asso.fr/>), avec son observatoire, fournit un rapport des tendances 2019 de la transmission des TPE / PME. Il contient des statistiques mais parmi lesquelles celle relative au taux d'échec des reprises ne figure pas. Quant à l'observatoire de BPI France, il compare le nombre d'offres au nombre de demandes de transmission sans aller plus en avant de celles qui ont été effectuées et de leur devenir (survie ou mort). L'écueil a été identifié, on le retrouve traité dans un rapport d'information fait au nom de la délégation aux entreprises relatif aux moyens de favoriser la transmission d'entreprise au bénéfice de l'emploi dans les territoires (<https://www.senat.fr/rap/r16-440/r16-4401.pdf>) spéc. p. 22.

¹³²⁹ E. RIOT, B. RAMANANTSOA, É. KRIEGER, La reprise d'entreprise à l'aune de l'analyse du récit, *ibid.*, spéc. p. 13-14.

¹³³⁰ Cass. com., 03 juill. 2019, n°17-21.826, J.-D. n°Ø. N. MATHEY, L'annonce de la cession du fonds de commerce par un distributeur ne fait pas perdre son caractère établi à la relation commerciale, CCC n°10, oct. 2019, comm. 157 : « *En l'espèce un vendeur-installateur de cheminées et appareils de chauffage avait cédé son fonds de commerce à une société qui a continué à se fournir en appareils de chauffage auprès d'un fournisseur avec lequel le cédant était en relation commerciale depuis 1987. Se plaignant d'une rupture de la relation commerciale, le cessionnaire avait tenté d'obtenir une indemnisation accrue en prétendant qu'il avait continué la relation engagée initialement avec son cédant. La cour d'appel a écarté cette prétention et la Cour de cassation l'approuve en rejetant le pourvoi dirigé contre sa décision* ».

solution est dans la lignée de précédentes¹³³¹. En doctrine, une double exclusion est avancée pour justifier l'absence de transmission des contrats en cas de cession du fonds de commerce : d'une part, ils ne font pas partie des éléments d'actif entrant dans sa composition et, d'autre part, la jurisprudence affirme que les créances commerciales ne sont pas transmises avec le fonds¹³³². La Professeure Béhar-Touchais relève en outre que « *la Cour traite sur le même plan la substitution dans les relations contractuelles, et la substitution dans les relations commerciales*¹³³³ ». Or les unes sont distinctes des autres et en l'absence de formalisation, il est difficile d'admettre que quoi

¹³³¹ Not., par ordre antéchronologique : pour chaque arrêt sélectionné, on a souhaité rendre la compréhension la plus aisée et la plus rapide possible, c'est pourquoi on associe à chaque protagoniste une couleur dédiée : le **le cédant**, le **le cédé** et le **le cessionnaire**. Cass. com., 07 mai 2019, n°17-17.366, J.-D. n°2019-008049 : « *Attendu que pour retenir que la relation commerciale entre la société Garage E... et la société ADSE avait débuté le 18 mai 2009 et non en 1981 comme le soutenait la première, qui faisait valoir que la société ADSE avait succédé au constructeur Renault et en particulier à sa filiale commerciale dans l'exploitation de son point de vente de Saint-Etienne, l'arrêt se borne à énoncer que, si la cession du fonds de commerce de la société Renault Retail Group a transféré à son profit la propriété des éléments du fonds cédé, elle n'a pas substitué de plein droit la société ADSE, cessionnaire, à la société Renault Retail Group, cédant, dans les relations contractuelles et commerciales que le cédant entretenait envers la société Garage E... ; Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si la société ADSE n'avait pas entendu poursuivre avec la société Garage E... la relation qui unissait celle-ci à la société Renault Retail Group, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ». N. MATHEY, La négociation en cours de préavis ne remet pas en cause la rupture, CCC n°7, juill. 2019, comm. 125, « *Apparemment, la cour d'appel avait fait une simple application de la jurisprudence en affirmant que la simple cession du fonds de commerce n'implique pas le transfert de la relation commerciale. Pourtant, sa décision est censurée car elle n'aurait pas dû se prononcer ainsi sans rechercher si le cessionnaire n'avait pas entendu poursuivre avec la victime la relation qui l'unissait au cédant. Ce qui est troublant dans cette formule, c'est qu'il n'est pas précisé que cette recherche avait été demandé aux juges du fond. À strictement parler, il appartient à la victime de prouver l'existence de la relation commerciale et sa durée qui sont des éléments générateurs de son droit à réparation. Si la jurisprudence ne veut pas mériter les critiques qui lui ont été faites (...), elle doit rester scrupuleuse sur le terrain de la preuve. Si la victime n'allègue pas ou ne pas prouver qu'il y a eu continuation de la relation commerciale, la relation commerciale ne pourra être que d'une durée réduite* ».

Cass. com., 03 mai 2016, n°15-10.158, J.-D. n°2016-008621 : « *Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à établir que la société Egetra, simple acquéreur d'un fonds de commerce, pouvait se prévaloir, à l'encontre de la société Expeditors de la durée de la relation commerciale initialement nouée entre cette société et le cédant du fonds, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » ;

Cass. com., 15 sept. 2015, n°14-17.964, J.-D. n°2015-020507, « *la société Poitou boissons avait pris en location-gérance, à partir du 1^{er} octobre 2005, le fonds de commerce dont était propriétaire la société Elidis puis avait acquis ce fonds par acte du 30 mars 2006, l'arrêt retient que si cette opération a transféré à la société Poitou boissons la propriété des éléments du fonds cédé, elle n'a pas de plein droit substitué le cessionnaire au cédant dans les relations contractuelles et commerciales que cette société entretenait avec la société Vivien ; qu'il retient, encore, que s'il est établi que la société Poitou boissons a confié le transport de ses boissons à la société Vivien, pendant le temps de la location-gérance puis après l'acquisition du fonds, avant le l'informer, par lettre du 14 avril 2006, qu'elle mettait fin à leurs relations, ces seuls éléments ne permettent pas de considérer que cette société ait eu l'intention de poursuivre la relation commerciale initialement nouée entre les sociétés Elidis et Vivien ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'a pas méconnu la nature délictuelle de la responsabilité encourue sur le fondement de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce, a exactement déduit que le préavis dont devait bénéficier la société Vivien n'avait pas à être déterminé en considération de la relation précédemment nouée avec la société Elidis* ».

Cass. com., 02 nov. 2011, n°10-25.323, J.-D. n°2011-023979 : « *la société Mr Bricolage a d'abord eu pour fournisseur, à partir de 1983, la société Technifil, puis les sociétés Sameto Technifil et Sameto Shop concept, venues aux droits de la première et avec lesquelles elle a, à partir de 1998, conclu des contrats écrits renouvelés annuellement ; qu'il relève encore que, le 7 juin 2005, les fonds de commerce de ces deux dernières sociétés ont été acquis, dans le cadre d'un plan de cession, par la société Shop concept et services avec qui la société Mr Bricolage a signé en 2005 un nouveau contrat qui n'était que la reprise, à quelques modifications près, du contrat conclu l'année précédente avec les sociétés Sameto shop concept et Sameto Technifil, de sorte que ce contrat s'inscrivait dans la lignée des précédents ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, desquelles elle a déduit que la société Mr Bricolage avait poursuivi avec la société Shop concept et services la relation commerciale initialement nouée avec la société Technifil, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* »

Cass. com., 29 janv. 2008, n°07-12.039, J.-D. n°2008-042527, « *Attendu qu'en se déterminant comme elle a fait, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la société BP France qui avait repris, par avenant au contrat conclu entre les sociétés X... et Mobil Oil, certains engagements de cette dernière, n'avait pas continué la relation commerciale initialement nouée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

¹³³² S. LE GAC-PECH, Cession d'un fonds de commerce et sort de la relation commerciale, JCP E n°47, 19 nov. 2015, 1566.

¹³³³ M. BÉHAR-TOUCHAIS, La continuation par un tiers d'une relation commerciale établie, JCP G n°45, 02 nov. 2015, 1212.

que ce soit puisse être transmis. Lorsqu'une relation s'établit sur la base d'une succession de commandes¹³³⁴, celles-ci sont basées soit sur les conditions générales de vente, soit sur ces dernières complétées de conditions particulières. Ce qui a été consenti dans un cadre bilatéral ne vaudra plus si l'une des parties vient à être remplacée. Enfin, et encore faut-il le préciser, la cession n'est pas une opération neutre : derrière les qualificatifs de cédant, de cédé et de cessionnaire, il y a des personnes, qui se rencontrent dans un contexte incertain.

366. Le repreneur face au dilemme « rupture / continuité ». Les reprises d'entreprises sont des périodes charnières et stratégiques pour leur survie¹³³⁵. Des chercheurs y ont déjà consacré des travaux même si d'aucuns admettent que c'est encore « *un domaine de recherche bourgeonnant*¹³³⁶ ». L'un d'eux s'est intéressé plus particulièrement à la période de cohabitation entre le cédant et le repreneur. Ce dernier fait face à un dilemme « *rupture / continuité*¹³³⁷ » : entre ce que l'entreprise était aux mains du cédant et ce qu'il aspire à ce qu'elle devienne entre les siennes. Il entend poursuivre dans la continuité, garante d'une performance économique lui permettant d'effectuer ses remboursements¹³³⁸, tout en introduisant progressivement des changements. Ce processus repreneurial se déroule en différentes étapes et « *le législateur a souhaité sécuriser cette période grâce à la conclusion d'une convention de tutorat avec le cédant*¹³³⁹ ». Il y aurait en plus un contrat psychologique entre le cédant et le repreneur, et dans lequel il a été question d'identifier quelles étaient les obligations morales de chacun. Il ressort des entretiens menés¹³⁴⁰ que le repreneur attend du cédant des comportements et des actions qui viennent le soutenir dans sa recherche de maîtrise et de continuité. Parmi eux, certains intéressent les clients et les partenaires de l'entreprise cédée. Le repreneur souhaite que des rencontres s'organisent avec eux, qu'il soit introduit auprès d'eux, particulièrement auprès des plus importants,

¹³³⁴ M. BÉHAR-TOUCHAIS, *ibid.*

¹³³⁵ J. DE FREYMAN, Le rôle du contrat psychologique dans la compréhension de la cohabitation entre un cédant et un repreneur, *Revue de l'Entrepreneuriat* n°3-4, vol. 18, 2019, pp. 165-198.

¹³³⁶ *Ibid.*, p. 166.

¹³³⁷ *Ibid.*, p. 169 et s.

¹³³⁸ *Ibid.*, p. 181, nbp n°12 : « *N'oublions pas que la performance de l'entreprise détermine sa capacité de remboursement* ».

¹³³⁹ *Ibid.*, p. 167, nbp n°4. X. DELPECH, Le tutorat d'entreprise désormais en vigueur, *Dalloz actualité* 03 avr. 2007 : « *La loi n°2005-882 du 2 août 2005 (art. 24-1 ; C. com., art. L. 129-1 nouv.) en faveur des petites et moyennes entreprises [JO n°0179 du 03 août 2005, texte n°2] a institué, pour favoriser la transmission des PME, le tutorat en entreprise. Par ce dispositif, le cédant d'une entreprise commerciale, artisanale ou de services, c'est-à-dire le tuteur, s'engage, après cette cession et la liquidation de ses droits à pension de retraite, en vertu d'une convention conclue avec le cessionnaire de cette entreprise, à réaliser « une prestation temporaire de tutorat » qui « vise à assurer la transmission au cessionnaire de l'expérience professionnelle acquise par le cédant en tant que chef de l'entreprise cédée* ». D. n°2007-478 du 29 mars 2007 pris pour l'application de l'article L. 129-1 du code de commerce et relatif au tutorat en entreprise, *JORF* n°76 du 30 mars 2007, texte n°74. D. n°2007-479 du 29 mars 2007 pris pour l'application de l'article 25 de la loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises et relatif à l'attribution d'une prime de transmission au cédant d'une entreprise, *JORF* n°76 du 30 mars 2007, texte n°75. A. du 29 mars 2007 fixant les règles générales d'attribution de la prime de transmission instituée par l'article 25 de la loi n°2005-882 du 02 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, *JORF* n°76 du 30 mars 2007, texte n°77.

¹³⁴⁰ J. DE FREYMAN, *ibid.*, in 3. Méthodologie : échantillon, collecte et analyse de données, p. 173 et s., spéc. p. 173 : « [...] nous avons retenu 13 cas de reprises externe en contexte TPE (Tableau 1), tous étudiés dans les départements du Var et des Bouches-du-Rhône. Ceux-ci ont été identifiés par l'intermédiaire d'une antenne CRA (Cédants et Repreneurs d'Affaires), d'une bourse d'opportunités et d'une CCI (Chambre de Commerce et d'Industrie).

des plus anciens¹³⁴¹. L'attention semble se concentrer davantage sur ceux à qui l'entreprise propose et vend ses marchandises ou ses services (en aval) que sur les fournisseurs (en amont). La portée de la recherche exclut toute généralisation¹³⁴² et c'est pourquoi il est impossible d'affirmer avec certitude que l'implémentation des changements majeurs¹³⁴³ pourraient concerner les partenaires et fournisseurs et conduire à la cessation des relations entre eux et l'entreprise reprise. L'étude des périodes de reprise devrait encore être approfondie pour connaître par exemple la proportion des ruptures qu'elles occasionnent avec des partenaires historiques. Le but affiché est de ne pas mettre le repreneur en difficultés lors de ces ruptures. L'une d'elles peut consister pour lui à devoir octroyer le préavis de dix-huit mois. Il le fera, non pas pour tenir compte des relations antérieures que le partenaire avait nouées avec le cédant, mais avant tout pour contrecarrer toute velléité contentieuse du partenaire éconduit¹³⁴⁴. La solution jurisprudentielle de l'absence de continuation automatique a été précisée au cours des années, réduisant la part d'insécurité juridique dès lors que l'intention entre toutes les parties prenantes est univoque. En convenant que la relation entre le repreneur et le partenaire cédé ne continue pas celle entamée avec le cédant, les juges ne devraient pas pouvoir rendre une autre solution que celle à laquelle on peut s'attendre. Mais plus généralement c'est le fait même qu'il puisse encore exister un contentieux sur ce point qui rend la situation incertaine. L'exception laisse cette voie ouverte et pour la refermer il faudrait pouvoir purger la précédente relation de son ancienneté.

367. Purger la précédente relation de son ancienneté. Les ruptures dans le contexte des reprises devraient être appréhendées différemment selon qu'elles sont intervenues au cours de la cohabitation ou après. Les études de cas menés dans le cadre des recherches sur le contrat psychologique entre le cédant et le repreneur donnent un premier aperçu des différentes durées de reprises qui vont, pour les plus courtes, d'un à trois mois et, pour les plus longues, de douze à dix-huit mois. Durant ces périodes, le mécanisme de la délégation imparfaite tel qu'envisagé par la Professeur Béhar-Touchais pourrait trouver application : *« il faudrait que le « cédant » ou le délégant reste tenu ou garant envers le créancier cédé, ou le délégataire, de ce que le continuateur de la relation commerciale établie sera solvable, s'il advenait qu'il ait à payer une indemnité de rupture. La délégation permet facilement ce résultat. Il suffit qu'elle soit imparfaite, ce qui est au demeurant le principe. Dans ce cas, le délégant n'est pas libéré »*. En somme, le cédant serait tenu avec le repreneur cessionnaire d'octroyer un préavis fonction de la relation que lui avait nouée avec le partenaire et dont le repreneur veut se séparer. Lorsqu'une rupture entre l'entreprise reprise et l'un de ses partenaires intervient durant les mois de la reprise, le préavis devrait tenir compte de

¹³⁴¹ J. DE FREYMAN, *ibid.*, tab. 4. Les obligations morales du cédant au cours de la cohabitation.

¹³⁴² *Ibid.*, p. 192.

¹³⁴³ *Ibid.*, p. 182.

¹³⁴⁴ Si le repreneur venait à octroyer un temps de préavis plus court que les dix-huit mois, le partenaire cédé (en demande) ferait très probablement valoir la continuation des relations.

la relation antérieure avec le cédant. Lorsqu'elle intervient au-delà, une fois que le repreneur est en place, celui-ci est toujours exposé au risque que le partenaire évincé se prévale d'une continuation en exigeant un long préavis. En ce cas, le repreneur peut ne pas observer le préavis de dix-huit mois car cela peut lui paraître d'abord disproportionné par rapport à la durée (courte) de leur relation et un tel préavis peut l'empêcher de traiter avec un autre partenaire, qu'il aurait prospecté en vue de la reprise. Il faudrait alors faire de la période de reprise une période de préavis. Certaines périodes de reprises sont relativement longues, aussi longues que le préavis prévu à l'article L. 442-1 C. com. Au terme de ce préavis, il faudrait considérer que c'est une autre relation qui commence, la précédente s'est arrêtée. Ce temps de préavis peut aussi correspondre au temps de la négociation des nouvelles conditions entre le partenaire cédé et le repreneur, étant entendu que le partenaire cédé va vouloir renégocier la plupart des conditions, sinon l'ensemble de celles-ci ; toutes celles précédemment obtenues avec le cédant ne l'ayant pas été dès leur entrée en relation, mais progressivement. C'est là que l'on s'aperçoit que le cédé n'a aucun intérêt à faire continuer sa relation aux précédentes conditions avec le repreneur. Celui qui y aurait intérêt est le cessionnaire mais le risque qu'il prend est très important. Quant aux reprises s'effectuant dans une durée plus courte, il pourrait être prévu un dispositif spécial, une durée adaptée de préavis, au terme duquel la relation est aussi purgée de son ancienneté. Il pourrait se justifier dans le contexte des reprises, secteur porteur d'opportunités et de maintien d'emplois. L'idée globale est pour ainsi dire de « *remettre les compteurs à zéro* » afin de ne pas ajouter aux difficultés déjà nombreuses de la reprise et chasser la menace planante, telle une épée de Damoclès au-dessus de la tête du repreneur-cessionnaire.

368. La continuation, un expédient¹³⁴⁵ illégitime. Les allégations de continuations de relations à l'encontre du repreneur menacent ce qui a été repris. Et à défaut de préserver l'ordre social¹³⁴⁶, la fiction de continuation n'est pas du tout légitime. La continuation affirme le faux mais pis, pour nous, elle a travesti une part de réalité, que l'on a dès lors oublié de considérer comme telle. La continuation des relations malgré des changements de partenaires c'est le faux, le vrai c'est une grande part de défiance à l'entrée en relation. La confiance dans les relations s'acquiert progressivement. La fiction a été le véhicule de l'idée que les relations continuent malgré les changements de partenaires. Elle a participé à désincarner les relations. La fiction de continuation est à l'origine de plus de difficultés qu'elle ne peut prétendre en résoudre. Tarir le contentieux de la continuation en annihilant l'exception au principe d'absence de continuation automatique c'est participer à réincarner les relations, à rendre leur logique aux conditions d'application de la relation établie.

¹³⁴⁵ F. ROUVIÈRE, Critique des fonctions et de la nature des fictions. *Les artifices du droit : les fictions*, 2014, Clermont-Ferrand, France. (hal-01316686), 1.

¹³⁴⁶ *Ibid.*

Conclusion du chapitre 1

369. Lier le contrat à la relation établie. Le contrat est absent de la définition prétorienne de la relation établie, comme il l'est de l'article L. 442-1, II du Code de commerce. La concordance entre l'application des dispositions légales et les dispositions légales est sur ce point total. Mais on a remis en question ce rapport d'indifférence entre la relation établie et le contrat, tant il nous a paru insatisfaisant compte tenu de la formalisation, rendue parfois obligatoire, et même sans l'être, la formalisation est omniprésente. Cela a nous a conduit à démontrer autrement la relation établie : à partir des contrats et de leur inscription dans le temps.

370. Démontrer autrement la relation établie. Les dispositions du Code civil prévoient, selon différents mécanismes, qu'un contrat puisse être prolongé (la prorogation), ou que des contrats se succèdent (le renouvellement et la tacite reconduction). L'allongement d'un contrat et la succession de contrats les inscrivent nécessairement dans le temps. Mais les dispositions n'ont prévu aucun régime particulier y afférent. Est-ce que cela est nécessaire ? Cela l'est si l'on conçoit que ces contrats ne sont pas seulement des contrats qui ont été prolongés ou juxtaposés, et qu'ils lient autrement les cocontractants que par les seules obligations contractuelles. La relation établie pourrait être ce liant. Tous ses éléments constitutifs se vérifient à l'épreuve du temps. Tous témoignent des liens qui se sont progressivement densifiés entre entreprises, qu'elles soient ou non d'ailleurs liés par des contrats ; même si l'on a alors pu montrer que ces derniers peuvent en fait être sous-jacents, et donc bien présents. La démonstration de la relation établie a été repensée, en partant des contrats qui ne sont normalement pas requis pour la mener. Il en résulte qu'il y a moins de raisons d'opposer les contrats aux relations, que de les rassembler pour mettre en évidence l'incomplétude des dispositions ayant pour effet d'inscrire les contrats dans le temps. Elles sont effectivement muettes sur les moyens d'appréhender ce qu'il est ainsi créé. Mais les compléter à l'aide de la notion de relation établie n'est pas à préconiser, tant la notion est encore instable, du fait de ses applications vacillantes.

371. Apprécier les applications vacillantes de la notion de relation établie. D'un côté, elle donne lieu à une application limitée car les entreprises ont des moyens de précariser leur relation. L'aléa inhérent aux appels d'offres empêcherait la relation de s'établir, même si ce n'est pas automatique dès lors qu'il s'agirait seulement d'un appel d'offres isolé. De l'autre, la notion fait l'objet d'une application extensive dans la mesure où les juges utilisent la fiction juridique de la continuité, pour faire perdurer une relation, alors même qu'elle ne lie plus les entreprises entre qui elle a débuté.

372. Ne pas lier les contrats à l'aide de la relation établie. La notion de relation établie réussit à saisir ce qui ne l'est pas forcément par les contrats qui s'inscrivent dans le temps, en étant un liant. Elle pourrait être ce qui en émane mais on pense qu'elle échoue encore à pouvoir prétendre les lier tant elle donne lieu à des applications vacillantes.

CHAPITRE 2 : LES CONCEPTIONS PRÉTORIENNES DE LA BRUTALITÉ DE LA RUPTURE

373. Les deux conceptions de la brutalité : l'absence et l'insuffisance de préavis. L'article L. 442-1, II du Code de commerce sanctionne la brutalité de la rupture. Elle consiste dans l'absence ou l'insuffisance de préavis. La rupture précédée d'un préavis suffisant est donc licite. Dans ce chapitre, on examine l'exigence formelle du préavis mais l'appréciation de sa durée l'est dans un chapitre dédié.

374. Un formalisme protecteur. Le préavis doit être écrit sans qu'aucune forme ne soit requise. L'intérêt est moins celui d'en imposer une que de connaître celles qui, couramment utilisées par les entreprises, ont été admises en jurisprudence, en identifiant les difficultés d'ordre probatoire que cela a pu poser. Le formalisme prescrit est rigoureusement vérifié si bien que même prévisible la rupture est brutale. Les entreprises évincées sont très protégées, d'autant plus que la rupture brutale partielle est aussi admise.

375. Les deux dimensions de la rupture brutale : totale et partielle. La rupture brutale partielle se caractérise lors de diminutions significatives dans les volumes d'affaires ou lorsque des modifications substantielles sont apportées à la relation établie. Leur appréciation est d'autant plus difficile que la quantification est insuffisante et les diminutions sont contestables. Quant aux modifications, elles doivent être de l'ordre de bouleversements, soulevant cette fois la question de leur imputabilité.

376. L'imputabilité de la rupture brutale. Il est des cas où mettre au compte de l'auteur la brutalité de la rupture est impossible. Le respect par lui du préavis légal de dix-huit mois l'exonère de sa responsabilité. L'inexécution par l'une des parties de ses obligations dispense l'autre de lui octroyer un préavis. S'il est permis de retenir un défaut d'imputabilité de la brutalité en cas de comportements, positif de l'auteur et négatif de son partenaire, l'appréciation en revient aux juges. Ils ont exigé un manquement grave dans le silence du texte et peuvent *a priori* octroyer davantage que le préavis légal. Les comportements des parties ne sont pas les seuls à ne pas rendre imputable la brutalité de la rupture à l'une ou l'autre des parties, les extériorités aussi. Les dispositions applicables réservent le cas de la force majeure. La rupture du lien causal empêche d'imputer la brutalité de la rupture à celui qui en a été à l'initiative. Mais ce cas reste rare alors que pourtant les circonstances économiques défavorables, les crises, les contextes économiques instables sont autant d'éléments appréciés en jurisprudence et rendant la rupture non-brutale. Il a

alors fallu se demander si c'est là une atténuation de la force majeure ou si c'est l'œuvre créatrice purement prétorienne d'un nouveau cas exonératoire.

377. L'unilatéralisme problématique. L'article L. 442-1, II du Code de commerce laisse la possibilité aux parties en relation établie de se délier, encore faut-il pour elles respecter les conditions imposées. Il n'est toutefois par certain qu'il s'agisse pour elles deux, de faire en sorte que la rupture ne soit pas brutale. L'application et l'interprétation jurisprudentielles des dispositions paraissent placer l'auteur au centre des attentions. L'impression doit être confirmée ou infirmée dans la distinction entre les ruptures brutales (section 1) et les ruptures non-brutales (section 2).

SECTION 1 : LES RUPTURES BRUTALES

378. La double dimension de la rupture brutale : l'une et l'autre, l'une sans l'autre. L'article L. 442-1, II du Code de commerce sanctionne et les ruptures brutales totales et les ruptures brutales partielles. L'insertion dans le premier alinéa, entre virgules, de « *même partiellement* » n'est pas de pure forme¹³⁴⁷. La rupture brutale se dédouble. Cependant, ce qui fait qu'une rupture est licite et qu'une rupture brutale est illicite est commun à ses deux dimensions. Et c'est pourquoi il est nécessaire d'en commencer par-là : avec les ruptures brutales totales (§1), avant de poursuivre avec les spécificités propres aux ruptures brutales partielles (§2). Il ressort de la jurisprudence que ruptures brutales partielles précèdent fréquemment les ruptures brutales totales, ce n'est pas pour brouiller la frontière qu'il existe entre ces deux dimensions mais c'est un aspect qu'il sera opportun de relever.

§1. Les ruptures brutales totales

379. De la licéité de la rupture à l'illicéité de la brutalité. L'amorce de l'article L. 442-1, II du Code de commerce renseigne sur le fait que l'action en rupture brutale est une action en responsabilité ; la jurisprudence a précisé délictuelle¹³⁴⁸. Ce mécanisme implique qu'un fait générateur, un dommage et un lien de causalité entre le fait générateur et le dommage soient réunis pour être mis en œuvre. À commencer par le fait générateur, il est constitué par la brutalité de la rupture. Si la rupture est l'évènement central, il n'y a que la caractérisation de sa brutalité qui

¹³⁴⁷ AN, séance du jeu. 28 mars 1996 (deuxième), spéc. p. 48, allant dans le sens d'une simplification du texte : « *Plutôt que d'écrire : « Rompre totalement ou partiellement », nous préférons : « rompre, même partiellement, » ».*

¹³⁴⁸ V. not., Cass. com., 04 oct. 2011, n°10-20.240, J.-D. n°2011-021084 : « *l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, qui instaure une responsabilité de nature délictuelle, ne s'applique pas dans le cadre des relations commerciales de transports publics routiers de marchandises exécutés par des sous-traitants* ».

en fera un fait générateur, susceptible d'engager la responsabilité de l'auteur, mettant totalement fin à la relation établie. Conformément aux dispositions applicables, la rupture est brutale « *en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation*¹³⁴⁹ ». Il en résulte que la rupture précédée d'un préavis est licite, encore faut-il connaître des caractères incompressibles qu'il doit présenter (A). À défaut, et même lorsqu'un préavis précède la rupture, celle-ci peut encore être brutale et donc illicite (B). Si cela pousse à concevoir un domaine vaste de la brutalité il faut d'emblée rectifier : la conception retenue de la brutalité ne couvre pas tous les sens que le terme comprend. Il a alors fallu se demander si le choix permet d'atteindre les objectifs tels qu'ils ont été fixés par le Rapport au Président accompagnant l'ordonnance du 24 avril 2019¹³⁵⁰, et consistant globalement dans la cohérence et l'efficacité économique.

A. La licéité de la rupture précédée d'un préavis

380. La forme et le fond. L'article L. 442-1, II du Code de commerce exige que le préavis soit écrit sans préciser de forme particulière. Dans cette absence, des entreprises ont trouvé à aménager les modalités de la rupture et l'écrit a pu être décliné ; deux séries de faits qui, bien que différents, convergent vers les caractères nécessaires du préavis : il doit être écrit et univoque (1). Ses déclinaisons posent cependant la question supplémentaire de leur réception en jurisprudence (2).

1. Un préavis écrit et univoque

381. Le préavis doublement suffisant comme condition de fond. En 2014, les juges de cassation ont affirmé que le préavis écrit constitue une règle de fond¹³⁵¹. La formalisation du

¹³⁴⁹ C. com., art. L. 442-1, II.

¹³⁵⁰ Rapp. au Président de la République relatif à l'ord. n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux pratiques prohibées (ci-après le Rapport), JORF n°0097 du 25 avr. 2019, texte n°15.

¹³⁵¹ Cass. Com., 20 mai 2014, n°12-26.705, J.-D. n°2014-010679 : « *Mais attendu, d'une part, que le fait pour 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, engage, en vertu de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, la responsabilité délictuelle de son auteur, l'exigence d'un préavis écrit prévue par ce texte constituant une règle de fond ; qu'ayant retenu que l'activité du fournisseur se situait en France, lieu du dommage résultant de la brutalité de la rupture, de sorte que les sociétés Chavanoz et Porcher étaient bien fondées à solliciter l'application de la loi française, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;* ». En l'espèce, des entreprises néerlandaises mettent fin à des contrats d'approvisionnement auprès de sociétés productrices françaises. L'élément d'extranéité a soulevé plusieurs difficultés dans l'application des dispositions. N. MATHEY, Rupture de relations commerciales – Loi applicable à la rupture brutale de relations commerciales établies dans un litige international et engageant la responsabilité délictuelle de son auteur, CCC n°8-9, août 2014, comm. 192 : « *En l'espèce, la Cour de cassation ne reprend pas la référence à la nature complexe du délit et se*

préavis est érigée comme une condition de la régularité de la rupture. Avant l'entrée en vigueur des dispositions de la Loi Galland, certaines ruptures avaient été jugées illégales et un arrêt éclairé sur l'addition de deux éléments constitutifs du préavis. En 1993, les juges de la Cour d'appel de Paris retiennent une « *rupture intempestive*¹³⁵² » à propos de la résiliation d'un contrat de concession de vente exclusive. En l'espèce, la « *dénonciation a été faite avec effet immédiat* ». Et les avertissements de l'auteur n'équivalent pas à un quelconque préavis car ils ne contiennent « *aucune intention de rupture définitive et [...] aucun délai* ». La dualité du préavis apparaît : il doit non seulement contenir l'indication d'un délai mais il formalise surtout l'intention de son auteur de se séparer une fois pour toutes de son partenaire¹³⁵³. Il doit donc être doublement suffisant : quant à sa durée et quant à son pouvoir évocatoire. Pris dans ces deux dimensions inséparables, cela rend plusieurs préavis sans effet.

382. Les préavis privés d'effet. Le défaut de formalisation du préavis trouve à s'exprimer diversement. On a observé que **les avertissements**¹³⁵⁴ n'équivalent pas à un préavis dûment écrit et envoyé à son destinataire, pas d'avantage que **des annonces verbales**¹³⁵⁵. L'auteur ne peut pas non plus prétendre avoir observé **un préavis de fait** s'il n'a pas été annoncé par écrit¹³⁵⁶. La résiliation faite à titre conservatoire lorsqu'elle précise expressément ne pas pouvoir s'analyser « *comme une rupture définitive (des) relations commerciales* », ne présente pas le caractère

contente de rappeler que la loi applicable en matière délictuelle est celle du lieu du dommage ; ce qui conduit, encore une fois, à l'application de la loi française. L'auteur du pourvoi avait tenté d'écarter ce raisonnement en prétendant que l'exigence d'un préavis écrit d'une durée raisonnable était une règle de forme afin de soumettre le litige à la loi néerlandaise, la décision de l'auteur de la rupture ayant été prise aux Pays-Bas. La tentative était habile mais n'avait évidemment guère de chance de convaincre : l'essentiel des dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ne réside pas dans l'écrit mais dans l'octroi d'un préavis suffisant pour permettre la reconversion de la personne qui subit la décision de rompre. C'est donc bien une règle de fond insérée dans un corps de règles relevant du droit de la concurrence. »

¹³⁵² CA Paris, 5^{ème} ch., sect. A, 17 fév. 1993, n°5373/91, J.-D. n°1993-020774 : « *Qu'en l'espèce la dénonciation a été faite avec effet immédiat, que s'il est vrai qu'elle a été précédée d'avertissements, ceux-ci n'évoquaient aucune intention de rupture définitive et n'impartissaient aucun délai ; que la longue réflexion [du concédant] montre, en tant que de besoin, que les défaillances reprochées [au concessionnaire] ne revêtaient aucune gravité dirimante ; Qu'au jour de la dénonciation le compte [du concessionnaire] était exempt de toute dette à l'égard [du concédant] ; que la progression du chiffre d'affaires était constante ; que c'est seulement par rapport aux autres pays européens que [le concédant] la trouvait insuffisante ; qu'il suit que la rupture a été intempestive de la part [du concédant]* ». RJD 1993, n°689.

¹³⁵³ N. DISSAUX, La lettre de rupture commerciale, JCP E n°42, 20 oct. 2016, 1565, à propos de Cass. com., 06 sept. 2016, n°14-25.891, J.-D. n°2016-010836 (*infra*), pp. 39-41, spéc. p. 41 : « *Prétendre claquer la porte est une chose ; la prendre effectivement en est une autre. Envisager la rupture n'est pas la consommer. Sans doute la confection d'un écrit n'est-elle qu'un moyen parmi d'autres. Il n'y a toutefois pas plus fiable. Non seulement les écrits restent, mais ils fixent, ils précisent la volonté. Impossible de s'en remettre aux déclarations flottantes qui émaillent toujours une relation d'affaires. N'en déplaise à ses contempteurs, le formalisme a ses vertus* ».

¹³⁵⁴ CA Paris, 5^{ème} ch., sect. A, 17 fév. 1993, n°5373/91, J.-D. n°1993-020774, *ibid*.

¹³⁵⁵ Cass. com., 24 sept. 2013, n°12-24.538, J.-D. n°2013-020549 : « *Mais attendu qu'ayant constaté que les relations commerciales ont été rompues à l'initiative [du donneur d'ordres] sans préavis écrit et relevé à juste titre que ni la prétendue annonce faite verbalement en septembre 2008 ni le ralentissement des commandes ne pouvaient pallier cette carence, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la rupture des relations commerciales avait été opérée sans préavis* ».

¹³⁵⁶ CA Paris, Pôle 05, Ch. 10, 03 fév. 2010, n°08/04108, J.-D. n°2010-004324 : « *Considérant que le contrat de référencement n'implique pas en lui-même un engagement d'achat de la part des membres du groupe Casino, qu'il n'en reste pas moins que par application de l'article L. 442-6-1 5° du code de commerce comme des stipulations contractuelles, la société Distribution Casino France ne pouvait rompre brutalement la relation commerciale établie avec la société Leader meubles, sans un préavis écrit tenant compte de la durée de la relation ; que la société Distribution Casino France, qui n'a donné aucun préavis écrit, ne peut valablement prétendre avoir fait bénéficier la société Leader meubles, en fait, d'une année de préavis* ».

univoque nécessaire¹³⁵⁷. Enfin, lorsque l'auteur souhaite mettre fin à une relation, il doit en informer son partenaire et se garder ultérieurement d'adopter des comportements qui pourraient lui laisser croire qu'il est revenu sur sa décision, par exemple en passant de nouveau commande. Les juges retiennent en ce cas une **attitude ambivalente** de l'auteur, ayant informé son partenaire de la rupture mais sans avoir fixé de préavis¹³⁵⁸. Pour parer toute contestation, des entreprises ont organisé une procédure renforcée. Elle contient une rencontre et un envoi par lettre recommandée ; de ces deux éléments on s'est demandé lequel est le plus prompt à *apaiser* la rupture ou si les deux peuvent y participer.

383. En l'absence de forme écrite prescrite par le législateur. À l'inverse des dispositions étudiées, en d'autres cas, le législateur a expressément indiqué la forme du préavis¹³⁵⁹. En droit social, le licenciement doit être notifié par lettre recommandée avec avis de réception¹³⁶⁰. En matière de bail à usage d'habitation, le congé doit être notifié par lettre recommandée avec avis de réception ou signifié par acte d'huissier¹³⁶¹ ; la loi dite ALUR ayant ajouté qu'il puisse être remis en main propre contre récépissé ou émargement¹³⁶². Quant à la résiliation d'un bail commercial, « *jusqu'à la loi Pinel*¹³⁶³ *le locataire devait utiliser l'acte d'huissier. En effet, selon la jurisprudence, le congé donné par lettre recommandée avec avis de réception (LRAR) était nul, nonobstant une*

¹³⁵⁷ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 19 déc. 2019, n°17/11609, J.-D. n°2019-023903 : « [...] l'absence de caractère univoque du courrier du 10 décembre 2014 est confortée par un courriel [...] dans lequel [le fabricant] annonce que la candidature [du transporteur] est retenue [...], ce qui marque une volonté de poursuivre les relations. Ce n'est qu'à compter des mois de mai/juin 2015 que les échanges entre les parties manifestent la décision [du fabricant] de réorganiser son schéma d'approvisionnement en ne retenant que deux transporteurs et la mise en concurrence [du transporteur partenaire] avec d'autres transporteurs sans toutefois qu'aucun préavis écrit n'ait été délivré à [ce dernier] signifiant la volonté d'interrompre les relations à l'issue du processus de mise en concurrence. Or seul un préavis écrit, quelle qu'en soit la forme, est de nature à écarter le grief de brutalité de la rupture. Ce n'est que par courriel du 9 juillet 2015 que [le fabricant] a annoncé [au transporteur] que sa candidature n'était pas retenue et qu'elle entendait mettre fin à leurs relations à compter du 1er septembre 2015. Cet avis écrit contenant l'expression de la volonté ferme et définitive [du fabricant] d'interrompre les relations doit en conséquence être retenu comme point de départ du préavis ».

¹³⁵⁸ Cass. com., 15 janv. 2013, n°12-17.553, J.-D. n°2013-000466, confirmé sur ce point par Cass. com., 20 oct. 2015, n°14-18.753, J.-D. n°2015-023508 : « [...] l'arrêt du 23 février 2012, qui avait retenu la responsabilité [du fabricant et donneur d'ordres] dans la rupture de ses relations avec [le sous-traitant] et l'avait condamné à lui payer une certaine somme en réparation de son préjudice, a été cassé, mais seulement en ce qu'il ne précisait pas en quoi l'absence de préavis avait été de nature à engendrer le préjudice qui a été indemnisé ; que la cassation ainsi prononcée n'a pas atteint le chef de dispositif de cet arrêt qui retient la responsabilité [du fabricant] en raison de l'absence de notification [au sous-traitant] de la durée du préavis qu'[il] entendait lui octroyer et de l'incertitude entretenue sur son intention de rompre, ce dont il résultait que la notification en cause n'avait fait courir aucun délai de préavis répondant aux exigences de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce ; qu'en cet état, c'est sans méconnaître son office et sans être tenue de procéder à la recherche inopérante visée à la deuxième branche que la cour d'appel a retenu qu'il était acquis, à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation, que [le fabricant] n'avait accordé aucun préavis » [...]. ».

¹³⁵⁹ A. SONET, Le préavis en droit privé, préf. F. BUSSY, PUAM, 2003, n°1, p. 249 et s.

¹³⁶⁰ C. trav., art. L. 1232-6, al. 1 : « Lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, il lui notifie sa décision par lettre recommandée avec avis de réception. »

¹³⁶¹ L. n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, JORF du 08 juill. 1989, p. 8541 et s., spéc. p. 8543, art. 15 : « Le congé doit être notifié par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou signifié par acte d'huissier ».

¹³⁶² L. n°2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF n°0072 du 26 mars 2014, texte n°1, art. 5, I-5° « L'article 15 est ainsi modifié [...] c) Le deuxième alinéa du même I est remplacé par neuf alinéas ainsi rédigés : [neuvième alinéa] « Le congé doit être notifié par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, signifié par acte d'huissier ou remis en main propre contre récépissé ou émargement [...] » ».

¹³⁶³ L. n°2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, JORF n°0140 du 19 juin 2014.

clause du bail permettant de recourir à la LRAR. Mais depuis l'entrée en vigueur de la loi Pinel, c'est-à-dire depuis le 20 juin 2014, le locataire peut utiliser la LRAR pour mettre fin au bail¹³⁶⁴ ».

Les exemples pris montrent la diversité des formes d'écrit sans qu'aucune n'ait été choisie par le législateur pour figurer à l'article L. 442-1, II du Code de commerce. Ses dispositions se cantonnent à l'exigence générale d'un préavis écrit. Faut-il les compléter en imposant une lettre recommandée à accusée de réception par exemple ? On ne pense pas que cela soit nécessaire car ce n'irait pas dans le sens d'un renforcement de la sécurité. En outre et au-delà du fait qu'il faille maintenir une certaine souplesse dans les échanges entre entreprises, c'est dans l'absence de prescription d'un écrit spécifique que celui-ci a pu être décliné, à l'aune des évolutions technologiques. La pratique des entreprises n'a ainsi pas été empêchée. Mais des difficultés se posent alors quant à l'admission de certaines preuves pour établir qu'il y a eu un écrit.

2. La déclinaison des écrits face à la charge probatoire

384. La réception probatoire de la notification électronique d'un appel d'offres. La notification de l'organisation d'un appel d'offres, envoyée par courrier électronique, vaut notification de la rupture¹³⁶⁵. La solution est prétorienne et présente un double intérêt car elle nous permet d'aborder la forme et le fond de ladite notification électronique, qu'on élargira au courriel. **Sur la forme d'abord**, les observateurs relèvent que cette solution n'est pas novatrice dans la mesure où la jurisprudence avait déjà eu l'occasion de se prononcer en faveur de l'effectivité de certains courriels en droit de la distribution¹³⁶⁶. Avant même d'entrer dans l'ère numérique, les juges avaient reconnu qu'un acte de commerce puisse être prouvé au moyen d'une télécopie¹³⁶⁷. Sous l'impulsion prétorienne et faisant fi de la « *pusillanimité ambiante*¹³⁶⁸ », le législateur a franchi le nouveau millénaire en conférant la même force probante à l'écrit sous forme électronique qu'à l'écrit sur support papier, dans la limite des conditions qu'il a pris soin de poser¹³⁶⁹. **Sur le fond**

¹³⁶⁴ J.-L. PUYGAUTHIER, Durée et fin du bail commercial après les lois Pinel et Macron, JCP N n°6, 12 fév. 2016, 1085.

¹³⁶⁵ Cass. Com. 08 déc. 2015, n°14-18.228, J.-D. n°2015-027562.

¹³⁶⁶ N. MATHEY, Notification de la rupture brutale par courrier électronique, JCP E n°14, 07 avr. 2016, 1201 : « *Une cour d'appel a ainsi admis que l'agent puisse revendiquer son droit à indemnité de fin de contrat par ce moyen [par « mail »] CA Douai, Ch. 2, Sect. 2, 05 mai 2009, n°08/01540, J.-D. n°2009-378572.*

¹³⁶⁷ L. GODON, La liberté de la preuve en droit commercial : une illusion, D. 2015, p. 2580, Cass. Com., 02 déc. 1997, n°95-14.251, Bull. civ. IV, n°315, J.-D. n°1997-004880 : « *Mais attendu que l'écrit constituant, aux termes de l'article 6 de la loi du 2 janvier 1981, l'acte d'acceptation de la cession ou de nantissement d'une créance professionnelle, peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopies, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées, ou ne sont pas contestées ; qu'en analysant les circonstances dans lesquelles a été émise la télécopie litigieuse, dont le caractère mensonger n'avait pas été allégué, la cour d'appel a pu en déduire que la preuve écrite de l'acceptation de la cession de créance était établie ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches* ».

¹³⁶⁸ D. R. MARTIN, De l'écrit ou la révolution scripturale, D. 1998, p. 192.

¹³⁶⁹ L. n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF n°62 du 14 mars 2000, texte n°1, art. 1^{er}, III : « [...] Art. 1316-1 – *L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve qui puisse être dûment identifiée la personne dont il*

ensuite, et au même titre que les autres écrits, le juge réserve au courriel la même exigence d'unovocité¹³⁷⁰. Lors d'un lancement d'un appel d'offres, son annonce de se doit d'être suffisamment précise afin que le partenaire ne puisse pas envisager la poursuite de la relation aux conditions antérieures. À défaut, on a précédemment observé que les juges ont eu l'occasion de retenir la caractérisation de l'anticipation raisonnable du partenaire en la continuité du flux d'affaires¹³⁷¹. Dans l'arrêt de cassation du 08 décembre 2015¹³⁷², le partenaire mis en concurrence prétend n'avoir reçu aucun courrier électronique l'informant du lancement de l'appel d'offres. Mais le donneur d'ordres verse une capture d'écran, sur laquelle les adresses électroniques des soumissionnaires potentiels apparaissent. Parmi elles, les juges d'appel ont identifié l'« *adresse effective* » du partenaire évincé et ajoutent que les autres sociétés consultées ont répondu¹³⁷³ ; il n'y aurait donc plus de doute à avoir sur l'effectivité de l'envoi et de la réception du courrier électronique. Cependant, l'auteur du pourvoi met en cause l'intégrité de la copie d'écran, ce à quoi les juges du droit répondent que « *la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a exactement déduit que l'intégrité ne pouvait être mise en cause* ». Pour l'un des commentateurs, l'affirmation est « *un peu trop forte*¹³⁷⁴ » et pour comprendre pourquoi l'inversion de la charge de la preuve est invoquée, il est utile de revoir qui doit prouver quoi dans le cadre de l'action fondée sur les dispositions de la rupture brutale des relations établies.

émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ». Ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 fév. 2016, texte n°26, art. 4 : « *Le titre IV bis « De la responsabilité du fait des produits défectueux » est remplacé par les dispositions suivantes : « Titre IV BIS « DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS [...] Art. 1366 : « L'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. »* »

¹³⁷⁰ Not., CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 24 janv. 2020, n°18/00705, J.-D. n°2020-000990 : « *Ce courriel ne manifeste pas la volonté non équivoque de la société La Halle [distributeur de prêt-à-porter] de rompre les relations commerciales établies, celle-ci refusant dans l'immédiat de renouveler le contrat cadre avec [l'agence de publicité] tout en lui précisant que la situation sera revue en octobre ou novembre 2014 et qu'entre-temps, elle continuera à avoir recours à ses services* ». Ant. CA Versailles, 12^e ch., 2^e sect., 27 oct. 2011, n°10-04733, J.D. n°Ø : « *Le simple message électronique adressé le 17 novembre 2008 lequel informe certes [l'agence de communication] du recours à une procédure d'appel d'offres afin d'optimiser tous les supports de communication Club Toyota dès le 1^{er} avril 2009, devant répondre à un cahier des charges précis, tout en lui précisant qu'elle est interrogée en tant que partenaire actuel sur le dossier et qu'elle dispose de beaucoup de données sur le programme de fidélisation de la société Toyota, ne formalise pas le caractère inéluctable et univoque d'une rupture des relations commerciales et ne saurait constituer un préavis écrit au sens des dispositions législatives précitées* ».

¹³⁷¹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 24 sept. 2021, n°18/02209, J.-D. n°Ø : « *Il est établi de manière constante que les relations d'affaires entre les parties ont été entretenues sans interruption à compter du 26 mars 2003 dans le cadre de contrats successifs à effet au 1^{er} juillet pour s'achever au 30 juin, et que nonobstant le recours ponctuel à la procédure d'appels d'offres sur laquelle les parties s'accordent a minima pour les saisons 2002-2003, 2005-2006 et 2009-2010, cette relation d'affaires a généré un flux financier certifié l'expert-comptable [...]. Il en résulte que la continuité des relations d'affaires orientées sur la prise en charge des déplacements liés à l'organisation des matchs au plan international, nonobstant l'indépendance des contrats et la mise en place ponctuelle des appels d'offres donne la mesure de leur stabilité et de la croyance légitime de [l'agence de voyage spécialisée dans le voyage et l'évènementiel sportifs] en leur caractère pérenne* ».

¹³⁷² Cass. Com. 08 déc. 2015, n°14-18.228, J.-D. n°2015-027562.

¹³⁷³ CA Paris, Pôle 5, ch. 4 ; 22 janv. 2014, n°12/05810, J.-D. n°2014-036732 : « *Considérant que si la société Trans Plus Services prétend ne pas avoir reçu ce message électronique, il résulte de la capture d'écran du lancement de l'appel d'offres versée aux débats qu'elle faisait partie, comme les autres sociétés consultées, des destinataires de ce message, à l'adresse : transplusservices@wanadoo.fr, qui est son adresse effective ; que les autres sociétés consultées ont répondu entre le 3 mars et le 12 mai 2009* »

¹³⁷⁴ N. MATHEY, Notification de la rupture brutale par courrier électronique, JCP E n°14, 07 avr. 2016, 1201,

385. La recherche collective de la preuve du préavis en réponse à l'impossibilité de prouver un fait négatif. On lit l'article 9 du code de procédure civile avec l'article 1353 du code civil, en vertu desquels, respectivement, « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* » et « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* ». Lorsqu'une entreprise est évincée d'une relation d'affaires et s'estime victime d'une rupture brutale, il lui appartient de rassembler les preuves nécessaires à la résolution du litige l'opposant à l'auteur. Des deux cas dans lesquels une rupture brutale peut être caractérisée, lorsqu'aucun préavis n'a été observé ou lorsque celui-ci est d'une durée insuffisante par rapport à la relation établie, on traite du premier. En l'absence de préavis, la victime n'a reçu aucun écrit et n'a donc bénéficié d'aucun préavis. Elle réclame l'exécution de l'obligation de l'auteur de respecter un préavis avant de consommer la rupture. Comment peut-elle prouver que l'auteur a manqué à son obligation ? Elle doit prouver ce qui n'a pas été exécuté. Or en droit de la preuve, c'est un fait négatif et le prouver semble impossible¹³⁷⁵. La demanderesse ne peut donc rien verser pour prouver l'inexécution. En défense, l'auteur ne va pas se contenter de nier l'inexécution¹³⁷⁶. C'est ce qui fait dire à une partie de la doctrine que « *la dialectique probatoire énoncée à l'article 1353 du code civil ne correspond pas à la réalité du procès*¹³⁷⁷ ». La dénégation ne constitue pas une défense¹³⁷⁸. Le défenseur va vouloir à son tour convaincre le juge qu'il a satisfait à son obligation. En ce sens, l'article 1353 du code civil poursuit en prévoyant que « *reciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ». En l'occurrence, l'auteur a organisé un appel d'offres et a versé une copie d'écran du courriel l'annonçant pour prouver qu'il a exécuté son obligation de respecter un préavis avant de rompre la relation établie. Mais son intégrité est mise en cause par l'auteur du pourvoi. L'objet de la preuve a donc été déplacé, puisqu'il ne s'agit plus de prouver l'existence d'un préavis écrit mais l'intégrité de la copie d'écran. Sur ce point, les juges du droit procèdent par affirmation plutôt que de laisser la voie ouverte à la possibilité pour la victime de rapporter la preuve contraire. Il faut toujours considérer être dans la dialectique probatoire voulant que « *chaque partie tente tout au long du procès d'apporter la preuve des faits qui étaient sa position, sans attendre l'échec de son adversaire dans la preuve qui lui incombe*¹³⁷⁹ ». Mais la victime est-elle réellement en mesure d'établir la non-intégrité du document électronique versé par la défense ?

386. Du non-renversement de la charge de la preuve de l'intégrité de la copie d'écran à son admission vacillante en jurisprudence. « *Il ne suffit pas de contester, par principe, la valeur*

¹³⁷⁵ F. FERRAND, G. LARDEUX, *Preuve*, 1^{ère} éd., sept. 2020, Dalloz, Dalloz Corpus, ISBN n°978-2-247-20265-2, spéc. 84, p. 34 : « *Probatio diabolica ? Prouver ce qui n'existe pas ou n'a pas été exécuté semble impossible (J. LARGUIER, La preuve d'un fait négatif, RTD civ. 1953. 1)* ».

¹³⁷⁶ F. FERRAND, G. LARDEUX, *Preuve*, *ibid.*, spéc. 151, pp. 53-54.

¹³⁷⁷ *Ibid.*, spéc. 150-151, pp. 53-54.

¹³⁷⁸ *Ibid.*, spéc. 151, pp. 53-54.

¹³⁷⁹ F. FERRAND, G. LARDEUX, *Preuve*, *ibid.*, spéc. 151, *in fine* p. 54.

*probante d'une capture d'écran. Il appartient à celui qui la conteste d'établir que la pièce produite présente effectivement des irrégularités, incohérences ou autres curiosités de nature à la rendre douteuse*¹³⁸⁰ ». À défaut pour celles-ci d'apparaître clairement, il est peu probable que celui qui conteste puisse les établir sans savoir accès au matériel informatique, à partir duquel le courriel a été envoyé. Il pourrait s'agir là d'une preuve diabolique, exigeant le renversement de la preuve. Cela signifierait que ce serait défenseur d'établir que la copie d'écran répond aux deux exigences posées pour l'écrit électronique¹³⁸¹. C'est cependant ce qui est attendu de lui. Conformément à la réciproque de l'article 1353 du code civil, il lui incombe d'établir l'intégrité de la copie d'écran qu'il a versée s'il veut à ce titre prouver s'être libéré de son obligation de respecter un préavis. En définitive, en l'espèce l'admission de la copie d'écran par les juges n'a pas été problématique, et c'est ce qui leur a par ailleurs été reproché, mais il faut observer qu'en d'autres matières, certaines juridictions marquent davantage d'hostilité¹³⁸². Et si celle-ci peine à être justifiée, on ajoutera qu'elle s'explique d'autant moins que l'admission de cette même preuve semble être facilitée en matière de rupture brutale. La variation dans l'admission d'une même preuve porte sur elle un certain discrédit, et le vœu de clarification exprimé se fait alors de plus en plus pressant.

387. Du défaut de préavis à l'auteur brutal. Des deux cas dans lesquels une rupture brutale peut être caractérisée, on a fait le choix de présenter le premier – l'absence de préavis – eu égard aux difficultés d'ordre probatoire qu'il pose ; il reste que lorsqu'il y a un préavis il peut aussi y avoir rupture brutale. Son illicéité consiste alors dans son insuffisance, que l'on ne va pourtant pas appréhender du point de vue de sa durée. Conformément au sens premier de la brutalité, il s'agira de s'intéresser à l'auteur.

B. L'illicéité de la brutalité

388. Le problème posé par l'équivalence de l'absence à l'insuffisance. Les dispositions ont leur conception de la brutalité. Elle est caractérisée en l'absence de préavis ou en cas d'insuffisance de celui-ci. L'assimilation de l'une à l'autre pose problème car chaque cas suppose

¹³⁸⁰ J.-M. LÉGER, Les captures d'écran : moyens de preuve des utilisations illicites de créations sur internet, Légipresse 2022, p. 54.

¹³⁸¹ C. civ., art. 1366.

¹³⁸² J.-M. LÉGER, *ibid.* : « L'hostilité que manifestent certaines juridictions du fond à l'égard des captures d'écran relève d'un amalgame injustifié et d'une curieuse technophobie à laquelle échappent pourtant, depuis des lustres, les incontournables courriels. Dans un arrêt récent du 7 juillet 2021 [Cass.], publié au bulletin, la Cour de cassation rappelle à bon escient que la contrefaçon peut être prouvée par tout moyen notamment par des captures d'écran de sites internet. Bien que rendue dans un litige portant sur la contrefaçon d'un logiciel, cette décision invalide les décisions d'irrecevabilité de ce moyen de preuve. Elle devrait en outre conduire les juges du fond à plus de clairvoyance dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation. En effet, les motifs conduisant au rejet de ce moyen de preuve tiennent à des considérations générales qui convainquent d'autant moins (I) qu'en la matière la preuve est libre (II) ».

une attitude différente de l'auteur, respectivement : il n'a pas observé de préavis, il en a observé un mais il était insuffisant. Le sens détourné de la brutalité (1) empêche de prendre en compte le comportement de l'auteur tandis que s'il l'était, une brutalité graduée (2) pourrait utilement être mise en œuvre.

1. Le sens détourné de la brutalité

389. « *Quelle brute que cet homme !*¹³⁸³ » Dans l'article L. 442-1, II du Code de commerce, l'adverbe suit le verbe. Placés ainsi dès 1996¹³⁸⁴, cela renseigne sur le fait que ce n'est pas la rupture qui est sanctionnée mais seulement sa brutalité¹³⁸⁵. « *C'est dire qu'il [l'article susvisé] impose à l'auteur de cette dernière de prévenir le partenaire délaissé suffisamment en amont afin que celui-ci puisse anticiper les conséquences de cette rupture*¹³⁸⁶ ». Dans cette explication, c'est en référence à l'auteur que l'on sait à quoi sert le préavis. Il est désigné et il doit faire quelque chose. En somme, c'est de lui, de son comportement, que la brutalité devrait dépendre. L'adverbe recouvrirait les éléments de sa définition. La brutalité s'entend du caractère de la brute. Elle se rapporte à une personne¹³⁸⁷. C'est comme cela que l'on en trouve trace en littérature. La brutalité caractérise certains des personnages dépeints par Émile Zola (*L'Assommoir*, à propos de Bijard). L'un de ceux de Guy de Maupassant, Georges Duroy, résume le propos en énonçant, à haute voix, la veille de son duel, « *Quelle brute que cet homme !* »¹³⁸⁸. La brutalité, propre à l'homme, devrait amener vers l'appréciation du comportement de l'auteur et on devrait alors se poser la question suivante : a-t-il agi avec brutalité ? Cette question peut nécessairement être posée mais on ne peut pas directement y répondre en tenant compte des circonstances et des modalités de la rupture car les dispositions confèrent un autre sens à la brutalité. La rupture est brutale à défaut de préavis écrit tenant compte de la relation établie. Le sens de la brutalité s'éloigne. Il se détourne de son sens premier qui voudrait que la rupture devrait être considérée comme brutale lorsque son

¹³⁸³ G. DE MAUPASSANT, *Bel-Ami*, éd. De Crémille, Genève, 1992, spéc. p. 156.

¹³⁸⁴ L. n°96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, JORF n°153 du 03 juill. 1996, p. 9983, article 14 (modifiant l'article 36 de l'ord. n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, JORF du 09 déc. 1986, p. 14765, « 5. *De rompre brutalement* ».

¹³⁸⁵ C.-A. MAETZ, Rupture brutale de relations commerciales établies, JCI Concurrence – consommation, fasc. 300, maj sept. 2019, spéc. 34 : « *L'article L. 442-1, II du Code de commerce ne sanctionne pas la rupture d'une relation commerciale établie, mais la brutalité de cette rupture* ».

¹³⁸⁶ *Ibid.*

¹³⁸⁷ C. MOULY-GUILLEMAUD, Répercussion de la crise économique, perte de rentabilité d'une relation ou prévisibilité de la rupture : la brutalité en quête de sens, RTD Com. 2016, p. 385, 2. : « *Mais peut-on estimer que celui qui réoriente son activité pour la sauver agit brutalement, c'est-à-dire « avec brutalité », acte qui caractérise une brute, une « personne dépourvue des qualités essentiellement humaines de sensibilité, d'intelligence » ? Certes non. La considération des besoins du marché distingue clairement le bon gestionnaire de « l'homme qui n'a ni esprit, ni raison » » et notes associées. On fournit les définitions suivantes : celle de *brutalité*, issue du Littré (sens 1), « *caractère de la brute* », de *brute* dans le même dictionnaire, « *la bête considérée dans ce qu'elle a de plus éloigné de l'homme* », et dans celui de l'Académie française (sens 2) « *personne dépourvue des qualités essentiellement humaines de sensibilité, d'intelligence, et s'abandonnant sans modération à sa violence instinctive et à ses appétits bestiaux* ».*

¹³⁸⁸ G. DE MAUPASSANT, *ibid.*

auteur l'a été lui-même. En certains cas, la rupture ne semble pas brutale, elle est inversement prévisible en ce qu'elle résulte de comportements non-dissimulés de l'auteur mais, malgré cela, la jurisprudence retient la brutalité.

390. La brutalité de la rupture prévisible. Des juges d'appel avaient pu retenir que « *la rupture, pour être préjudiciable et ouvrir droit à des dommages et intérêts, doit être brutale, c'est-à-dire selon le droit commun « imprévisible, soudaine et violente » et selon l'article 36-5 de l'ordonnance du 1 décembre 1986 modifiée « effectuée sans préavis écrit tenant compte des relations commerciales antérieures ou des usages reconnus par des accords professionnels*¹³⁸⁹ ». Eu égard à des jurisprudences ultérieures, le triptyque, caractérisant cette fois la rupture brutale, peine à convaincre. En procédant à l'aide du raisonnement *a contrario*¹³⁹⁰, la rupture prévisible ne devrait pas être brutale, or les juges l'ont considérée comme telle. À plusieurs reprises, les juges ont affirmé que « [...] *le caractère prévisible de la rupture d'une relation commerciale établie ne prive pas celle-ci de son caractère brutal si elle ne résulte pas d'un acte du partenaire manifestant son intention de ne pas poursuivre la relation commerciale et faisant courir un délai de préavis*¹³⁹¹ ». Il n'y a donc que le préavis écrit d'une durée tenant compte de la durée de la relation pour empêcher la rupture d'être brutale. Cette condition de licéité de la rupture résulte des dispositions applicables, sans qu'il soit besoin d'aller faire une incursion dans le droit commun au risque de mal l'appliquer. La brutalité ne peut être déqualifiée à partir des circonstances dans lesquelles l'entreprise évincée a appris la fin de la relation d'affaires. Seul l'écrit peut purger la rupture d'une éventuelle brutalité. D'autres éléments ne sont pas pris en compte alors que le partenaire évincé ne devrait pas pouvoir les ignorer. À titre d'illustration, on s'appuie sur les faits du litige ayant conduit à l'arrêt de cassation en date du 29 janvier 2020. En l'espèce, une entreprise recourt à un prestataire, depuis une quinzaine d'années, pour des opérations de maintenance¹³⁹². Celles-ci étaient confiées à un salarié, qui les exécutait sur site. Mais lorsqu'il a démissionné et a été embauché par l'entreprise recourant au prestataire, ce dernier pouvait-il encore se figurer que leur relation allait continuer ?

¹³⁸⁹ CA Montpellier, 2^e ch., sect. A, 11 août 1999, n°98/0003685, J.-D. n°1999-127668.

¹³⁹⁰ N. DISSAUX, La lettre de rupture commerciale, JCP E n°42, 20 oct. 2016, 1565, spéc. p. 41 : « *Se méfier néanmoins des interprétations a contrario : il ne suffit pas qu'une rupture soit prévisible, progressive et non-violente pour la soustraire au dispositif de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce* ».

¹³⁹¹ Cass. com., 29 janv. 2020, n°17-20.052, J.-D. n°2020-001214 : « *Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à exclure à la rupture brutale, fût-elle partielle, de la relation commerciale établie liant les deux sociétés, la circonstance que la société Essilor fasse réaliser en interne, à partir de la date d'embauche de M. H..., les prestations qu'elle confiait autrefois à la société Sum ne la dispensant pas de son obligation d'octroyer à son partenaire commercial un préavis suffisant, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 24 janv. 2020, n°18/00705, J.-D. n°2020-000990. Cass. com., 07 mars 2018, n°16-19.777, J.-D. n°2018-003207. Cass. com., 06 sept. 2016, n°14-25.891, J.-D. n°2016-018036. F. BUY, Notion de brutalité : La Cour de cassation décide que le caractère prévisible de la rupture d'une relation commerciale établie ne prive pas, en lui-même, celle-ci de son caractère brutal (US Import Export /Sniw), 06 sept. 2016, Concurrences, n°4-2016, art. n°81931, p. 125, qui le résume comme suit : « [...] *la rupture n'est purgée de son caractère brutale qu'à la condition de résulter d'un acte qui 1/ manifeste l'intention de son auteur de ne pas poursuivre la relation et 2/ fasse courir un délai de préavis* ».

¹³⁹² CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 02 mars 2017, n°15/15145, J.-D. n°2017-004772 : « *La SARL Service Usinage Metallisation, ci-après SARL SUM, était en relation d'affaires avec la Essilor International ci-après SA Essilor, pour qui elle effectuait des prestations de maintenance depuis près de 15 ans* ».

L'internalisation de l'activité de maintenance force à répondre par la négative ; mais quand bien même le prestataire sait l'impossibilité pour lui de continuer la relation, la rupture n'a pas été portée à sa connaissance par un écrit et aucun préavis ne lui a été octroyé, et c'est en cela que la rupture qu'il a subie est brutale. Cela fait de l'écrit une condition stricte et surtout protectrice pour celui à qui la rupture est imposée. On tend ainsi à rejoindre une autre interprétation de la brutalité de la rupture convoquant, cette fois, les deux parties à la relation établie.

391. Les différentes réceptions de l'onde de choc constituée par l'annonce d'une rupture.

À défaut de pouvoir concevoir la brutalité à l'aide du triptyque « *imprévisible, brutale et violente* », ce peut être le point de départ d'une autre réflexion, telle celle proposée par la Professeure Mouly-Guillemaud, à laquelle on souscrit. Elle indique que « *cette appréciation de la brutalité en déplace le référent, qui se situe moins dans la précipitation irréfléchie de l'auteur que la perception ressentie par le destinataire*¹³⁹³ ». Cela suggère qu'il existe manifestement une différence entre ce qui peut être considéré comme brutal et ce qui peut être perçu comme tel. En l'absence de préavis, on peut dire que la brutalité est flagrante. Par contre, l'insuffisance relèverait de la perception du destinataire et non de l'émetteur, sauf à ce que ce dernier ait par exemple octroyé un préavis d'une durée dérisoire. La brutalité pourrait ainsi être constituée car elle serait perçue comme telle par le destinataire. En allant plus en avant dans cette voie, cela voudrait donc signifier que ce qui serait perçu comme brutal par un destinataire ne le serait pas systématiquement par un autre. La brutalité de la rupture s'apprécierait différemment et la différence ne se trouverait non pas dans l'effet d'annonce de l'émetteur mais dans sa réception par le destinataire. Ce que l'on pourrait désigner comme l'onde de choc provoquée par l'annonce de la rupture chez le destinataire serait susceptible de varier en fonction de la propre situation du destinataire. Et il faut alors se demander à quoi cela tient. On pense que cela peut être rapporté à ce que représente la relation rompue pour le destinataire : si c'est une relation sans laquelle il aurait des difficultés à mener sa propre activité, alors il est permis de penser que quel que soit le préavis accordé, la rupture pourrait être considérée comme brutale. À l'inverse, la rupture d'une relation peut être ressentie de façon complètement *indolore* par son destinataire, en cas notamment de diversité de celles-ci. Par conséquent, il est certainement probable que certaines entreprises n'actionneront jamais la responsabilité de leur partenaire sur le fondement de la rupture brutale.

L'approche subjective dans l'appréciation de la brutalité pourrait trouver à se justifier si la protection offerte par les dispositions applicables était dédiée à une partie identifiée comme faible. C'est là leur dessein originel, de protéger les producteurs contre les déréférencements brutaux commis par les distributeurs organisés. Mais la lettre du texte n'y fait aucunement référence. La réversibilité

¹³⁹³ C. MOULY-GUILLEMAUD, Répercussion de la crise économique, perte de rentabilité d'une relation ou prévisibilité de la rupture : la brutalité en quête de sens, RTD Com. 2016, p. 385, 2.

des dispositions, soit le fait qu'elles puissent s'appliquer indifféremment aux producteurs et aux distributeurs notamment, empêche de concevoir que l'un d'eux seulement serait une partie à protéger. À défaut de partie précisément identifiée pour être protégée, il y a désormais un décalage entre ce que à quoi les dispositions doivent aspirer et leur application.

392. Le décalage entre la conception de la brutalité et le dessein des pratiques restrictives de concurrence. Le rapport fait au Président accompagnant l'ordonnance du 24 avril 2019 pointe les dérives de l'interprétation jurisprudentielle des dispositions de la rupture brutale. Pour nous, la brutalité telle qu'elle y est conçue empêche d'atteindre l'impératif fixé de « *rechercher un nouvel équilibre des intérêts en présence dans un souci d'équité, de cohérence, d'efficacité économique et, plus simplement, (...) permettre à la concurrence entre fournisseurs de s'exercer sans protéger excessivement certains acteurs économiques en place par rapport à leurs concurrents* ». L'article L. 442-1, II du Code de commerce appartient à son livre quatrième dont le titre fait l'économie d'une répétition car il s'agit de la liberté des prix et de la liberté de la concurrence. Les pratiques restrictives de concurrence ne sauraient dès lors être appréhendées à partir des seules règles auxquelles elles soumettent les entreprises dans leurs rapports concurrentiels, il convient de les placer plus largement dans la protection de la libre concurrence puisqu'elles relèvent du titre afférent. À ce titre, ce n'est qu'en appréciant la brutalité de part et d'autre de la relation que l'objectif est tenable. Mais ce n'est pas la conception de la brutalité qui est retenue. À défaut de pouvoir le plus, on peut tout du moins encore proposer d'apprécier différemment l'insuffisance du préavis, attestant qu'un préavis a été octroyé, et que la rupture n'a donc pas été complètement brutale.

2. La brutalité graduée

393. Grader la brutalité en raison de la qualité commune des partenaires. Les dispositions assimilent l'absence à l'insuffisance de préavis au détriment de l'auteur, y remédier nécessite, au préalable de concevoir les partenaires dans un rapport de forces égalitaires, puis de grader la sanction en fonction du manquement. En droit commercial, des sanctions avaient été prévues pour sanctionner distinctement l'omission et l'inexactitude de mentions obligatoires dans un acte de cession de fonds de commerce. Mais la loi du 19 juillet 2019¹³⁹⁴ a purement et simplement abrogé l'article listant les mentions imposées dans l'acte¹³⁹⁵. L'article L. 141-3 demeure en vigueur et

¹³⁹⁴ L. n°2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, JORF n°0167 du 20 juill. 2019, art. 1 : « *Le code de commerce est ainsi modifié : 1° L'article L. 141-1 est abrogé (...)* ».

¹³⁹⁵ J.-B. BLAISE, R. DESGORCES, Droit des affaires, août 2021, 11^e éd., LGDJ, ISBN n°978-2-275-09101-3, spéc. 474.

prévoit que le vendeur est tenu à garantie à raison de l'inexactitude de ses énonciations¹³⁹⁶. « *La vente est valable, mais l'acheteur peut, selon l'ampleur des inexactitudes demander soit la résolution judiciaire du contrat, soit une diminution du prix*¹³⁹⁷ ». En commentaire, les auteurs relèvent le caractère relativement bénin de la sanction de l'omission ou de l'inexactitude, « *mais il est vrai que la vente du fonds de commerce est un contrat conclu entre commerçants, de qui l'on peut attendre une vigilance particulière*¹³⁹⁸ ». L'acquéreur et le vendeur partagent une qualité commune : le fait d'être commerçant. Elle implique pour eux de se comporter avec certaines attentions. On pense qu'il devrait en être de même pour les parties à une relation établie, en tant qu'entreprise et à défaut pour le texte de prévoir littéralement qu'une partie est considérée comme faible par rapport à l'autre. Par conséquent, refuser d'octroyer un préavis pourrait être considéré comme une faute lourde et l'insuffisance de préavis comme une faute simple¹³⁹⁹.

394. L'appréciation de la brutalité : de la faute simple à la faute lourde¹⁴⁰⁰. Les références à la terminologie civiliste choisies marquent la possibilité d'appréciation du comportement brutal de l'auteur de la rupture. En l'absence totale de préavis, la faute sera nécessairement lourde puisque l'opérateur aura sciemment manqué à son obligation. Ce comportement s'écarte largement de celui qui est attendu face à un texte désormais notoire. Après plus de deux décennies d'application, la multiplication des recours sur ce fondement et le relais de leur diffusion publique par des acteurs institutionnels ou privés, ne peuvent laisser les opérateurs dans l'ignorance la plus complète. Ayant précédemment soulevé le fait que des entreprises pourraient probablement ne jamais tenter d'action sur ce fondement, on précise que ce n'est pas parce qu'elles ne le connaissent pas, c'est simplement qu'elles n'en n'auraient pas besoin. Quant à l'opérateur vigilant et octroyant un préavis, il devrait bénéficier d'un traitement qui lui soit davantage favorable dans la mesure où il a rempli – bien que partiellement – son obligation. L'observation d'un préavis de sa part donne lieu au retranchement des mois de préavis déjà exécutés de la durée de préavis suffisant prononcée par les juges. Mais cela ne semble pas suffisant pour un auteur dont la bonne foi est avérée.

395. La prise en compte de la bonne foi de l'auteur. L'observation d'un préavis, malgré son caractère insuffisant, et à l'exception des préavis de durées dérisoires, marque la bonne foi de son auteur. *A contrario*, son attitude brutale attesterait de sa mauvaise foi. De même que la fraude

¹³⁹⁶ C. com., art. L. 141-3, al. 1 : « *Le vendeur est, nonobstant toute stipulation contraire, tenu de la garantie à raison de l'inexactitude de ses énonciations dans les conditions édictées par les articles 1644 et 1645 du code civil* ». J.-B. BLAISE, R. DESGORCES, *ibid.*, spéc. 478.

¹³⁹⁷ J.-B. BLAISE, R. DESGORCES, *ibid.*

¹³⁹⁸ *Ibid.*

¹³⁹⁹ X. HENRY, Les principes jurisprudentiels mal établis de la rupture brutale de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, RTD Com. 2018, 523.

¹⁴⁰⁰ *Ibid.*

corrompt tout, la bonne foi devrait aussi guider l'appréciation du juge, en faveur de l'auteur s'étant montré prévoyant. Mais comment faire en sorte que la bonne foi soit effectivement prise en compte ? Pour y répondre, on se situe lors de l'appréciation du préavis par le juge. À cet instant, le nombre de mois correspondant au préavis suffisant est connu, de même que le nombre de mois du préavis déjà accordé. En dehors des actions en référé, l'auteur ne va pas devoir observer les mois de préavis manquants. Cela semble improbable du fait même qu'au moment de l'action en justice, les entreprises ne sont très certainement plus en relation. Les mois manquants vont donc être convertis en dommages et intérêts. Pour affiner notre précédente question, on se demande alors s'il est possible de prendre en compte la bonne foi de l'auteur au moment de l'indemnisation de la brutalité de la rupture. À l'aide des deux nombres connus, celui du nombre de mois accordé et celui du nombre de mois déjà observés, on peut établir un rapport. Il permet de répondre à la question suivante : que représentent les mois de préavis déjà observés dans le préavis qui a été suffisant ? Est-ce le tiers ? Le quart ? Il faudrait ensuite fixer un rapport en-deçà duquel un coefficient de bonne foi pourrait être appliqué pour diminuer le montant des dommages et intérêts et au-delà duquel ce coefficient ne serait plus applicable. La rupture serait brutale dans les deux cas, mais la bonne foi avec laquelle l'auteur a agi serait effectivement prise en compte pour diminuer le montant des dommages et intérêts qu'il aurait à verser.

§2. Les ruptures brutales partielles

396. Le prolongement des ruptures brutales partielles hors de leur secteur d'origine. Les ruptures partielles découlent du contexte légal d'origine puisqu'il s'agissait de sanctionner les déréférencements. Ils pouvaient en effet être seulement partiels car il s'agissait de retirer des linéaires quelques produits d'une gamme, quand c'est son entièreté qui permettait au producteur d'avoir une activité soutenable. Mais l'application des dispositions hors du secteur a posé la question de la caractérisation des ruptures partielles. La jurisprudence a reconnu qu'il pouvait s'agir de diminutions significatives des volumes d'affaires (A) et de modifications substantielles dans la relation établie (B). Cela a conséquemment donné lieu à des cas d'applications aussi pléthoriques que variés, desquels il est toujours difficile de trouver une certaine harmonie tant les diminutions sont contestables et les modifications justifiables.

A. Des diminutions significatives

397. Une importance inconnue. La rupture brutale partielle est caractérisée seulement si la baisse est significative, seulement si elle est substantielle ; deux adjectifs signifiants pour tenter

d'approcher ce qui ne l'est pas : un seuil. Leur emploi exige qu'une baisse dans des proportions importantes soit établie, sans pour autant savoir si elle sera suffisante pour la caractérisation recherchée. Pour filer la métaphore, il pourrait s'agir d'une véritable navigation à vue, d'autant que la quantification est insuffisante (1) et les diminutions sont contestables (2).

1. Une quantification insuffisante

398. Une quantification impossible de façon absolue. Il est impossible de chiffrer de façon absolue la baisse à partir de laquelle la rupture partielle devrait être automatiquement caractérisée. Cela ne ferait pas sens car cela impliquerait de raisonner à l'aide d'un référentiel commun à toutes les ruptures, et à partir duquel il serait possible de quantifier le volume d'activité. Or s'il est par exemple exprimé en volume, cela ne coïncidera pas avec plusieurs activités d'entreprises dans le champ d'application des dispositions qui sont plutôt exprimées en chiffre d'affaires. Comme il ne peut certainement pas en exister un seul, on a parcouru la jurisprudence pour en connaître, en commençant par celui qui fait référence à son contexte d'origine.

399. Une baisse de volume en écho aux déréférencements¹⁴⁰¹. La baisse peut être exprimée en volume, en écho au contexte d'origine du délit civil de rupture brutale : les déréférencements commis par les distributeurs organisés. Ils se traduisent par un nombre de produits déréférencés. La réduction de la taille de l'assortiment renseigne sur l'ampleur du déréférencement¹⁴⁰². Mais il apparaît en pratique que ces déréférencements sont partagés entre les menaces et les mises à exécution. Après le lancement des états généraux de l'alimentation en juillet 2017, et la promulgation de la loi y afférent l'année suivante¹⁴⁰³, les négociations commerciales ultérieures ont été scrutées. La presse se fait le relais de l'association nationale des industries alimentaires,

¹⁴⁰¹ M. BÉHAR-TOUCHAIS, Réduction des commandes et rupture partielle des relations commerciales, *Revue des contrats* n°2, 01 avr. 2005, p. 392 : « *Le rapport Besson, rédigé à l'occasion des travaux parlementaires de la loi NRE du 15 mai 2001, montre la volonté du législateur s'agissant de la rupture partielle des relations commerciales établies (v. rapport de M. Éric Besson, au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan, sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques, doc. AN no 2327, distribué le 12 avril 2000). M. Besson explique ce qu'il faut entendre par « déréférencement partiel », à propos non pas de la rupture brusque, mais de la menace de déréférencement partiel. Il assimile le déréférencement partiel à un déréférencement de certains produits du fournisseur, en notant : « Cependant, la rupture des relations commerciales peut n'être que partielle, c'est-à-dire ne concerner qu'une partie de la gamme du fournisseur. En effet, le déréférencement partiel permet de mettre progressivement le fournisseur sous pression. Cette pratique repose sur le déréférencement des produits qui ne présentent pas pour le distributeur un intérêt majeur mais dont la vente est nécessaire pour assurer le chiffre d'affaires du fournisseur. Un déréférencement partiel permet d'obtenir par la suite des avantages supplémentaires concédés par le fournisseur. La seule menace d'un déréférencement partiel peut provoquer une renégociation et l'acceptation par le fournisseur de conditions plus avantageuses pour l'acheteur. Or la rédaction actuelle du cinquième alinéa de l'article 36 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ne prévoit pas ce dernier cas de figure. C'est pourquoi le présent article vise à combler cette lacune » (v. rapport, p. 127). »*

¹⁴⁰² L. LESSASSY, Comportements face aux types de déréférencements et facteurs d'influence : la proposition d'un modèle conceptuel. *Management & Avenir*, 2019/06, n°112, pp.101-130, doi:10.3917/mav.112.0101, spéc. p. 113.

¹⁴⁰³ Loi EGAlim 1.

affirmant que « *les mauvaises pratiques perdurent*¹⁴⁰⁴ » : « *sur 640 témoignages recueillis, 88% des entreprises consultées considèrent que la situation s'est dégradée par rapport à 2018, 57% ont fait face à des menaces de déréférencement et 21% ont subi des déréférencements effectifs en cours de négociation [...]*¹⁴⁰⁵ ». Les menaces de déréférencements demeurent et l'article L. 442-6, I, 4° du code de commerce disparaît avec l'ordonnance n°2019-359. Le Rapport le justifie par une utilisation trop peu fréquente, à laquelle on pourrait ajouter trop incertaine car difficile à démontrer¹⁴⁰⁶. Ce n'est pas la seule disparition puisque d'autres pratiques sont concernées. Pour autant, le Rapport poursuit en indiquant qu'elles pourront être poursuivies dans le cadre du nouvel article L. 442-1, I, soit sur le fondement du déséquilibre significatif (1°), soit de l'avantage sans contrepartie (2°), « *dont le champ d'application a été élargi dans cette optique* ». Pour nous, les déréférencements doivent continuer d'être un point d'attention parce qu'on peut en saisir l'importance d'un point de vue quantitatif, avec les volumes des produits retirés des linéaires, mais de surcroît parce qu'ils peuvent aussi être appréciées d'un point de vue qualitatif : le retrait ne peut concerner que certains produits d'une gamme alors que c'est la vente de la gamme entière qui permet aux producteurs d'avoir une activité *soutenable*. Par conséquent, la quantification est insuffisante car dans les faits elle doit aussi se doubler d'une appréciation qualitative. Enfin, le déréférencement peut aussi ne durer qu'un trait de temps. L'interruption est momentanée et sert ainsi de levier au cours des négociations ou de mesure de rétorsion à l'encontre de producteurs récalcitrants. La brièveté du déréférencement n'est pas sans cette fois faire écho aux nouvelles formes de déréférencement.

400. Des déréférencements aux déréférencements. « *Le référencement est de la nature de la « toile », sa clé de voûte, car seul il permet d'assurer la publicité de son contenu au sein de l'immensité des données qu'elle véhicule. Il assure la diffusion des informations et, dans le commerce par voie électronique, les ventes de produits et les prestations de service. Être référencé, et bien placé sur un moteur de recherche est d'une importance capitale pour les entreprises*¹⁴⁰⁷ ». Le référencement peut prendre plusieurs formes dont celui du référencement naturel et du référencement commercial¹⁴⁰⁸. On ne traitera que de ce dernier cas, dans lequel un

¹⁴⁰⁴ L. GIRARD, Les industriels de l'agroalimentaire dénoncent la guerre des prix, Le Monde, 03 avr. 2019.

¹⁴⁰⁵ L. GIRARD, *ibid.* LSA, L'Ania dénonce la poursuite de la guerre des prix, 04 avr. 2019, le pourcentage relatif aux menaces de déréférencement hausse à 59%.

¹⁴⁰⁶ *Supra* et sur la forme déjà superfétatoire des dispositions lors de la réforme menée en 2008 par la Loi de modernisation de l'économie : v. S. PETIT, Réflexions sur l'incrimination de la menace d'une brusque rupture des relations commerciales, D. 2010, p. 1813.

¹⁴⁰⁷ Ph. LE TOURNEAU, Contrats du numériques 2021/2022, 11^e éd., sept. 2020, Dalloz, Dalloz Référence, ISBN n°978-2-247-20090-0, spéc. 43.05.

¹⁴⁰⁸ Y. BASIRE, Affaire *Decathlon* : référencement naturel et usage illicite de la marque d'autrui, Dalloz IP/IT 2017. 176.

« référenceur » assure un service¹⁴⁰⁹. Contre rémunération¹⁴¹⁰, ou moyennant redevance¹⁴¹¹, « les moteurs de recherche permettent une publicité sur leurs pages¹⁴¹² ». Celui qui est « le plus utilisé dans le monde est Google¹⁴¹³ ». En 2022, les juges du tribunal de commerce de Paris ont retenu « le caractère déséquilibré des clauses relatives : [...] à la faculté de suspension unilatérale du contrat à la seule discrétion de Google selon « une marge de manœuvre discrétionnaire en fonction de ses seuls intérêts » et sans rééquilibrage ; aux conditions de résiliation asymétriques du contrat, seule Google étant habilitée à résilier le contrat à tout moment, le développeur « étant quant à lui soumis à un préavis de trente jours¹⁴¹⁴ ». L'action a été fondée sur le déséquilibre significatif mais on peut aussi y déceler une brutalité, dans le fait que le moteur de recherche puisse résilier le contrat à tout moment (sans apparemment avoir à observer de préavis). L'article L. 442-1 a été complété pour pouvoir sanctionner la violation des obligations du règlement dit « platform to business¹⁴¹⁵ », applicable depuis le 12 juillet 2020. Les actions introduites avant cette date pourraient encore soulever d'éventuelles ruptures brutales partielles. En la matière, la quantification à proprement parler en volume serait insuffisante pour caractériser la baisse d'activité car celle-ci entretient forcément un lien avec le temps qu'a duré le déréférencement, ou pour le dire autrement avec le temps de suspension du référencement, afin de mieux faire apparaître son caractère partiel.

401. La conversion du volume en chiffres d'affaires et la détermination d'intervalles. La conversion du volume en chiffre d'affaires pour l'appréciation de ruptures partielles peut être plus évocatrice, s'agissant notamment des activités de prestations de service. Toutefois, il faut encore préconiser aux parties en demande d'apprécier les diminutions subies en lien avec celles relevées dans le secteur d'activité auquel elles appartiennent et pour des périodes comparables. La jurisprudence regorge de chiffres exprimant les baisses rapportées, si cela peut permettre de tracer à grands traits différents intervalles – on a retenu trois – ceux-là s'accompagnent nécessairement de zones grises.

¹⁴⁰⁹ Ph. LE TOURNEAU, *ibid.*

¹⁴¹⁰ CE, 1^{ère} et 4^e ch. réunies, 04 avr. 2018, n°407292, J.-D. n°2018-005609, spéc. 8 : « Le référencement commercial d'un site de commerce électronique de médicaments sur un moteur de recherche sur internet a pour finalité d'attirer plus particulièrement vers lui, contre rémunération, des patients qui effectuent des recherches sur internet et revêt ainsi un caractère publicitaire ».

¹⁴¹¹ Ph. LE TOURNEAU, *ibid.*, spéc. 431.11.

¹⁴¹² *Ibid.*, précisant que « les liens commerciaux de l'annonceur [principalement l'adresse électronique de son site] apparaissent sur la page de résultat du moteur de recherche, lorsqu'il existe une concordance entre les mots de la requête de l'internaute et des mots clés convenus entre l'annonceur et l'exploitant du moteur de recherche ».

¹⁴¹³ *Ibid.*, spéc. 431.11.

¹⁴¹⁴ T. Com., Paris, 28 mars 2022, n°2018017655, J.-D. n°Ø. Déséquilibre significatif : relations entre une plateforme de distribution d'applications et ses développeurs, RLC n°116, 1^{er} mai 2022, 4242, p. 10.

¹⁴¹⁵ Règl. 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, JOUE du 11 juill. 2019, L 186/57.

402. Les baisses quasi-totales. « une chute brutale de 97% [du montant total des achats (en semences de maïs et en semences de betteraves)]¹⁴¹⁶ ». Lorsque la baisse avoisine la totalité de l'activité, ne faudrait-il pas considérer une rupture brutale totale ? Pour nous, cela revient à se demander s'il est encore possible de retenir une relation établie pour le reliquat restant. On en doute fortement eu égard au critère d'intensité.

403. Les baisses significatives. Parmi les baisses relevées, celles exprimées en chiffres d'affaires susceptibles de caractériser une rupture partielle doivent atteindre près de la moitié¹⁴¹⁷

¹⁴¹⁶ CA Paris, Pôle 01, Ch. 03, 25 nov. 2020, n°20/07556, J.-D. n°0, en l'espèce « la société coopérative agricole Cooperl Arc Atlantique (Cooperl), spécialisée dans la production, l'abattage et la commercialisation de porc, et la société KWS Momont (KWS), productrice de semences de maïs destinées à l'alimentation du bétail, ont été en relation d'affaires à partir de 2003 ». Après avoir constaté que l'entreprise Cooperl commandait régulièrement des semences auprès de l'entreprise productrice, les juges relèvent que « les commandes de semences de maïs ont totalement cessé au titre de la campagne 2018. Il est indifférent que des commandes de semences de betteraves se soient poursuivies en 2018, dès lors que, compte tenu de l'arrêt subit des commandes de semences de maïs, le total des achats (en semences de maïs et en semences de betteraves) est passé, entre 2017 et 2018, de 762.879 euros HT à 19.842 euros HT, soit une chute brutale de 97% qui caractérise une rupture partielle brutale de la relation commerciale établie ».

¹⁴¹⁷ CA Paris, 17 décembre 2020, n°17/23168, J.-D. n°2020-021792 : « Le 21 décembre 2011 et le 31 janvier 2012, la société Aquilia a adressé des courriers à la société Leroy Merlin pour obtenir des explications sur la baisse de son chiffre d'affaires avec sa cocontractante. La rupture brutale partielle est intervenue en 2011 puis 2012, la société Aquilia perdant en deux ans la moitié de son chiffre d'affaires (...) La chute du chiffre d'affaires ayant eu lieu à l'issue de huit ans de relations commerciales, la société Aquilia aurait dû bénéficier d'un préavis de cinq mois ». CA Paris, 25 novembre 2020, n°19/00558, J.-D. n°2020-019878 : « Contrairement à ce que soutient Dalkia, celle-ci a bien rompu partiellement les relations commerciales établies en réduisant de près de la moitié ses commandes en 2017 ».

du chiffre d'affaires. De là, elles croissent, par exemple à 63%¹⁴¹⁸, à 75%¹⁴¹⁹, à près de 80%¹⁴²⁰, 82%¹⁴²¹ et au-delà¹⁴²², dans la limite d'atteindre les baisses quasi-totales.

404. Les baisses non-significatives. En deçà de 40%¹⁴²³, les juges ne retiendraient pas de rupture brutale partielle. Ce n'est pas là une vérité absolue, des cas d'espèce non relevés pouvant

¹⁴¹⁸ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 09 juill. 2020, n°17/18660, J.-D. n°2020-010398, la relation est établie entre U Enseigne, « *groupement coopératif des commerçants indépendants* », et l'entreprise DAVYCO, « *spécialisée dans la conception d'articles de bonneterie et sous-vêtements pour hommes et enfants qu'elle importe d'Asie et qu'elle vend en France à la grande distribution* » : « *Aucune rupture n'a été formalisée. Le chiffre d'affaires a diminué de moitié en 2011 puis encore de moitié en 2012, aucune commande n'ayant été passée en 2014. Une première rupture partielle entraînant une perte de chiffre d'affaires de 63% est intervenue en 2011* ».

¹⁴¹⁹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 08 janvier 2020, n°18/08888, J.-D. n°2020-000208 : « *la SASU Renault échoue à démontrer le caractère précaire des relations commerciales qu'elle a décidé unilatéralement de réduire fortement à compter d'octobre 2014* ». D'après le bilan annuel des décisions judiciaires civiles et pénales rendues en application du Titre IV, du Livre IV du Code de commerce, sur la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2020, la chute du chiffre d'affaires en l'espèce est de l'ordre de 75%. Ce pourcentage est obtenu à l'aide d'un calcul de variation entre deux valeurs, lesquelles sont : d'une part, le chiffre d'affaires de 2014, et, d'autre part, le chiffre d'affaires de l'année suivante, soit respectivement : 1 560 229 et 391 607 euros. Le calcul consistant d'abord à faire la différence entre la valeur finale (la plus récente) et la valeur initiale, puis de diviser le résultat de cette différence par la valeur initiale, d'enfin multiplier par 100 pour obtenir le pourcentage de variation).

CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 31 juill. 2019, n°16/18697, J.-D. n°2019-014423 : « *[...] le chiffre d'affaires réalisé par la société Acti Fret (entreprise spécialisée dans l'organisation de transports routiers de marchandises nationaux et internationaux) avec la société CLM (entreprise spécialisée dans la location de mobiliers pour tout évènement en France et en Europe) est de 114.989 euros en 2011, 132.412 euros en 2012, de 202.800 euros en 2013 et de 38.320 euros en 2014. La moyenne annuelle de chiffre d'affaires sur les années 2011 à 2013 est de 150.067 euros, de sorte que la baisse de chiffre d'affaires en 2014 est de 75%* ».

¹⁴²⁰ CA Paris, Pôle 05, Ch. 4, 26 juin 2019, n°16/17304, J.-D. n°2019-011072 : « *Cette baisse très importante constitue une rupture des relations commerciales établies, le flux d'affaires ayant baissé de près de 80% par rapport au mois [d'août] de l'année précédente et ce alors que les commandes avaient commencé à baisser aux mois de juin et juillet 2014 [...]. En outre, les courriers de la société B. [grossiste en petits appareils électroménagers] restés sans réponse évoquant une rupture des relations commerciales par la société Alzuyeta [distributeur, sous enseigne Intermarché] corroborées par une baisse très significative du flux d'affaires entre les parties démontrent que la rupture des relations commerciales établies entre elles doit être fixée au 4 août 2014, comme le soutient la société B* ».

¹⁴²¹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 18 nov. 2020, n°18/22443, J.-D. n°2020-020320 : « *La société Summ justifie avoir subi une baisse de commandes de 82 % entre le 14 octobre 2015 et le 2 mars 2016 ; or la société Descote ne lui a aucunement adressé la notification par lettre recommandée prévue par les conditions générales d'achat pour permettre la suspension du contrat. (...) Il en découle que par la réduction drastique de ses commandes à partir d'octobre 2015 et pendant 4 mois, la société Descote a rompu brutalement et pour la plus grande partie grande, sans préavis écrit, la relation commerciale établie, engageant ainsi sa responsabilité à l'égard de la société Summ* ».

¹⁴²² CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 31 mai 2017, n°14/24805, J.-D. n°Ø, après avoir caractérisé la constante progression du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise en charge d'interventions de dépannage et de remorquage commandées par une entreprise d'assistance, les juges indiquent qu' « *en revanche, pour l'année 2012, les missions ont sensiblement diminué, passant de 573 à 324, soit une diminution d'environ 44% et, surtout en décembre 2012, les interventions de la société MAD commandées par la société Fidelia ont été seulement de 7, ce qui correspond à un chiffre d'affaires de 513, 15 euros, au lieu de 3.460,79 euros et 2.676,60 euros par comparaison aux mois de décembre des deux années précédentes 2010 et 2011, soit une diminution de 84,44% par rapport à décembre 2010 et de 80,82% par rapport au mois de décembre 2011 [...]. À bon droit, les premiers. Juges ont retenu que cette diminution substantielle des commandes en décembre 2012 (et amorcée dès le début de l'année 2012) constituait une rupture partielle et brutale des relations commerciales établies depuis 2004* ».

¹⁴²³ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 24 avril 2019, n°16/16278, J.-D. n°2019-008661. D'après le bilan annuel des décisions judiciaires civiles et pénales rendues en application du Titre IV, du Livre IV du Code de commerce, sur la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2020, « *l'ouverture d'un centre concurrent par l'un des deux partenaires, l'exercice de pratiques visant à avantager ce centre par rapport à l'autre partenaire commercial ainsi que la baisse du chiffre d'affaires de 37,05% de ce dernier ne permettent pas de qualifier une rupture partielle* ». CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 28 mars 2019, n°16/24294, J.-D. n°Ø : « *il est établi que les commandes d'équipements de la police municipale représentaient seulement 10% du volume d'affaires réalisé entre les sociétés Valérie Distribution et la société Etablissements E. Cholet; qu'ainsi sur les exercices 2009 et 2010, les commandes concernant les produits de la police municipale se sont élevées à 10.873 euros sur 107.071 euros de commandes au total en 2009 et 9.190 euros sur un total de 85.808 euros de commandes en 2010; que dès lors, l'arrêt de cet approvisionnement ne constitue pas une modification substantielle de la relation commerciale et n'est pas de nature à caractériser une rupture partielle donnant lieu à indemnisation au titre des dispositions susvisées* ».

nous donner tort. Par ailleurs, une autre mise en garde est de rigueur car parfois les chiffres d'affaires comparés pour établir les évolutions ne le sont pas par rapport aux mêmes bases¹⁴²⁴. Si la plupart sont exprimés annuellement, certains peuvent retenir d'autres périodes de référence, à l'instar d'exercices spécifiques et plus court qu'une année civile. « [...] un prestataire ne peut se fonder sur les chiffres d'affaires réalisés au cours d'une année exceptionnelle pour prétendre que les résultats ultérieurs, plus conformes à ceux des années précédentes, traduisent une rupture partielle des relations commerciales établies¹⁴²⁵ ».

405. Des intervalles nécessairement approximatifs. Les intervalles déterminés sont sujets à variations. Ce sont des approximations comme il en existe aussi lorsque l'on cherche à déterminer la position dominante d'une entreprise sur un marché en référence à la part de marché qu'elle détient¹⁴²⁶. En ce cas aussi, la détermination d'intervalle est possible même si elle ne suffit pas¹⁴²⁷. Ce qui importe alors pour les parties en demande est de compléter leurs chiffres attestant de la baisse par la démonstration que celle-ci est sensible et substantielle¹⁴²⁸, tout en sachant que les diminutions sont contestables.

¹⁴²⁴ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 5 fév. 2020, n^{os}18/20361, 18/20994, J.-D. n^oØ : « (...) pour l'année 2016, l'attestation, qui arrête les comptes au 31 octobre seulement (alors que pour les années précédentes, les comptes étaient arrêtés au 31 décembre), indique un chiffre d'affaires de 84 679 euros, sur 10 mois, exclusivement réalisé avec la SAUR, contre 117 950 euros en 2015, 116 520 euros en 2014, 124 959 en 2013, 116 569 euros en 2012 et 96 111 euros en 2011. Si, par ailleurs, M. C. affirme que pour la totale année 2016, le chiffre d'affaires généré par la société SAUR a été de 92 461 euros, à supposer exact ce montant qui est le total de ses comptes annuels 2016, il est également établi que M. C. a licencié son salarié avec effet au 25 novembre 2016, ce qui a privé d'autant l'entreprise de capacité de travail pour novembre et décembre 2016. Le 23 novembre 2016, M. C. a néanmoins facturé 7 131 euros de travaux à la société SAUR. Il résulte de ce qui précède que, comparé à 2015 et aux années antérieures, le niveau d'activité de 2016 ne permet pas de retenir une rupture partielle d'activité imputable à la société SAUR au titre de cette dernière année ».

¹⁴²⁵ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 23 mars 2016, n^o14/23748, J.-D. n^o2016-019790 : « (...) il résulte de ces éléments que le chiffre d'affaires réalisé par les parties a connu des fluctuations et un développement en 2009 qui doit être qualifié d'exceptionnel pour revenir ensuite à un chiffre d'affaires plus conforme à celui qui avait été entre les parties depuis 2002 ; que les chiffres de 2012 donnés sur les six premiers mois ne permettent pas de constater une baisse sur cette période par rapport aux années précédentes sur la même période exception faite de l'année 2009 ; qu'il n'apparaît pas que ce soit délibérément, et la société Cates n'en rapporte pas la preuve, que la société O. a limité son activité avec Cates dont le niveau est revenu à ce qu'il était avant 2008 » ; jurisprudence citée par L. VOGEL, J. VOGEL, Droit de la négociation commerciales, août 2020, Bruylant, Lawlex, 90, p. 210.

¹⁴²⁶ Organisation de Coopération et de Développement Économiques, Glossaire d'économie industrielle et droit de la concurrence, 1993, v^o « Entreprise dominante » : « Une entreprise est dite « dominante » lorsqu'elle détient une part substantielle d'un marché donné, et que cette part est nettement plus importante que celle de son concurrent le plus sérieux. On considère généralement qu'une entreprise est dominante lorsqu'elle détient une part de marché de 40 pour cent ou plus (...) », mis en ligne par Concurrences et accessible depuis l'URL, consulté le jeu. 16 juin 2022 https://www.concurrences.com/IMG/pdf/ocde_-_glossaire_d_economie_industrielle_et_de_droit_de_la_concurrence.pdf?40000/742f2dc44f6e09ca9e6827412fdfdde336bf4463

¹⁴²⁷ A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, Abus de position dominante – Notion de position dominante – Article 102 du TFUE et L. 420-2 du Code de commerce, JCI Concurrence – Consommation, fasc. 560, maj 07 juin 2018, spéc. 5.- Conception statique versus conception dynamique, « Cette seconde conception l'a très vite emporté en jurisprudence ».

¹⁴²⁸ Cass. com., 09 oct. 2012, n^o11-23.549, J.-D. n^o2012-022740.

2. Des diminutions contestables

406. Les diminutions progressives. Plusieurs cas d'espèce font état de baisses qui vont en augmentant. D'abord elles ne peuvent pas être considérées comme significatives. Puis, les baisses progressent. Le problème demeure celui d'atteindre un niveau critique. Ce qui change par rapport à la quantification de la baisse est qu'elle l'atteint progressivement. Il ressort de la jurisprudence qu'une telle évolution ne rend pas la rupture prévisible et qu'elle peut donc toujours être brutale si aucun préavis n'a été observé. Pourtant, une diminution progressive été prévue contractuellement semble inverser la solution.

407. La brutalité en cas de diminution progressive. En jurisprudence, les juges de la cour d'appel de Paris indiquent qu'une baisse progressive et non significative, en l'absence de stipulation d'un volume, ne présente pas le caractère d'une rupture brutale partielle et ne nécessite pas de préavis écrit¹⁴²⁹. En l'occurrence, la rupture ne pouvait pas être brutale en l'absence de baisse significative et en présence d'un préavis. À l'inverse, dans un autre arrêt, les mêmes juges affirment que « *la prévisibilité de la rupture n'est pas de nature à dispenser de la délivrance d'un préavis écrit d'une durée raisonnable*¹⁴³⁰ ». La différence réside dans le fait pour l'auteur d'avoir prévenu son partenaire. Il n'y aurait pourtant pas que le préavis qui puisse répondre à cet impératif, le contrat le pourrait aussi.

408. L'absence de brutalité en cas de diminution progressive prévue contractuellement. C'est une solution d'espèce¹⁴³¹ dont on rappelle brièvement les faits pour sa meilleure compréhension. Une société a cédé une filiale sous-traitante. La cession a été conditionnée au maintien du courant d'affaires entre la cédante et son ancienne filiale. Il s'agit d'un désengagement progressif, organisé dans les conditions suivantes : la cédante s'engage à maintenir avec son ancienne filiale des relations commerciales « *représentant environ 25% du chiffre d'affaires de la société en 2001, 20% en 2002, 15% en 2003, sous réserve des horaires démontrés de sous-*

¹⁴²⁹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 11 janv. 2019, n°17/00234, J.-D. n°Ø, « [...] HP a averti Bizcom en novembre 2011 d'une baisse d'activité à compter de février 2012 en recourant à un second prestataire de facturation, que le chiffre d'affaires de Bizcom a augmenté en janvier et février 2012 et n'a ensuite décliné que lentement, que Bizcom ayant perçu au titre de l'année 2012 un total de commissions de 1.466.380 euros et pour l'année 2011 un total de commissions de 1.719.847 euros [...]. La baisse progressive et non significative sur l'année 2012 du chiffre d'affaires dès lors que Bizcom a conservé 85% de l'activité traitée et en l'absence de stipulation d'un volume, ne présentant pas le caractère d'une rupture brutale partielle ne nécessitait pas la délivrance d'un préavis écrit, il s'ensuit que le jugement est confirmé en ce qu'il a rejeté la demande d'indemnisation ».

¹⁴³⁰ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 10 avr. 2019, n°16/14991, J.-D. n°2019-005734, en l'espèce : une rupture partielle puis une rupture totale. « Il est constant que l'arrêt des relations commerciales a tout d'abord été partie, dès 2010, manifesté par la baisse des commandes de la part de la société Tôlerie Industrielle, puis total en 2012, par l'absence de commandes, sans qu'aucun préavis n'ait jamais été consenti à la société B. par son partenaire. [...] la baisse progressive des commandes, non pas depuis 2005, comme le prétend la société intimée, mais depuis 2010, ne pouvait rendre prévisible la rupture intervenue et donc lui faire perdre son caractère brutal. En outre, la prévisibilité de la rupture n'est pas de nature à dispenser de la délivrance d'un préavis écrit d'une durée raisonnable. Il y a donc lieu d'infirmar le jugement entrepris sur ce point et de dire que la rupture a été brutale ».

¹⁴³¹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 09 sept. 2009, n°07/10355, J.-D. n°2009-010041 :

traitance du cédant et dans des conditions de prix compatible avec le marché français de la sous-traitance ». La filiale cédée ayant apparemment été mise en liquidation judiciaire (de même que la cédante), le liquidateur rapporte que le chiffre d'affaires réalisé avec la cédante était respectivement de 12% en 2001, 5,27% en 2002 et était nul en 2003. Mais ces chiffres n'ayant pas été établis en référence à un exercice antérieur à l'évolution prise par les relations, leur pertinence fait défaut. Les juges d'appel retiennent « *qu'il n'y a pas eu rupture brutale de relations commerciales établies, mais diminution progressive, étalée sur plusieurs années, la perspective de désengagement complet sur 3 exercices étant connues de parties ; que la diminution progressive a été plus rapide que souhaitée, en raison des circonstances économiques ; que cette possibilité était parfaitement prévisible, en fait, prévue lors de la signature du protocole ainsi que le prouvent les réserves dont sont assorties les obligations de la clause précitée* ». On retient d'abord que le fait pour les parties d'avoir organisé contractuellement un désengagement progressif empêche l'une d'elles d'alléguer une rupture brutale. Ensuite, et sur le fait que la diminution de la part de chiffre d'affaires réalisée par la filiale cédée ait été plus rapide que prévue que la victime veut imputer à la cédante, cette prétention n'est pas accueillie car, d'une part, elle est imputée « aux circonstances économiques » et c'est là une éventualité « *parfaitement prévisible* » que les parties ont aussi prévue dans leur accord. Les spécificités propres au cas d'espèce limitent la portée de l'arrêt. Pour autant, le désengagement progressif tel qu'il a été convenu par les parties fait partie intégrante de leurs négociations. Celles-ci devaient davantage concerner la cession mais, ce faisant, c'est aussi la rupture des relations qui a été organisée. Il pourrait toutefois être soulevé qu'aucun préavis n'a été formalisé. Pour y remédier, il devrait nécessairement l'être et accompagner le contrat. En connaissance d'un tel cas de figure, la fin de certaines relations paraît pouvoir être envisagée sereinement, voire même être facilitée car il s'agissait en définitive de faire des ruptures partielles un préalable à une rupture totale. Cependant en conservant un point d'attention seulement sur les premières, et à ne pas s'y tromper, il ne paraît pas possible que cela soit aussi simple de prévenir d'une baisse de commandes. On l'explique à partir d'un autre cas d'espèce dans lequel beaucoup d'aspects gagnent en complexité.

409. La diminution résultant de choix délibérés mais contraints. Grâce à la solution des juges de cassation, le problème est situé et consiste dans une pluralité de relations, avec le délaissement de l'une au profit d'une autre : « *[...] l'arrêt relève que cette diminution des commandes résulte d'un changement de politique et de stratégie d'achats de la société La Redoute qui a entendu privilégier le réassort auprès des fournisseurs initiaux et non plus recourir aux fournisseurs de « dépannage », telle la société Streck ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont elle déduit la rupture partielle puis totale des relations contractuelles, la cour*

*d'appel a pu statuer comme elle l'a fait*¹⁴³² ». Le distributeur a noué différentes relations pour ses approvisionnements. Il ressort des termes de l'arrêt qu'une hiérarchie entre les fournisseurs peut être établie ; on retiendra les fournisseurs principaux et les fournisseurs secondaires. L'un de ces derniers alléguait une rupture brutale partielle, puis totale ; lesquelles ont été retenues. La doctrine a eu l'occasion de faire observer à propos des ruptures brutales partielles que « *les tribunaux en délivraient une interprétation très favorable aux victimes de la rupture* » ; dénonçant consécutivement une « *absence de nuance ne tradui[sant] guère le réalisme économique qui devrait prévaloir dans l'appréciation de cet article* ». La poursuite d'un *réalisme économique* imposerait de tenir compte de circonstances économiques mais avant même de les aborder, il s'agirait d'abord de saisir la complexité avec laquelle les entreprises composent dans leurs relations. Pour ce faire, on s'appuie sur l'article du Professeur Riverdy, intitulé : « *Mettre en concurrence ses fournisseurs-partenaires. Comment les acheteurs reconfigurent les échanges interindustriels*¹⁴³³ ». Ce titre nous place du point de vue du distributeur, à qui un objectif semble assigné. Il est justifié par le rappel fait « *que l'on est d'autant plus dépendant d'un partenaire en l'absence de partenaire alternatif avec qui échanger*¹⁴³⁴ ». En l'occurrence, différentes relations ont été nouées par le distributeur. Pour un même approvisionnement il peut donc s'adresser à différents fournisseurs. Ce qui nous amène à considérer la situation suivante : s'il le distributeur ne peut s'approvisionner en totalité auprès d'un fournisseur, il va se tourner vers un autre. L'approvisionnement auprès des fournisseurs secondaires va donc dépendre de celui obtenu auprès des fournisseurs principaux ; poursuivant, cela va dépendre des conditions négociées et obtenues auprès de ces derniers. Mais il est très probablement des cas où les engagements ne sont pas fermes, ils n'ont possiblement pas été entérinés, ou s'ils l'ont été, ils sont conditionnés. Le distributeur se prémunit de ne pas pouvoir remplir les conditions exigées en « *gardant sous le coude* » ses fournisseurs secondaires. L'expression est familière mais décrit l'état délibéré du distributeur qui tient des fournisseurs dans une certaine forme d'attente. C'est désormais en fonction des différentes directions prises par les relations avec les fournisseurs principaux que l'on se propose d'examiner le sort réservé aux fournisseurs secondaires. Il faut convenir que ces derniers ont été prévenus par le distributeur d'une diminution de leur courant d'affaires, leur expliquant qu'il a choisi de privilégier son canal principal d'approvisionnement. Mais on doute à ce stade que le distributeur puisse précisément prévoir le pourcentage de la baisse. On a distingué plusieurs cas de figure en envisageant à chaque fois d'abord la situation des relations entre le distributeur et ses fournisseurs principaux pour déduire l'effet produit sur les fournisseurs secondaires.

¹⁴³² Cass. com., 23 janv. 2007, n°04-16.779, J.-D. n°2007-037046.

¹⁴³³ T. REVERDY, *Mettre en concurrence ses fournisseurs-partenaires. Comment les acheteurs reconfigurent les échanges interindustriels*, Revue française de sociologie, 2009/4 (Vol. 50), p. 775-815. DOI : 10.3917/rfs.504.0775.

¹⁴³⁴ *Ibid.*, spéc. p. 778.

410. *Premièrement*, les relations entre le distributeur et ses fournisseurs principaux se déroulent moins bien que prévu. Du côté du distributeur, cela se traduit par un volume de commandes insuffisant pour atteindre la quantité déterminée. Il doit donc combler la différence et passe commande auprès des fournisseurs secondaires. En ce cas, la baisse du courant d'affaires peut être moins importante que celle qui avait été projetée. Il n'y a aucune raison pour les fournisseurs secondaires d'intenter une action à l'encontre du distributeur.

411. *Deuxièmement*, les relations entre le distributeur et ses fournisseurs principaux se déroulent conformément à ce qu'ils avaient prévu. Le distributeur a effectivement moins besoin de s'approvisionner auprès des fournisseurs secondaires. Comme il leur avait indiqué, les commandes baissent, dans les proportions attendues. À ce stade, il serait tout de même utile de prévoir une marge d'erreur (de l'ordre de plus ou moins tel pourcentage).

412. *Troisièmement*, les relations entre le distributeur et ses fournisseurs principaux se déroulent mieux que ce qui n'avait été prévu. Les commandes atteignent la quantité déterminée, voire davantage. C'est le cas où compte tenu de l'importance du volume commandé, les fournisseurs principaux et le distributeur renégocient les prix et, avec la possible obtention de remises supplémentaires, le volume commandé croît encore. Le distributeur a d'autant moins besoin de s'approvisionner auprès des fournisseurs secondaires qu'il a quasiment réussi à combler la différence avec les nouvelles négociations. Du côté des fournisseurs secondaires, la baisse va être plus importante. Dans l'hypothèse où le distributeur parvient à s'approvisionner en totalité chez les fournisseurs principaux, la baisse avec les fournisseurs secondaires va être drastique.

Quel est le comportement attendu du distributeur dans les différentes hypothèses décrites ? Dès qu'il a connaissance des volumes possiblement commandés avec les fournisseurs initiaux, il faudrait qu'il puisse rectifier l'information envoyée aux fournisseurs secondaires. Il devrait aussi sans doute allonger la durée de préavis à mesure que la baisse s'intensifie. Mais ce ne peut pas être aussi simple car dans notre exemple, il n'y a seulement que quelques protagonistes et pour entre les fournisseurs le principe des vases communicants s'applique. Or les acheteurs ont « *un nouveau rôle, plus large, plus stratégique. Ils ont pour mission de replacer les relations avec les fournisseurs dans le cadre de marchés globalisés et d'organiser le mieux possible la compétition entre fournisseurs*¹⁴³⁵ ». Même si la dynamique de mondialisation peut être modérée en certains secteurs compte tenu des coûts spécifiques, des besoins de coordination des activités industrielles, il reste que dimension mondiale des échanges a entraîné leur complexification, mettant en échec le fait que si l'un des courants d'affaires croît, un autre va forcément décroître.

¹⁴³⁵ T. REVERDY, *ibid.*, spéc. p. 785.

De surcroît, les négociations menées avec des fournisseurs installés à l'étranger ne sont pas encadrées par les mêmes dispositions que celle que l'on connaît à l'échelle nationale. Elles peuvent aboutir dans des délais resserrés et l'écoulement de ce temps fait échec à la prévenance attendue de la part du distributeur.

Pour conclure, les contraintes pèsent sur le distributeur sous plusieurs et différents aspects. Le premier est informationnel, l'information doit circuler et dans des délais permettant de considérer qu'il y a une certaine prévenance de sa part. La contrainte se double donc d'un aspect temporel car le distributeur est soumis à différents délais (ceux de la prospection, de la négociation, des commandes, des livraisons) et il y a une absence de correspondance entre ces délais et celui de la prévenance attendue de sa part. Un autre aspect est concurrentiel, ce paradigme impose de prendre en considération l'atomicité de certains marchés et de gommer conséquemment l'effet des vases communicants. Enfin, la contrainte est plus globalement d'ordre gestionnel, comment une entreprise peut-elle dûment gérer la rupture partielle, en sachant qu'elle est située au carrefour des multiples contraintes identifiées ?

B. Des modifications substantielles

413. Les appréciations des modifications. Les modifications substantielles d'une relation établie peuvent caractériser des ruptures brutales totales et des ruptures brutales partielles. Si les modifications sont telles que la relation ne peut plus se poursuivre c'est alors envisager une rupture brutale totale. Mais l'article L. 442-1, II du code de commerce prévoit aussi la rupture brutale partielle, c'est alors que des modifications suffisent à faire évoluer la relation établie sans la faire cesser définitivement. Tel un curseur, le caractère substantiel des modifications se déplacerait des unes aux autres, les ruptures partielles précédant parfois les ruptures totales, sans pour autant qu'il soit besoin d'atteindre l'irréversibilité pour sanctionner l'initiateur des changements. Mais pour ce faire encore faut-il saisir le basculement : quelles modifications sont suffisamment substantielles pour déjà constituer une rupture brutale partielle ? On tente d'y répondre d'abord en envisageant le bouleversement de la relation établie *in abstracto* (1) puis les bouleversements *in concreto* (2), en observant si ces appréciations sont susceptibles de se rejoindre.

1. Bouleverser l'économie de la relation *in abstracto*

414. Bouleverser l'économie du contrat. La DGCCRF indique que « *la modification des conditions commerciales antérieures caractérise également une rupture partielle lorsque les*

*changements ont un caractère substantiel, de nature à bouleverser l'économie du contrat*¹⁴³⁶ ». Les juges emploient la même expression¹⁴³⁷. On y identifie un concept connu : l'économie du contrat, qui existe, et prospère, sans n'avoir jamais vraiment été nettement défini¹⁴³⁸. Ce n'est pas dans cette voie que l'on entend poursuivre mais on oriente notre recherche sur ce qu'il faut entendre par ce groupe nominal, auquel il faut nécessairement adjoindre le verbe, sans lequel l'expression ne fait pas unité en matière de rupture brutale partielle. Il faudra aussi justifier comment substituer *relation* à *contrat* dans l'expression.

Bouleverser. Le verbe exprime que la relation va changer du tout au tout. Ce n'est pas qu'elle va passer « *d'un premier état initial vers un second état différent*¹⁴³⁹ », qu'elle va simplement être modifiée, elle va l'être profondément. Le verbe *bouleverser* appartient au champ sémantique du changement¹⁴⁴⁰, aux côtés d'autres verbes, notamment : déplacer, modifier, évoluer, développer, transformer¹⁴⁴¹. Tous présentent divers degrés et chargent ainsi différemment l'appréciation de la situation.

L'économie du contrat. Les bouleversements concernent l'économie du contrat. Ils n'atteignent pas directement le contrat, et pour cause, « *les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* » (article 1193 du Code

¹⁴³⁶ DGCCRF, Rupture des relations commerciales : menace de rupture et rupture brutale, maj janvier 2017, fiche pratique de la concurrence et de la consommation consultée depuis l'URL le sam. 21 mai 2022, spéc. p. 2, https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/documentation/fiches_pratiques/fiches/rupture-relations-commerciales-menace-de-rupture-rupture-brutale.pdf?v=1507297670.

¹⁴³⁷ V. Not. CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 06 mai 2015, n°13/01886, J.-D. n°Ø : « [...] *les changements de tarifs par le fournisseur peuvent être qualifiés de rupture brutale des relations commerciales dans les conditions antérieures s'ils ont un caractère substantiel, de nature à bouleverser l'économie du contrat [...] en décidant d'organiser un réseau de distribution sélective pour le produit EP2 et en proposant le 7 octobre 2011 à la société Elstar de devenir un des distributeurs spécialisés pour l'exercice 2012, et en proposant une nouvelle grille de tarifs prix d'achat de 53 € pièce, contre 43,05 auparavant, la société Elstar a entendu modifier de façon substantielle les relations commerciales existantes avec la société Surdifuse, ce qui équivaut à la volonté de rompre, au moins partiellement, les relations antérieures* ». CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 13 mai 2015, n°13/01095, J.-D. n°Ø : « [...] *si la société Bricodeal [grossiste-distributeur] avait encore la faculté de s'approvisionner auprès de la société Raco France, la décision de la société Ricomaster [exportateur taïwanais] de modifier son organisation et de confier à sa propre filiale [Raco France] la distribution exclusive de ses produits en France constitue une rupture, au moins partielle, des relations commerciales entre elle-même et son distributeur [...] si un fournisseur est libre de modifier l'organisation de son réseau de distribution, sans que ses distributeurs bénéficient d'un droit acquis au maintien de leur situation, et si cette modification peut être de nature à bouleverser l'économie du contrat et à entraîner la rupture des relations commerciales, cette rupture ne doit pas être exclusive d'un délai de prévenance pour leur permettre de se reconverter* ».

¹⁴³⁸ A. ARSAC-RIBEYROLLES, Essai sur la notion d'économie du contrat, th. Université d'Auvergne – Clermont-Ferrand I, 2005, spéc. 6, p. 11.

¹⁴³⁹ C. CAVALLA, *Le sens du verbe « changer » dans le programme politique du parti écologiste « Les Verts » – Approche sémantique et lexicale*, th. Lyon 2, 2002, spéc. p. 94.

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*, spéc. p. 145. L'analyse linguistique menée à propos de « *bouleverser* » lui associe « *une radicalité incontestée* », avec « *le sème afférent /inattendu/ ou /soudain/ qui vient ajouter du crédit à l'intensité d'un évènement que l'on peut qualifier de « violent » ; « bouleverser quelque chose » c'est aussi « agir avec violence » d'où la présence du sème /dysphorique/¹⁴⁴⁰ ». On retrouve tous les aspects jusqu'ici décrits pour appréhender la rupture brutale et on observe que sa dimension partielle ne s'en écarte pas. La rupture brutale totale et la rupture brutale partielle forment ainsi un ensemble cohérent.*

¹⁴⁴¹ C. CAVALLA, Le paradigme du changement chez les Verts – de Bouleverser à Évoluer, Éd. univ. Européennes, 2010, 978-613-1-51748-8, hal-02197683, spéc. p. 77 : « [...] *le champ sémantique du /CHANGEMENT/ contient les onze éléments suivants : bouleverser, déplacer, développer, devenir, échanger, évoluer, inverser, modifier, muter, remplacer, transformer* ».

civil). Le truchement de l'économie entre les *bouleversements* et le *contrat* empêchent que ceux-là puissent entraîner la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du contractant si un lien de causalité existe entre son fait dommageable et le dommage subi par le créancier. Cela permet de déplacer le domaine de l'action ; même si l'incursion dans le domaine de la responsabilité contractuelle est proche et paraît possible. C'est perceptible quand bien même l'expression de référence change : le Professeur Grimaldi retient qu'« *il y a « rupture partielle » lorsque la relation se poursuit, mais au prix de modifications substantielles des conditions de la relation*¹⁴⁴² ». Des trois situations qu'il met en évidence selon qu'il y ait ou non un contrat, et que celui-ci, le cas échéant, prévoit l'hypothèse de modifications apportées aux conditions substantielles de la relation, on s'intéresse à la première. Il la formule ainsi : « *si les conditions substantielles de la relation sont déterminées contractuellement, il est évidemment impossible à l'une des parties de les modifier unilatéralement (...), sans y avoir une inexécution fautive du contrat*¹⁴⁴³ ». En ce cas, un contrat lie les parties. Et, pour nous, la formulation de l'hypothèse imposerait la chronologie suivante : les parties ont contracté, le contrat contient leurs obligations réciproques et leurs exécutions forment les conditions substantielles de la relation. Les conditions substantielles de la relation sont ainsi le décalque de l'exécution des obligations contractuelles. On pense que cette hypothèse peut être complétée. Une sous-hypothèse peut lui être ajoutée : celle dans laquelle il y a un contrat mais dont le contenu est modifié du fait des pratiques contractuelles des parties¹⁴⁴⁴. Mais en ce cas, il y aurait une concurrence dans les fondements applicables.

415. La concurrence des fondements en cas de pratiques contractuelles des parties. Le professeur Barbier explique que « *nombreux sont les cas dans lesquels les contractants ne se conforment pas parfaitement, voire pas du tout, au contenu initial du contrat* » et pose immédiatement après la question suivante : « *Dans quelle mesure cette pratique peut-elle modifier le contenu contractuel ? Si chacun sait que des usages professionnels ne pourraient aller contre la lettre du contrat, en revanche, les pratiques des contractants eux-mêmes, les usages internes au contrat si l'on peut dire, eux, le peuvent. Ils sont ainsi comme autant d'avenants*

¹⁴⁴² C. GRIMALDI, Rupture partielle des relations commerciales établies et indemnisation du préjudice subi par la victime, *Revue des contrats* n°01, 1^{er} mars 2014, p. 69, n°110c9, à propos de Cass. com., 09 juill. 2013, n°12-20.468, Bull. civ. IV, n°115, J.-D. n°2013-014585.

¹⁴⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴⁴ H. BARBIER, La modification tacite du contrat par des pratiques contractuelles contraires mais non pas le seul silence ou la tolérance du contractant, *RTD Civ.* 2016, p. 625. L. ROZER, Quelques remarques sur l'évolution du droit des contrats, in M. HECQUARD-THÉRON et J. KRYNEN (Eds.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit* : Tome 1 : Bilans et Tome 2 : Réformes-Révolutions. 2005, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, doi : 10.4000/books.putc.1578, spéc. 48 : « *Ce phénomène « d'ouverture des frontières du contrat » peut également apparaître dans la succession de contrats entre les mêmes parties que l'on peut relever dans le cadre de relations d'affaires, les abonnements successifs, les locations multiples etc.* », 49 : « *ici aussi le phénomène n'est pas nouveau, mais aujourd'hui il se développe ; bien des conséquences en résulteront ; il sera tenu compte du poids de la multiplicité, de l'habitude, pour faire montre d'une certaine indulgence à l'occasion d'un manquement isolé ; alors que le non-respect d'une confiance bien établie pourra être jugé sévèrement* ».

*comportementaux, informels mais parfaitement efficaces*¹⁴⁴⁵ ». Les pratiques des contractants, comme modificatrices du contrat, replacent le contrat face à l'écoulement du temps. Son inscription temporelle ne résulte donc pas seulement des stipulations des contractants, prévoyant des mécanismes de prolongation, mais elle dépend aussi de leurs pratiques, de leurs habitudes. Les modifications bouleversent ainsi le contrat et tant qu'il continue d'être exécuté ainsi aucun bouleversement n'est allégué. Si les modifications peuvent ainsi se rapporter au contrat – et l'intégrer ? – pourquoi alléguer une rupture brutale partielle ? La doctrine avance des « *raisons d'opportunité compréhensibles*¹⁴⁴⁶ » : l'action sur le fondement délictuel serait préférée à celle sur le fondement contractuel à cause de la démonstration de la perte de chance résultant du non-respect du contrat. À cette première difficulté s'ajoute celle liée à la preuve des pratiques contractuelles. Mais ce n'est pas pour autant que les difficultés s'accroissent d'un côté qu'elles tendent à se réduire de l'autre. Pour s'en convaincre, il faut poursuivre en relevant dans les faits en quoi peuvent consister les modifications portées aux relations et si toutes conduisent à retenir une rupture partielle ; à commencer par le seul fait que les modifications doivent en être.

2. Les bouleversements in concreto

416. Des modifications qui doivent en être. La proposition d'entrer en négociation ne modifie pas le contrat. Ni l'article 1193 du Code civil ni l'article L. 442-1, II du Code de commerce n'ont vocation à s'appliquer. Les juges de la Cour d'appel de Paris ont affirmé que les dispositions de la rupture brutale « *ne font pas obstacle à ce que les parties, dans le cadre d'une exécution loyale et de bonne foi, réaménagent leurs relations commerciales, dès lors qu'il n'en résulte pas des conséquences excessives*¹⁴⁴⁷ ». Partant, les modifications envisagées par une partie n'en sont pas

¹⁴⁴⁵ H. BARBIER, La modification tacite du contrat par des pratiques contractuelles contraires mais non pas le seul silence ou la tolérance du contractant, RTD Civ. 2016, p. 625.

¹⁴⁴⁶ C. PECNARD, A. DUPERRAY, Quand le non-respect d'obligations contractuelles est sanctionné sur le fondement de la responsabilité délictuelle, AJCA 2015, p. 438 : « *Il est vraisemblable que si l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce est souvent préféré aux articles 1134, 1135 et 1147 du code civil, c'est en raison des difficultés liées à la démonstration du préjudice subi par la victime (du non-respect des obligations/de la rupture brutale). Dans le cadre de l'article L. 442-6, I, 5° il est désormais acquis que l'auteur de la rupture est redevable à l'égard de la victime d'une compensation équivalente à la perte de sa marge brute pendant la durée du préavis qui aurait dû être accordé, équivalent généralement à un mois par année d'ancienneté. En matière de responsabilité contractuelle, la victime va devoir démontrer la perte de chance résultant du non-respect du contrat, notion plus difficile à appréhender. Il n'en reste pas moins que rendre équivalentes pour des mêmes faits, des solutions fondées sur la responsabilité délictuelle ou contractuelle, ne peut être que source de confusion. Si le résultat de la décision ici commentée, qui s'explique sans doute par le choix des plaignants de fonder leur action sur le terrain délictuel pour des raisons d'opportunité compréhensibles, ne paraît pas critiquable sur le plan de l'équité, il est permis de s'interroger sur l'opportunité d'une telle orientation jurisprudentielle* ».

¹⁴⁴⁷ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 04 avr. 2013, n°10/02735, J.-D. n°Ø. RJDA 2013, n°549 : « *L'article L. 442-6, I-5° du Code de commerce contraint l'auteur d'une rupture de relation commerciale établie à prévoir un délai de préavis suffisant, sous peine d'engager sa responsabilité civile. Ce texte vise à permettre au partenaire économique de se réorganiser. Il ne s'agit cependant pas de supprimer l'aléa inhérent à l'exercice d'une activité commerciale, dont le principe reste la liberté. Cet arrêt montre que le recours à ce texte ne doit pas servir de prétexte à un prestataire pour se prévaloir d'une simple modification des conditions d'exécution de ses prestations, sans incidence économique majeure, afin de solliciter des dommages et intérêts en réparation d'une prétendue rupture brutale, au demeurant non souhaitée par le cocontractant* ».

tant qu'elles sont proposées¹⁴⁴⁸ et demeurent ainsi tant qu'elles ne sont pas imposées¹⁴⁴⁹. Par contre, faute de caractère négociable, la modification pourrait constituer une rupture partielle, à condition d'être substantielle. Pour s'en faire une idée plus précise, on en a relevé quelques illustrations jurisprudentielles. On introduit chacune à l'aide des verbes précédemment cités pour signifier bouleverser.

417. Déplacer le périmètre géographique d'activité. Cela ne constitue pas une rupture brutale partielle si celui qui l'a subi ne démontre pas que cela avait eu pour conséquence de faire baisser son chiffre d'affaires de manière substantielle¹⁴⁵⁰. La solution des juges est identique dans un autre litige, rendu quelques jours auparavant¹⁴⁵¹, même s'ils donnent des explications différentes de la rupture brutale partielle. De façon chronologique, ils ont d'abord indiqué que « *la rupture partielle des relations commerciales n'est caractérisée que par la perte effective et significative de chiffre d'affaires* » et ensuite, qu'elle « *n'est caractérisée que par la perte effective et significative de chiffre d'affaires ou par une réduction substantielle du volume de la commande* ». La première formulation est plus restrictive que la seconde alors que l'on a précédemment relevé

¹⁴⁴⁸ M. MALAURIE-VIGNAL, Droit de la distribution, 2017, 4^e éd., Dalloz, Sirey, Université, ISBN n°978-2-247-17907-7, spéc. 689, pp. 202-203 : « [...] Une demande de renégociation n'est pas une rupture brutale. [...]. En cas d'échec de la négociation, la rupture du contrat n'est pas alors brutale, à la condition d'avoir accordé un temps raisonnable à la négociation. La renégociation est soumise à l'obligation de bonne foi ».

¹⁴⁴⁹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 03 oct. 2019, n°17/01356, J.-D. n°Ø : « [...] [l'intermédiaire en distribution] a demandé à Vindemia [centrale d'achats du Groupe Casino pour l'Océan indien], le 15 avril 2015 (pièce Cam n°9), d'insérer, dans le contrat en cours de négociation pour 2015, la stipulation selon laquelle 'le client [la centrale] s'interdit de contracter directement avec les fournisseurs sélectionnés par le prestataire [l'intermédiaire]'. Il ne résulte toutefois d'aucun élément ni que [la centrale] ait expressément refusé la modification proposée - alors que, les 4 et 27 mai 2015, [l'intermédiaire] a invité [la centrale], sans réponse de cette dernière, à lui faire connaître sa position sur le projet transmis - ni que [l'intermédiaire], qui s'est bornée à formuler une proposition, ait exigé la modification du contrat dans le sens demandé et ait fait de celle-ci une condition de la signature d'une nouvelle convention. Ainsi que l'ont retenu les premiers juges, [la centrale] échoue donc à démontrer que la rupture de la relation serait imputable à [l'intermédiaire] par suite d'une demande de modification substantielle des conditions contractuelles ». H. BARBIER, La tentative de révision du contrat n'équivaut pas à une rupture brutale de la relation commerciale, RTD civ. 2020, 99.

¹⁴⁵⁰ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 28 mai 2015, n°14/01691, J.-D. n°Ø : « Considérant que [le transporteur] invoque une rupture partielle de la relation commerciale en 2012 qui aurait été constituée par le retrait, du périmètre d'activité du transporteur, des départements de la Moselle et du Bas-Rhin ; que la rupture partielle des relations commerciales n'est caractérisée que par la perte effective et significative de chiffre d'affaires ou par une réduction substantielle du volume de la commande ; qu'en l'espèce, [le transporteur] se borne à produire sa lettre [au fabricant] du 5 juin 2013 faisant état du retrait de ces deux départements ; qu'en admettant que le retrait invoqué - contesté par [le fabricant] - soit démontré, l'appelante n'en mesure pas l'impact ; qu'au surplus, dès lors que le chiffre d'affaires [du transporteur] avec [le fabricant] est demeuré supérieur en 2012 à ce qu'il était en 2010 (...), il n'est pas établi que le courant général d'affaires ait été substantiellement réduit par suite de la modification alléguée ; que le jugement entrepris sera en conséquence confirmé en ce qu'il a débouté [le transporteur] de sa demande sur ce fondement ».

¹⁴⁵¹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 07 mai 2015, n°14/01334, J.-D. n°Ø : « Considérant que [le transporteur] invoque, comme constitutive d'une rupture partielle de relation commerciale par [le commerçant de gros de bois et de matériaux de construction], la perte, en mars 2011, des prestations de transport assurées pour les produits Guildo, et en juillet 2011, pour les produits Lafarge et pour les produits Le Tulle ; [...] Considérant que la rupture partielle des relations commerciales n'est caractérisée que par la perte effective et significative de chiffre d'affaires ; qu'en l'espèce, le chiffre d'affaires réalisé par [le transporteur] avec [le commerçant] est passé de 869.000,00 euros au 30 septembre 2011 (2010 - 2011) à 808.000,00 euros au 30 septembre 2012 (2011 - 2012), soit une baisse de seulement 7 % ; qu'une telle variation n'excède pas la marge de manœuvre qui doit être laissée à tout agent économique d'adapter son activité de production ou de distribution à l'évolution du marché ; qu'il n'est pas, dans ces conditions, établi que le courant général d'affaires ait été substantiellement réduit par suite des modifications intervenues ; qu'aucune rupture brutale n'étant dès lors caractérisée ».

que les diminutions pouvaient concerner aussi bien le chiffre d'affaires que les volumes commandés, dans la limite de comparer ce qui est comparable.

418. Modifier les exclusivités. Dans l'arrêt de cassation du 9 mars 2010¹⁴⁵², les juges de cassation affirment que les juges d'appel ont privé leur décision de base légale en ne recherchant pas si l'entreprise qui avait violé l'exclusivité avait rompu la relation avec l'entreprise qui en était créancière. D'après les faits d'espèce, il s'agirait d'une rupture partielle car le débiteur n'aurait plus confié plus qu'une partie de son béton au transporteur créancier. La violation d'une exclusivité serait ainsi insuffisante en elle-même à caractériser une rupture partielle. Pour confirmer ou infirmer, on a poursuivi l'examen de la jurisprudence et on note que la violation d'exclusivité achoppe d'abord sur l'existence même de l'exclusivité.

À défaut d'avoir été stipulée, les parties peuvent avoir défini des conditions de relation de telle sorte qu'il est possible de concevoir entre elles une exclusivité, mais encore faut-il la démontrer. Les juges de la cour d'appel de Paris rappellent qu'aucune exclusivité de fait ne se présume et qu'il est dès lors nécessaire de verser la stipulation contractuelle la prévoyant, ou de rapporter des éléments susceptibles d'être constitutif d'un indice établissant la volonté des parties de reconnaître qu'une exclusivité existe entre elles¹⁴⁵³. Un distributeur échoue à le faire : faute d'avoir démontré un engagement d'exclusivité entre lui et un importateur d'automobiles, le fait pour ce dernier de faire distribuer par un autre distributeur n'est alors pas préjudiciable au premier¹⁴⁵⁴.

¹⁴⁵² Cass. com., 09 mars 2010, n°08-20.036, J.-D. n°2010-001525 : « *Attendu que, pour dire que la société Laplace services est fondée à solliciter l'allocation de dommages et intérêts, l'arrêt retient, par motifs adoptés, que la société les Bétons contrôlés a violé la clause d'exclusivité qui la liait à la société Laplace services ; Attendu qu'en se déterminant ainsi alors qu'en vertu de l'article L. 442-6-1 du code de commerce, engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement, même partiellement, sans préavis écrit, une relation commerciale établie, la cour d'appel, qui n'a pas recherché si la société les Bétons contrôlés avait rompu la relation commerciale établie avec la société Laplace services, a privé sa décision de base légale* ». C. MOULY-GUILLEMAUD, Entre modification de la relation et reconversion, l'appréciation de la rupture brutale se précise, D. 2013, 2324, n°5 « *Comp. [CA Douai, 2^e ch., 1^{ère} sect.], 15 fév. 2012, n°10/07622 [J.-D. n°2012-008886] : « la perte d'exclusivité n'entre pas dans les prévisions de ce texte [alors article L. 442-6, I-5^o C. com.] en ce qu'elle ne constitue pas une rupture, même partielle, de la relation, comme jugé par la Cour de cassation (ch. com., 09 mars 2010, n°08-20.036)* ». Les juges de la cour d'appel de Douai ont repris pour partie seulement la solution telle qu'elle a été posée par l'arrêt de cassation susvisé ; la lecture que l'on en fait est qu'une violation d'exclusivité fait potentiellement partie des modifications substantielles à condition cependant de démontrer qu'il y a bien eu rupture, que celle-ci soit totale ou partielle.

¹⁴⁵³ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 1^{er} juill. 2020, n°17/18524, J.-D. n°2020-009640. J.-B. GOUACHE, M. B.-T., La rédaction du contrat de franchise : les clauses utiles, JCI Commercial, fasc. 316-3, maj 13 juill. 2018, spéc. 3. – Exclusivité expresse, « *il n'y a pas d'exclusivité de fait* », et 4. – Admission dans certains cas d'une exclusivité implicite. N. ÉRÉSÉO, La clause d'exclusivité, JCI Concurrence – Consommation, fasc. 635, maj 18 avr. 2016, spéc. 29 et s., dans la subdivision intitulée « L'assimilation de l'exclusivité de fait à l'exclusivité de droit », 29. « *La présence d'une exclusivité de fait s'explique généralement par la volonté des parties d'éviter le régime normalement applicable aux clauses d'exclusivité et témoigne ainsi d'un comportement inspiré par la fraude. Le juge doit alors restituer au contrat sa véritable qualification, tout au moins lorsqu'il impose des contraintes telles que, dans les faits, le débiteur ne pourra pas proposer la prestation objet du contrat à un autre contractant* ».

¹⁴⁵⁴ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 25 mai 2016, n°14/14587, J.-D. n°Ø : « *Mais considérant que dans les circonstances de fait et de droit ci-dessus rappelées qui ne permettent pas d'établir une exclusivité au profit [du distributeur historique], la signature d'un contrat entre [l'exploitant dans le monde de la marque automobile « Morgan »] et [un concessionnaire] ne saurait constituer une faute pour [l'exploitant] ; que par ailleurs, rien ne permet de constater que le contrat ainsi signé traduit la volonté [de l'exploitant] de cesser les relations commerciales avec [le distributeur historique] ou de les modifier substantiellement* ».

Dès lors désormais qu'il y a une exclusivité entre les parties, les juges de la cour d'appel de Paris indiquent que « *la décision unilatérale [...] de retrait de l'exclusivité territoriale sans notification constitue une rupture partielle sans préavis des relations commerciales établies qui engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice subi*¹⁴⁵⁵ ». En l'occurrence, le seul retrait de l'exclusivité a suffi à parvenir à la caractérisation recherchée, même s'il ressort plus fréquemment de la jurisprudence qu'il s'accompagne d'autres modifications. Et c'est ainsi combinés qu'ils donnent lieu à la caractérisation d'une rupture partielle. On a relevé, en autres, le non-respect d'une exclusivité et l'augmentation de tarifs¹⁴⁵⁶, la remise en cause de l'exclusivité territoriale couplée à une baisse du taux de remise¹⁴⁵⁷, le passage d'un réseau quasi-exclusif à un réseau non-exclusif avec des changements importants dans les conditions de vente¹⁴⁵⁸, la violation d'une clause d'exclusivité territoriale et la nouvelle politique tarifaire¹⁴⁵⁹. Il reste que l'abandon réciproque de l'exclusivité conformément aux stipulations contractuelles n'est pas assimilable à une rupture partielle¹⁴⁶⁰. Ce n'est pas tant la modification substantielle qui fait défaut mais le fait

¹⁴⁵⁵ CA Paris, Pôle 05, Ch. 16, 12 janv. 2021, n°20/02665, J.-D. n°Ø, 47. N. MATHEY, Évaluation du préjudice en cas de rupture partielle d'une relation commerciale établie, CCC n°3, mars 2021, comm. 43.

¹⁴⁵⁶ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 06 mai 2015, n°13/01886, J.-D. n°Ø : « *les sociétés appelantes démontrent avoir bénéficié pendant 17 années consécutives d'une exclusivité consentie par la société Surdifuse pour la distribution de produits EP2 Industrie aux clients du secteur de l'industrie et aux administrations publiques françaises [...] en décidant d'organiser un réseau de distribution sélective pour le produit EP2 et en proposant le 7 octobre 2011 à la société Elstar de devenir un des distributeurs spécialisés pour l'exercice 2012, et en proposant une nouvelle grille de tarifs prix d'achat de 53 €, pièce, contre 43,05 euros auparavant, la société Elstar a entendu modifier de façon substantielle les relations commerciales existantes avec la société Surdifuse, ce qui équivaut à la volonté de rompre, au moins partiellement, les relations antérieures ; que ce changement a eu lieu sans préavis ; que, compte tenu de l'ancienneté des relations commerciales entre les parties, un préavis de 24 mois aurait dû être octroyé à la société Elstar, pour lequel les Premiers Juges ont à juste titre estimé que la société Elstar devait être indemnisée* ».

¹⁴⁵⁷ CA Paris, Pôle 05, Ch. 5, 11 juill. 2019, n°13/09851, J.-D. n°2019-012474 : « *les remises en cause, par le fournisseur, de l'exclusivité territoriale consentie à son distributeur et des conditions tarifaires privilégiées jusqu'alors accordées – en les diminuant de 25% - constituent des modifications des conditions substantielles du contrat ; que les modifications opérées unilatéralement sont constitutives d'une rupture partielle de la relation commerciale imputable [au fournisseur] ; qu'étant intervenue sans préavis, cette rupture doit être considérée comme brutale* ».

¹⁴⁵⁸ Cass. com., 03 fév. 2015, nos13-24.592, 13-25.496, J.-D. n°2015-001756 : « *après avoir constaté que la société Salvis AG avait entretenu une collaboration établie d'environ sept années avec la société NKI, qui bénéficiait d'une quasi-exclusivité et à laquelle elle a adressé comme à l'accoutumée les catalogues et conditions de vente pour 2009, l'arrêt relève que la société Salvis AG lui a adressé le 12 mai 2009 un courrier mettant fin sans préavis à sa situation de revendeur direct et quasi-exclusif pour le territoire français, tout en lui notifiant des changements importants dans les conditions de vente précédemment convenues ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations dont il résulte que la société Salvis AG a rompu partiellement la relation commerciale établie qu'elle entretenait avec la société NKI, la cour d'appel a légalement justifié sa décision*».

¹⁴⁵⁹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 21 mars 2018, n°14/26092, J.-D. n°2018-004125 : « *Ainsi la violation de la clause d'exclusivité territoriale qui pesait sur la société Graffiti et la nouvelle politique tarifaire octroyée par la société Welltec UK aux nouveaux revendeurs constituent une modification substantielle des conditions d'approvisionnement et d'exploitation de la société Activa et doivent être analysées comme une rupture partielle, brutale des relations commerciales entre les parties imputable à la première société ; la surprise de la société Activa devant le comportement imprévisible de son fournisseur apparaît clairement dans les courriels des 20 mars et 22 juin 2009 (pièces 4 et 5 de l'appelante). Du fait de ces manquements, qui résultent de faits volontaires commis par la société intimée, sans information préalable de ses intentions à son distributeur exclusif, la société Graffiti n'est pas fondée à se prévaloir du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. En effet, si le fournisseur est en droit de modifier l'organisation de son mode de distribution ou s'il lui est loisible de faire coexister plusieurs catégories de distributeurs dans son réseau, c'est à la condition d'avoir fait part à son partenaire de sa volonté de modifier l'organisation existante et de le faire bénéficier d'un délai de prévenance suffisant ; conformément à l'article L 442-6, 1, 5 du code de commerce, la durée d'un préavis suffisant doit être appréciée au regard de la durée de la relation commerciale et en référence aux usages du commerce par des accords interprofessionnels ainsi qu'au vu des circonstances de l'espèce* ».

¹⁴⁶⁰ Cass. com., 09 juill 2013, n°12-20.468, Bull. Civ. IV, n°115, J.-D. n°2013-014585 : « *l'arrêt retient exactement que l'abandon réciproque de l'exclusivité conformément aux stipulations contractuelles n'est pas assimilable à une rupture partielle des relations commerciales* ».

qu'elle n'ait pas été imposée unilatéralement ; une double condition qui s'exprime aussi eu égard aux évolutions des conditions tarifaires et de vente.

419. Faire évoluer les conditions tarifaires et de vente. Pour qu'une baisse du courant d'affaires soit susceptible de caractériser une rupture partielle, elle doit être substantielle. Il faut ajouter que dès lors que la modification en cours de contrat des conditions tarifaires ou de vente aura lieu sans négociation, ni préavis¹⁴⁶¹ alors une rupture brutale partielle sera susceptible d'être caractérisée. L'évolution des conditions tarifaires par l'une des entreprises trouve à s'illustrer non seulement par des hausses, mais aussi, et plus subrepticement¹⁴⁶², par la suppression de la remise annuelle sur facture accordée depuis plusieurs années¹⁴⁶³, ou encore par la fin de certaines facilités de paiement assorties de la suspension des livraisons de matériel à la clientèle¹⁴⁶⁴. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris est venu préciser, s'il en était besoin, que les modifications devaient être défavorables à celui à qui elles sont imposées : « *une amélioration des conditions commerciales*¹⁴⁶⁵ » n'étant pas constitutive d'une rupture partielle brutale. De telles modifications tendent à ne concerner que certaines relations, leur initiateur se réservant ainsi et aussi la possibilité de développer d'autres relations en parallèle.

420. Développer d'autres relations. Lorsqu'une entreprise cesse de commercialiser certains produits, ses clients doivent alors s'adresser ailleurs. Le passage d'approvisionnements directs à des approvisionnements indirects a pu ainsi être constitutif d'une rupture partielle¹⁴⁶⁶. Une autre

¹⁴⁶¹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 6 nov. 2019, n°18/03050, J.-D. n°2019-019703 : « [...] [le fabricant], par l'augmentation des tarifs au 1^{er} mai 2014, a imposé sans négociation ni préavis [au grossiste], son partenaire commercial, une modification substantielle des conditions de la distribution, non justifiable par la seule résiliation du contrat de distribution exclusive. Cette modification substantielle caractérise une rupture brutale partielle des relations commerciales établies ».

¹⁴⁶² C.-A. MAETZ, Rupture brutale de relations commerciales établies, JCI Concurrence – consommation, fasc. 300, maj sept. 2019, n°31.

¹⁴⁶³ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 2 déc. 2020, n°18/17277, J.-D. n°Ø : « [...] la suppression sans préavis par la société Schmidt Groupe de la remise annuelle sur facture accordée depuis plusieurs années à la société Espace cuisines et bains, modifiant de façon substantielle la relation commerciale existante, constitue une rupture brutale partielle de la relation commerciale imputable à la société Schmidt Groupe ».

¹⁴⁶⁴ CA Basse-Terre, 2e ch. civ., 10 sept. 2016, n°15/00500, J.-D. n°Ø : « C'est donc à bon droit que le juge de première instance a retenu que la fin des facilités de paiement habituelles entre les parties assorties de la suspension des livraisons de matériel à la clientèle sans préavis, constituaient une rupture au moins partielle des relations commerciales établies entre les parties, la cliente se trouvant dans l'impossibilité de continuer de s'approvisionner chez son fournisseur habituel. Par ailleurs, elle est brutale puisqu'elle n'a été précédée d'aucune mise en garde ou mise en demeure préalable conformément aux dispositions de l'article L 442-6-5 du code de commerce ».

¹⁴⁶⁵ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 01 oct. 2014, n°13/17755, J.-D. n°2014-023550. En l'espèce, la rupture brutale partielle est alléguée par un concessionnaire à l'encontre d'un constructeur, ce dernier ayant apporté des modifications au contrat de distribution exclusive. Aucune des quatre conditions commerciales modifiées n'a été retenue comme étant constitutive d'une rupture partielle.

¹⁴⁶⁶ Cass. com, 23 oct. 2012, n°11-24.775, J.-D. n°2012-024008 : « [le distributeur exclusif] n'a été informé que le 18 juin 2007 de ce que, à partir de la fin du mois de juillet 2007, [le fournisseur] ne commercialiserait plus directement les "séries froides" et qu'il lui faudrait désormais se fournir auprès d'une société tierce, laquelle ne lui a pas consenti les mêmes conditions tarifaires ; qu'en l'état de ces constatations, dont il résulte que [le fournisseur] avait rompu partiellement la relation commerciale établie, c'est sans méconnaître les dispositions invoquées que la cour d'appel a statué comme elle a fait ». De façon opposée, une entreprise peut ne pas tendre à développer ses relations mais à en réduire certaines. L'internalisation de certaines activités peut alors être constitutive d'une rupture partielle (CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 13 sept. 2017, n°14/23934, J.-D. n°2017-017872 : « Si dans le

façon pour une entreprise de nouer de nouvelles relations est d'organiser un appel d'offres, auquel cas, le fait de ne pas retenir son ancien partenaire mais de maintenir avec lui un *flux d'affaires résiduel* peut aussi caractériser une rupture partielle¹⁴⁶⁷. L'arrêt posant cette solution est doublement intéressant : d'abord pour illustrer un nouveau cas de rupture partielle et ensuite parce qu'il confirme que des relations peuvent continuer d'être établies malgré l'appel d'offres intervenu. Il s'agit alors de considérer qu'il a été isolé. L'adverbe employé par juges ne laisse subsister aucun doute : « *il n'est pas prouvé que les missions confiées à la SAS Genesis Groupe ont été systématiquement soumises à des appels d'offres depuis 2008* ». En définitive, cela justifierait qu'une rupture partielle ait pu être caractérisée car si les relations étaient devenues précaires suite à l'appel d'offres, de 2008, la prétention du partenaire évincé fondée sur une rupture partielle, à compter d'octobre 2014, n'aurait pas pu être accueillie. Mais la situation n'est pas toujours aussi limpide et il peut y avoir quelques hésitations à considérer une relation comme encore établie alors que les sommes facturées ont drastiquement baissé suite à des appels d'offres, signe s'il en est que les prestations ont pu être confiées à d'autres prestataires¹⁴⁶⁸. Et, à défaut, de caractériser une relation établie, aucune rupture, qu'elle soit totale ou partielle, ne peut être invoquée. Dans l'arrêt d'espèce, la plaignante indique ce que représente le courant d'affaires noué avec son client en l'exprimant en proportion de son chiffre d'affaires total¹⁴⁶⁹. Il en ressort, qu'en moyenne, sur quatre exercices, cette part représente plus de la moitié. L'importance de cette part indique une

cadre d'un plan de réorganisation industrielle de son activité, la société Nutrea était libre de décider de livrer dorénavant elle-même ses clients sans que ce choix puisse lui être reproché, il a eu néanmoins pour conséquence directe de retirer à M. P. les prestations de stockages et de transport de ces produits et par suite, la rupture des relations commerciales dans ce secteur d'activité. [...] ce n'est que lors de l'entretien du 11 octobre 2011 précédant la lettre du 19 octobre 2011 que la société Nutrea a informé M.P. de sa décision de reprendre elle-même le stockage et les livraisons des produits alimentaires en vrac et en sac pour ses propres clients. Cette décision unilatérale a pris effet au 4 novembre 2011 sans qu'aucun préavis ne soit notifié ni qu'un préavis effectif ne soit accordé. La rupture d'une partie importante des relations commerciales entre les parties est brutale, peu important à cet égard que l'activité revente, distincte de l'activité de transport, se soit poursuivie »).

¹⁴⁶⁷ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 08 janvier 2020, n°18/08888, J.-D. n°2020-000208 : « [...] la césure dans les relations entre [le concepteur et développeur d'applications informatiques] et [le constructeur de véhicules industriels et utilitaires] décidée unilatéralement par [ce dernier], avec effet à partir d'octobre 2014, comme suite à l'appel d'offres pour lequel [le constructeur] a élu la société SOPRA, a constitué, malgré le flux d'affaires résiduel maintenu par [le constructeur] après cette date, et nonobstant les interventions [du concepteur et développeur] en qualité de sous-traitant de la société SOPRA, une rupture partielle des relations commerciales établies ».

¹⁴⁶⁸ CA Paris, 27 nov. 2019, n°17/18291, J.-D. n°2019-021897 : « [...] il existait entre les parties des relations établies qui perduraient depuis 2008 ; eu égard aux chiffres d'affaires réalisés depuis 2010 qui, même s'ils étaient fluctuants et en baisse, sont restés conséquents jusqu'en 2014, [l'agence de publicité] pouvait légitimement croire à la continuité de ces relations. Au cours du dernier trimestre de 2014, [l'agence de publicité] a été consultée dans le cadre de 2 appels d'offres et par 6 courriels de septembre à novembre 2014, la société Groupe Canal+ a continué à demander à [l'agence de publicité] de lui soumettre des devis pour divers prestations. Par la suite, en 2015, [l'agence de publicité] n'a facturé à la société Groupe Canal+ que la somme de 3.240 euros en janvier, 7.032 en février puis enfin 1.874,40 euros, ce qui traduit une rupture brutale quasi totale de leurs relations sans le moindre préavis écrit, en violation des dispositions de l'article L. 442-6-1 5° du code de commerce ». Les chiffres d'affaires fournis par l'agence de publicité pour les années 2014 et 2015 sont faibles par rapport à ce qu'ils ont été pour les années précédentes (on passe de chiffres d'affaires exprimés en centaines de milliers d'euros à quelques dizaines de milliers d'euros seulement). Ils peuvent faire douter de l'intensité de la relation, et cela ajouté au contexte des appels d'offres, termine de nourrir des doutes quant au caractère établi de la relation, retenu par les juges du fond.

¹⁴⁶⁹ CA Paris, 27 nov. 2019, *ibid.* : « [...] ses exercices étant clos le 31 mars de chaque année, elle [l'agence de publicité] a réalisé 72% de son chiffre d'affaires total avec Groupe Canal+ pour l'exercice 2010/2011, 49% pour l'exercice 2011/2012, 61,4% pour l'exercice 2012/2013, 47,3 % pour l'exercice 2013/2014 et 28,6% pour l'exercice 2014/2015 ».

certainne dépendance du prestataire envers son client, si bien que lorsque ce dernier réduit ses commandes, la relation est vouée à se transformer.

421. Transformer la relation. La relation ne peut se transformer malgré elle. Lorsqu'une victime allègue une rupture brutale partielle, elle entend engager la responsabilité de celui à qui elle l'impute. Toutefois, à la lecture de certains arrêts, les baisses rapportées laissent percevoir que leurs conséquences vont être d'autant plus graves que celui auquel elles sont reprochées représente pour celui qui subit la majeure partie de son activité. Pour le dire autrement, on pense que les modifications dans les conditions de la relation vont être considérées comme d'autant plus substantielles que la dépendance de la victime vis-à-vis de l'auteur sera accrue. Cela s'est laissé voir dans un arrêt de la cour d'appel de Paris, du 04 avril 2019¹⁴⁷⁰. La dépendance se découvre lorsque les juges indiquent que « *la circonstance que le chiffre d'affaires réalisés par [la victime] avec [l'auteur] aurait proportionnellement augmenté par rapport à son chiffre d'affaires global, en baisse, n'est pas de nature à exclure la rupture partielle des relations commerciales établies par l'intimée [l'auteur]*¹⁴⁷¹ ». On pense que les juges n'ont pas tiré toutes les conséquences de cette affirmation ; la caractérisation de la rupture partielle en est une mais lorsqu'on en tire une autre on se demande si elle pourrait encore en être ainsi. On revient sur l'affirmation précédente car on a trouvé à l'exprimer différemment. On se place du point de vue de la victime : lorsque son chiffre d'affaires réalisé avec l'auteur augmente alors que son chiffre d'affaires global diminue, cela signifie que la part du chiffre d'affaires réalisé avec l'auteur devient plus importante dans l'ensemble de son chiffre d'affaires¹⁴⁷². Ce peut être le signe que la victime a concentré – et concentre toujours – ses activités avec le grossiste au lieu de les diversifier. Mais le chiffre d'affaires réalisé par la victime avec l'auteur ne suffit pas à combler celui qu'il ne réalise pas avec d'autres partenaires ; si c'était le cas, il n'y aurait pas de baisse dans son chiffre d'affaires global. En définitive cela révèle un degré de dépendance économique de la victime envers l'auteur, et cet état conduit irrémédiablement à une rupture partielle lorsque l'auteur baisse les volumes confiés. Ainsi, l'imputabilité de la rupture partielle serait sans doute moins le fait des baisses que de l'absence de

¹⁴⁷⁰ CA Paris, Pôle 05, Ch. 5, 04 avr. 2019, n°16/25833, J.-D. n°Ø. En l'espèce, un producteur de métaux est en relation avec un grossiste. Son activité consiste dans l'affinage de métaux précieux. Il procède à partir des déchets de métaux confiés par le grossiste. Mais ce dernier ayant diminué les volumes confiés, cela a entraîné des baisses d'activité et donc de chiffre d'affaires pour le producteur-affineur.

¹⁴⁷¹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 5, 04 avr. 2019, n°16/25833, J.-D. n°Ø.

¹⁴⁷² Une autre façon d'expliquer l'affirmation est de le faire à l'aide de chiffres. On commence par désigner les parties par leur initiale de leur qualité : « V » pour victime, et « A » pour auteur. On utilise l'abréviation « CA » pour chiffre d'affaires ». On rappelle l'affirmation et on y souligne les différentes composantes à chiffrer (à l'aide de différents types de soulignements) : « *la circonstance que le chiffre d'affaires réalisés par [V] avec [A] aurait proportionnellement augmenté par rapport à son chiffre d'affaires global, en baisse, n'est pas de nature à exclure la rupture partielle des relations commerciales établies par [A]* ». Pour être certains de les prendre toutes en considération, on les souligne de la même façon dans notre explication chiffrée : sur une base 100, on pose que le CA de V avec A augmente de 8%, 10%, 12% à intervalle donné, quand le CA global de V diminue de 4%, 5% et 6% sur le même intervalle (c'est proportionnel : les augmentations et les diminutions évoluent selon un même rapport, celui du double ou de la moitié, c'est selon). Quand le CA de V avec A augmente alors que le CA global de V diminue, alors le sous-ensemble constitué par le CA de V avec A va représenter une part plus importante dans l'ensemble du CA de V.

diversification de la victime. Les modifications portées à la relation peuvent apparaître comme substantielles mais il faut aussi compléter l'analyse par celle de la relation à laquelle elles vont s'appliquer. L'effet ne sera pas le même selon les caractéristiques propres de la relation. La recherche de l'imputabilité de la rupture brutale doit être poursuivie eu égard des moyens de défense de celui à qui elle est reprochée. Il peut en effet alléguer une faute de son partenaire ou une extériorité, qui, à certaines conditions, justifieront que la rupture n'ait pu être précédée d'aucun préavis. Elle ne pourra en ce cas être considérée comme brutale.

SECTION 2 : LES RUPTURES NON-BRUTALES

422. Un effet miroir complété. L'article L. 442-1, II du Code de commerce contient plusieurs cas dans lesquels les ruptures intervenues ne peuvent être considérées comme brutale. Par effet miroir avec la première section, ce sont inversement d'abord les ruptures qui auront été d'un précédée d'un préavis écrit et suffisant, qu'il ait s'agit de ruptures brutales totales ou de ruptures brutales partielles. Il faut désormais y ajouter que les comportements des parties (§1) et les circonstances extérieures (§2) sont aussi pris en considération pour déterminer si la rupture a été brutale.

§1. L'appréciation des comportements

423. Les difficultés d'appréciations de comportements positif et négatif liées au texte. L'article L. 442-1, II du Code de commerce prévoit deux cas dans lesquels la rupture ne sera pas brutale ; tous deux ont trait aux comportements des parties à la relation. D'abord, le respect par l'auteur du préavis légal de dix-huit mois est exonératoire de responsabilité. Puis, si l'une des parties n'exécute pas des obligations, l'autre pourra alors rompre leur relation établie sans avoir à observer de préavis et la rupture n'en sera pas pour autant brutale. L'appréciation de ces deux comportements, l'un positif (A) et l'autre négatif (B) est compliquée par un texte qui est respectivement partiellement intelligible et mutique.

A. Le respect par l'auteur du préavis légal

424. L'innovation perfectible de 2019. L'ordonnance du 24 avril 2019¹⁴⁷³ innove¹⁴⁷⁴ avec le deuxième alinéa à l'article L. 442-1, II du Code de commerce : « *En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois* ». La disposition a vocation à s'appliquer dans l'hypothèse où une action a été introduite devant les juges par les parties. D'aucuns s'interrogent sur ce choix rédactionnel¹⁴⁷⁵ omettant que l'action peut aussi être introduite par le ministre de l'économie, le ministère public ou le président de l'Autorité de la concurrence¹⁴⁷⁶. Et ce n'est pas là les seules interrogations que le nouveau texte soulève : sa formulation seulement partiellement intelligible et sa durée unique inadéquate rendent sa mise en œuvre incertaine (1). Elle l'est d'autant plus qu'un double risque est identifiable pour l'auteur octroyant un préavis en deçà de dix-huit mois ; s'il a forcément connaissance du premier, le second peut faire douter qu'il s'agisse bel et bien d'un préavis plafond (2).

1. Une mise en œuvre incertaine

425. Une formulation seulement partiellement intelligible. Si l'auteur octroie et respecte un préavis de dix-huit mois alors il ne pourra pas être poursuivi par l'entreprise qu'il évince. Cette dernière ne pourra pas lui reprocher l'insuffisance de la durée du préavis accordé. Présenté tour à tour comme un « *délai de protection*¹⁴⁷⁷ », « *une durée immunisante*¹⁴⁷⁸ », le respect de ce délai légal ne peut que disqualifier la brutalité en cas d'action litigieuse subséquente, à condition que celle-ci porte sur la durée de préavis. Conformément aux conceptions retenues de la brutalité, celle-ci correspond à l'absence ou l'insuffisance du préavis. Eu égard à la première, et en vertu du troisième alinéa de l'article L. 442-1, II du Code de commerce, l'auteur pourrait alléguer soit l'inexécution par l'autre partie de ses obligations, soit un cas de force majeure. Le litige porterait respectivement sur la reconnaissance d'un manquement suffisamment grave ou d'un événement imprévisible, irrésistible et extérieur. Il n'y a que relativement à l'insuffisance qu'une

¹⁴⁷³ Ord. n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, JORF n°0097 du 25 avril 2019, texte n°16.

¹⁴⁷⁴ C. MOULY-GUILLEMAUD, Assainir le contentieux de la rupture brutale par une réforme des principes jurisprudentiels, D. 2019, 2102.

¹⁴⁷⁵ O. DESHAYES, La rupture brutale des relations commerciales (à peine) réformée, *in* V. MALASSIGNE, O. DESHAYES, M. MICHINEAU, Les pratiques déloyales (La réécriture du Titre IV du Livre IV du code de commerce - Nanterre, 4 avril 2019), septembre 2019, Revue Concurrences n° 3-2019, art. n° 90892, spéc. 28.

¹⁴⁷⁶ C. Com., art. L. 442-4, I.

¹⁴⁷⁷ F.-L. SIMON, Rupture brutale des relations commerciales établies : le nouvel article L. 442-1, II du Code de commerce, L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence, 1^{er} juin 2019, n°06, p.4,

¹⁴⁷⁸ O. DESHAYES, *ibid.*

correspondance s'établit entre l'hypothèse et sa résolution. Ce n'est que lorsque le différend des parties s'élève sur l'insuffisance du préavis que le respect par l'auteur d'un préavis de dix-huit mois peut y mettre fin. Pour nous, l'hypothèse n'est pas foncièrement bien formulée mais lorsqu'on a cherché à la compléter on s'est rendu compte qu'en tant qu'amorce, elle n'est pas forcément utile. Lorsqu'on lit que « *la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois* », on comprend que le litige concerne l'insuffisance de la durée du préavis octroyé. Mais ce ne peut être nécessairement là que l'un de ses aspects car l'auteur pourra justifier la réduction de la durée du préavis par les manquements de l'autre partie. Le litige relatif à la rupture brutale des relations établies n'est pas réductible aux questions de suffisance et d'insuffisance de préavis, et ce, conformément à la dialectique probatoire déjà retenue.

426. Une durée unique problématique. L'auteur octroiera le préavis légal mais seulement s'il estime que c'est la durée adéquate à la relation établie nouée avec son partenaire et à son activité. L'écoulement de dix-huit mois de préavis, aux conditions antérieures de la relation, peut amener son lot de difficultés. L'inadaptation au marché est une menace planante pour la poursuite de l'activité de l'auteur. En fonction de la maturité, du degré de concentration du marché considéré, l'immobilisme d'un opérateur pourra lui porter préjudice. En outre, les dispositions doivent conforter la libre concurrence mais la compromettent en participant à figer les relations d'affaires¹⁴⁷⁹. On imagine mal une entreprise exerçant une activité dans le domaine des nouvelles technologies repousser l'obtention d'une innovation. Sa commercialisation impose des « *délais courts (au risque de se faire doubler par des concurrents)*¹⁴⁸⁰ ». On comprend alors que la durée du préavis légal peut se révéler inadéquate pour certaines activités. Le problème du préavis légal c'est sa durée. On propose de le traiter en deux temps distincts puisqu'ils ont été séparés de part et d'autre des parties de la thèse. Absolument d'abord, le respect du préavis légal est une condition d'application des dispositions. Relativement ensuite, les dix-huit mois du préavis légal seront appréciés eu égard à la finalité poursuivie. Il ne s'agit pas donc pas ici de discuter de la durée choisie mais d'examiner le mécanisme en tant que tel et comment il a été conçu. Pour faire cela, on complète notre précédente affirmation : le problème du préavis légal c'est sa durée unique. À l'inverse, en doctrine, le Professeur Louis VOGEL propose de distinguer plusieurs catégories de durées-plafonds¹⁴⁸¹. Dans l'ordre croissant des durées de préavis à observer, les préavis-plafonds les plus brefs concernent « *l'ensemble des relations commerciales* » et ils s'élèvent lorsqu'il s'agit de « *contrats*

¹⁴⁷⁹ J. BEAUCHARD, La stabilisation des relations commerciales : la rupture des relations commerciales continues, LPA, 05 janv. 1998, n°2, p.14, n°5 : « *La liberté de changer de partenaire est un aspect fondamental de la liberté économique, nécessaire à l'économie de marché. Et la concurrence ne servirait à rien si l'on figeait les relations commerciales.* »

¹⁴⁸⁰ F. BLONDEL, S. GAULTIER-GAILLARD, Comment une entreprise peut-elle maîtriser les risques induits par l'innovation ? Vie & sciences de l'entreprise, vol. 172, n°3, 2006, pp. 10-23.

¹⁴⁸¹ L. VOGEL, La dérive du droit de la rupture brutale de relations commerciales établies. Plaidoyer pour une réforme, in Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN, 2015, L.G.D.J – Lextenso, ISBN n° 978-2-7110-1918-2, p. 855 et s., spéc. p.863.

de distribution impliquant des investissements importants ». Des critères distinctifs peuvent d'ores-et-déjà être élus. Ils sont propres aux types de contrats conclus. Cela justifie de nouveau que les relations établies puissent être recherchées au sein des contrats entre entreprises. De façon complémentaire, les professionnels eux-mêmes seraient certainement les plus à même de fixer les durées de préavis. Ils connaissent les investissements nécessaires, le degré de collaboration exigée par leur relation, l'assistance requise, etc. Les accords professionnels seraient le support idoine pour édicter des durées de préavis et les plafonds afférents, si faisait jour « *une invitation du législateur*¹⁴⁸² » en ce sens. Le pouvoir règlementaire ne s'est pas engagé dans cette voie de sorte qu'il y a incontestablement des entreprises qui vont trouver la durée du préavis légal inadéquate. En ce cas, elles peuvent octroyer un préavis d'une durée en deçà de celle du préavis légal mais elles courent alors un double risque.

2. Un faux préavis plafond

427. Un double risque identifié. Les entreprises connaissent le risque auquel elles s'exposent en octroyant un préavis d'une durée inférieure à dix-huit mois, consistant dans l'ouverture d'un litige à leur encontre. Le choix de le prendre leur appartient et peut trouver des justifications subjectives et rationnelles, chacune présentant ses propres limites. Par contre, un risque supplémentaire réside dans la possibilité pour le juge de fixer un préavis d'une durée supérieure à la durée légale. En l'absence de solution jurisprudentielle, on avance les éléments qui nous poussent à le concevoir comme un risque bien réel.

428. La confiance réductrice d'incertitude. À la place de respecter le préavis de dix-huit mois, l'auteur peut préférer jauger lui-même la durée à accorder en connaissance du risque de contentieux. Il peut l'estimer comme étant minime compte tenu de la relation de confiance établie avec son partenaire. Dans les relations interentreprises, la confiance réduit l'incertitude¹⁴⁸³. Elle ne la fait pas pour autant disparaître complètement si bien que le risque d'une procédure demeure. Les raisons qui poussent le partenaire évincé à agir sont propres à chaque entreprise. Pour nous, l'une d'elles doit ressortir du constat de voir de plus en plus souvent d'entreprises en difficulté en demande dans les actions fondées sur les ruptures brutales. Elles peuvent y voir l'opportunité d'en

¹⁴⁸² K. LE COUVIOUR, Regards critiques sur la rupture brutale des relations commerciales établies, RTD Com., 2008, p. 1, n°27.

¹⁴⁸³ C. DONADA, G. NOGATCHEWSKY, La confiance dans les relations interentreprises. Une revue des recherches quantitatives, Revue française de gestion, 2007/6, n°175, p. 111-124, DOI : 10.3166/rfg.175.111-124, spéc. p. 144 : « *La confiance peut avoir des implications en termes d'économies sur les coûts de transaction ou sur les coûts de négociation, de croissance des ventes ou encore de réduction de l'incertitude* » et p. 119 : « *Les résultats empiriques confirment très largement l'influence positive de la confiance sur la gouvernance relationnelle. Ce type de gouvernance se traduit par davantage de coopération, d'implication des partenaires, d'acceptation de normes relationnelles (partage d'informations, résolution harmonieuse des conflits, communication)* ».

résoudre certaines. Leurs décisions d'agir peuvent cependant prendre de court les auteurs si elles n'ont jamais montré signe de leurs difficultés. Le litige subséquent altérera gravement – et très probablement définitivement – leur relation de confiance. L'approche de l'auteur peut être moins relationnelle et plus froidement rationnelle.

429. Le calcul approximatif coût / bénéfice de la rupture. Une autre façon de concevoir qu'un auteur envisage de ne pas respecter le préavis légal est celle obtenue à l'aide du résultat du calcul coût-bénéfice. Cette approche est propre à l'économiste Williamson¹⁴⁸⁴, par laquelle il rationalise les relations d'affaires, toute notion de confiance sera ainsi écartée du propos. On propose de l'exposer à l'aide d'un cas fictif succinct. Un fabricant s'approvisionne exclusivement auprès d'une entreprise détentrice d'un composant nécessaire à la fabrication des produits qu'il vend. Une entreprise concurrente à celle qui détient le composant annonce la mise sur le marché d'un composant substituable et à un prix nettement inférieur. Dans cette situation, le fabricant ne peut pas s'approvisionner auprès de l'entreprise concurrente en raison de l'engagement d'exclusivité qui le lie à son partenaire historique. Il peut lui proposer de modifier l'engagement. S'il l'accepte, la situation n'est pas problématique, mais s'il refuse, le fabricant peut envisager de rompre leur relation. Mais avant de le faire, il va tenter d'estimer le coût de cette rupture par rapport aux bénéfices qu'il pourrait en retirer. Parmi eux, le principal serait de pouvoir s'approvisionner auprès de l'entreprise concurrente, au terme du préavis octroyé à son partenaire. Il pourrait ainsi aussi faire face à la pression concurrentielle imposée par ses propres concurrents et maintenir son activité en distribuant ses produits à un prix plus attractif du fait de la réduction d'un des coûts de production. S'il estime que les gains ainsi retirés sont plus importants que le coût de la rupture, alors il pourrait prendre la décision de rompre. Ce type de calcul est forcément approximatif, du point de vue des éléments déjà exposés, auxquels il faut aussi ajouter l'appréciation temporelle. Les prises de décision de rompre et de poursuivre l'activité seront resserrées dans le temps tandis que celui de la procédure litigieuse sera inversement plus étendu et fera varier à la hausse le coût de la rupture. Par conséquent, ledit calcul voudrait que si le coût entraîné par l'observation d'un préavis de dix-huit mois est moindre par rapport aux bénéfices attendus par l'auteur durant cette même période alors il refusera de respecter le préavis légal. L'aspect théorique de ce calcul est prégnant et on pense aussi qu'il n'est pas applicable par toutes les entreprises. Seules celles dotées de moyens financiers et humains, destinés aux contentieux qui peuvent naître de leurs activités, seraient plus enclines à s'y essayer ; les autres pouvant préférer opter pour la protection offerte par le respect du préavis de dix-huit mois.

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 111 : « En tant qu'acheteur, la confiance je ne sais pas ce que c'est. Tout est écrit dans mon cahier des charges. » Cette réflexion d'un professionnel fait écho aux propos de l'économiste Williamson (1993) pour qui les relations d'affaires résultent uniquement d'un calcul coût-bénéfice ; la « vraie » confiance implique une dimension personnelle non rationnelle qui ne peut exister que dans la sphère privée ».

430. Le risque du préavis supérieur à dix-huit mois. La mesure prise en 2019 protège l'auteur de la rupture s'il octroie un préavis de dix-huit mois, en deçà sa responsabilité peut être engagée et on pense qu'il peut devoir consentir un préavis plus long. La durée du préavis légal ne concerne que l'auteur mais ne lie pas le juge. Ce dernier conserve donc la possibilité d'étendre le préavis au-delà lorsque les circonstances de l'espèce l'imposent¹⁴⁸⁵. L'utilisation récurrente de l'expression « *préavis plafond*¹⁴⁸⁶ » n'en rend pas compte et peut participer à bercer d'illusion les entreprises sur le fait que même en octroyant un préavis en deçà de dix-huit mois, elles pourraient de toute les façons n'être condamnées qu'à combler la différence, afin de l'atteindre. Selon nous, il faut les garder de raisonner ainsi car « *seule la loi pourrait, à la rigueur, lier l'appréciation du juge en fixant a priori un délai*¹⁴⁸⁷ » ; et telle n'a pas été la solution retenue. Une préconisation de la DGCCRF y faisait pourtant directement référence. On y lit qu'« *en cas de litige entre les parties sur le préavis, la durée de préavis fixée par le juge ne peut excéder un an*¹⁴⁸⁸». Dans ce cas seulement il aurait été possible de désigner le préavis comme un préavis plafond comportant alors une « *limite absolue*¹⁴⁸⁹ ». Comme ce n'est très certainement pas le cas, on utilisera seulement l'expression de préavis légal quand il s'agira de l'évoquer.

B. L'inexécution par l'autre partie de ses obligations

431. Le mutisme quant au degré de gravité requis. Le troisième alinéa de l'article L. 442-1, II du Code de commerce prévoit que « *les dispositions du présent II ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations* ». Quand une partie n'accomplit pas ses obligations¹⁴⁹⁰, l'autre, n'ayant conséquemment pas pu bénéficier de

¹⁴⁸⁵ C. MOULY-GUILLEMAUD, Assainir le contentieux de la rupture brutale par une réforme des principes jurisprudentiels, D. 2019, 2102, spéc. note (7) : « Lorsque le litige porte sur la suffisance d'un préavis qui ne fut pas de 18 mois, le juge peut toujours estimer que le préavis aurait dû être plus long ». L. VOGEL, J. VOGEL. « Section 5 - Fin du contrat » in Traité de droit économique – Tome 2 : Droit de la distribution, 3e édition, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 383-486, spéc. 225, p. 436, « *Depuis l'ordonnance du 24 avril 2019, l'octroi d'un préavis de dix-huit mois permet à l'auteur de la rupture d'échapper à toute poursuite. Cette durée légale constitue une exemption de responsabilité et non un plafond : il n'est pas exclu que le juge estime qu'un préavis d'une durée supérieure à dix-huit mois est approprié lorsque l'auteur de la rupture a rompu les relations sans préavis ou accordé un préavis inférieur à dix-huit mois* ».

¹⁴⁸⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, J.-C. RODA, Droit de la concurrence, avr. 2022, 2^e éd., Dalloz, Précis, ISBN n°978-2-247-21343-6, spéc. 849, p. 692 : « *Sous l'empire du nouveau texte, une volonté claire est de limiter [les durées de préavis], en indiquant désormais que « la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois », fixant de facto une sorte de plafond* ».

¹⁴⁸⁷ N. MATHEY, Rupture brutale de relations commerciales et contrat de transport, CCC n°2, Fév. 2014, comm. 39

¹⁴⁸⁸ DGCCRF, Propositions de modifications des articles du Titre IV Livre IV du code de commerce, accessibles depuis l'URL : « https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/profil_entreprises/doc/Tableau-ORDO-Art-17-avec-442-6-210118.pdf »

¹⁴⁸⁹ L'expression est utilisée dans l'article intitulé « *Droit de la négociation commerciale – Réforme en profondeur du droit des pratiques abusives* » consulté depuis l'URL : <https://www.vogel-vogel.com/droit-de-la-negociation-commerciale-reforme-en-profondeur-du-droit-des-pratiques-abusives/>, consultée le jeu. 02 juin. 2022.

¹⁴⁹⁰ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, *ibid.*.

l'exécution¹⁴⁹¹, peut rompre sans avoir à observer de préavis. Le texte n'indique toutefois « *ni la nature ni le degré de de l'inexécution contractuelle autorisant la dispense de préavis*¹⁴⁹² ». La jurisprudence a exigé un manquement grave, plusieurs raisons ont été apportées au dépassement du texte si bien qu'il a été admis (1), mais faut-il encore vérifier que la rectitude de la motivation des juges du fond puisse en être une (2).

1. Le dépassement du texte par l'exigence jurisprudentielle d'une faute grave

432. Une exigence jurisprudentielle. Face au mutisme du texte c'est la jurisprudence qui a exigé qu'un manquement grave soit caractérisé pour justifier l'absence de préavis¹⁴⁹³. Pour y revenir très brièvement on reprend les faits d'un arrêt de 2013¹⁴⁹⁴. Les juges du droit sont allés à l'encontre d'un arrêt d'appel ayant fait droit aux prétentions d'un mandant, ayant révoquer un mandat d'intermédiation bancaire, en raison de l'insuffisance des objectifs atteints par le mandataire¹⁴⁹⁵. Ce cas de révocation figurait au contrat et n'était pas contesté par les parties ; les juges d'appel auraient alors seulement eu à le constater. Mais les juges de cassation s'y sont fermement opposés : la décision est cassée pour défaut de base légale. Ils ont reproché aux juges du fond de ne pas avoir suffisamment caractérisé en quoi les manquements du mandataire à ses obligations contractuelles caractérisaient un manquement grave. Des critiques se sont fait

¹⁴⁹¹ C. RENAULT-BRAHINSKY, L'essentiel du droit des obligations, août 2021, Lextenso, Carrés rouge, EAN 978-2297134286, spéc. Chap. 12.

¹⁴⁹² CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 janv. 2017, n°14/07959, J.-D. n°2017-000374 : « *Ce dernier alinéa ne précise ni la nature ni le degré de l'inexécution contractuelle autorisant la dispense de préavis. Toutefois, dès lors qu'il instaure une dérogation à l'exigence d'un préavis prévu au premier alinéa, son application nécessite que l'inexécution des obligations contractuelles qu'il vise, présente un caractère de gravité suffisant pour justifier une rupture immédiate eu égard à l'ancienneté des relations des relations commerciales* ».

¹⁴⁹³ N. MATHEY, Rupture partielle sans préavis et faute grave, CCC n°6, juin 2022, 100, citant à l'appui de son affirmation les jurisprudences suivantes : Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-17.844, F-D, J.-D. n°2011-010510 : « *qu'en l'état de ces constatations, dont il ressort que le comportement de la société St Bois concept était suffisamment grave pour justifier l'annulation de la commande* », Cass. com., 27 mars 2019, n°17-16.548, J.-D. n°2019-004691 : « *qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a souverainement estimé que ce manquement de la société Gibmedia à ses obligations essentielles était établi et qu'il était suffisamment grave pour justifier la rupture de la relation commerciale sans préavis, a légalement justifié sa décision* », Cass. com., 10 juin 2020, n° 18-23.555, F-D, J.-D. n°2020-008142 : « *13. En statuant ainsi, sans caractériser un manquement suffisamment grave de la société Tecora à ses obligations contractuelles, autorisant la société Setnag à mettre fin aux relations commerciales sans préavis, les correspondances adressées par la première à la seconde n'emportant pas reconnaissance d'un tel manquement mais valant seulement, de sa part, prise d'acte des dysfonctionnements allégués et engagement de procéder aux investigations nécessaires à la détermination de leur cause, en vue de les résoudre, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

¹⁴⁹⁴ Cass. com., 09 juill. 2013, n°12-21.001, J.-D. n°2013-014624.

¹⁴⁹⁵ Cass. com., 09 juill. 2013, n°12-21.001, J.-D. n°2013-014624 : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser un manquement grave [du mandataire] à ses obligations contractuelles justifiant la rupture par [le mandant] de leurs relations commerciales sans préavis, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ». N. MATHEY, Rupture de relations commerciales – Intermédiaire en opérations de banque et rupture brutale, CCC nov. 2013, 239. RJDA 11/13, n°950. Dans le même sens, V. aussi et not. Cass. com., 05 avr. 2018, n°16-19.923, J.-D. n°2018-005218 : « *Qu'en se déterminant ainsi, sans préciser en quoi la non-réalisation, par la société [évincée], de l'objectif de chiffre d'affaires prévu au contrat, était de nature à caractériser un manquement suffisamment grave de cette dernière à ses obligations, justifiant la rupture sans préavis de leur relation commerciale, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

entendre à propos de la soi-disant mauvaise application de la norme en cause¹⁴⁹⁶. Les juges d'appel auraient omis de vérifier le degré de gravité du manquement contractuel alors que cet examen n'est pas requis par les dispositions applicables. Aucun des termes utilisés n'y fait directement référence. L'inexécution s'affranchit d'épithète. Plusieurs justifications ont été apportées à l'introduction de l'adjectif *grave*, précédé, souvent, mais pas systématiquement¹⁴⁹⁷, de l'adverbe *suffisamment*¹⁴⁹⁸.

433. Les justifications du dépassement. Les juges et la doctrine s'accordent pour fournir différentes raisons de justifier qu'un manquement suffisamment grave soit requis.

L'interprétation stricte des exceptions. Pour les juges de la Cour d'appel de Paris, cette faculté de résiliation sans préavis doit être appréhendée comme « *une dérogation à l'exigence d'un préavis* » ; ajoutant que l'application de l'alinéa afférent « *nécessite que l'inexécution des obligations contractuelles qu'il vise, présente un caractère de gravité suffisant pour justifier une rupture immédiate eu égard à l'ancienneté des relations commerciales*¹⁴⁹⁹ ». De la même façon, en doctrine, elle est considérée comme un « *tempérament textuel*¹⁵⁰⁰ », soit une exception¹⁵⁰¹ au principe du préavis obligatoire avant toute rupture de relation établie. Et, en tant que telle, elle est d'interprétation stricte¹⁵⁰². L'exigence d'un caractère de gravité suffisant limite les cas dans lesquels il peut effectivement être reconnu. Le domaine de la dérogation ainsi contenu permet de préserver le principe.

La conformité du manquement grave au texte impératif. Le mutisme de l'article L. 442-1, II du Code de commerce à propos de l'intensité du manquement requise ne lui ôte pas l'autorité de la commander. Celle-ci découle de l'impérativité des dispositions, affirmée, pour le contentieux de la

¹⁴⁹⁶ P. STOFFEL-MUNCK, C. BLOCH, Responsabilité civile, JCP G, 12 mai 2014, n°19, doctr. 568, p. 973-974, spéc. P. STOFFEL-MUNCK, Délimitation des responsabilités contractuelle et délictuelle, Variété et autonomie des actions en réparation pour rupture unilatérale d'un contrat, à propos de l'arrêt analysé : « *La solution n'était pas évidente car la lettre même du texte visé dispose que la rupture peut opérer sans préavis « en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations » et non en cas d'exécution grave* ». B. FAGES, Que valent les prévisions contractuelles face à l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce ? RTD Civ. 2014, p. 118 « [...] on peut commencer par observer qu'une censure pour défaut de base légale suppose à tout le moins que la Cour de cassation se montre fidèle au texte dont elle prescrit la bonne application. Or la dispense de préavis que prévoit l'article L. 442-6, I, 5° n'implique nullement, comme il est dit dans l'arrêt, la caractérisation d'un « manquement grave ». Elle intervient « en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations » ; ce n'est pas la même chose ».

¹⁴⁹⁷ Cass. com., 09 juill. 2013, n°12-21.001, J.-D. n°2013-014624, « un manquement grave ».

¹⁴⁹⁸ Cass. com., 27 mars 2019, n°17-16.548, J.-D. n°2019-004691 : « *ce manquement de la société Gibmedia à ses obligations essentielles était établi et qu'il était suffisamment grave* ».

¹⁴⁹⁹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 janv. 2017, n°14/07959, J.-D. n°2017-000374.

¹⁵⁰⁰ N. MATHEY, Rupture justifiée par les fautes d'une partie, CCC n°3, mars 2020, 44.

¹⁵⁰¹ N. MATHEY, L'absence de réalisation des objectifs contractuels ne suffit pas à justifier une rupture sans préavis, CCC n°6, juin 2018, comm. 110 : « *Sur le fond, la jurisprudence a interprété la notion d'inexécution comme renvoyant à l'idée d'une faute d'une certaine gravité. Cela dépasse clairement la lettre du texte mais est certainement conforme à son esprit : la rupture sans préavis est une exception dont le champ d'application doit être contenu afin de laisser toute sa portée au principe* ».

¹⁵⁰² X. HENRY, Les principes jurisprudentiels mal établis de la rupture brutale de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, RTD Com. 2018, 523 : « *[...] la chambre commerciale a manifestement voulu affirmer que l'article L. 442-6, I, 5° étant un texte impératif, le droit à bénéficier d'un préavis est presque absolu. Les exceptions doivent donc être limitées* ».

rupture fautive de relations établies, en 2007 : « *il ne peut être fait obstacle aux dispositions d'ordre public [de la rupture brutale des relations établies] du code de commerce par des clauses permettant une rupture sans préavis dès lors que l'inexécution du contrat n'a pas un degré de gravité suffisant*¹⁵⁰³ ». Les stipulations contractuelles ne peuvent dès lors absolument pas suppléer les dispositions impératives. Les juges n'étant pas liés par les prévisions des parties, ils doivent alors rechercher la gravité du manquement¹⁵⁰⁴. En définitive, cela est reconnu comme **conforme à l'esprit du texte** en doctrine¹⁵⁰⁵. Elle relève aussi que l'exigence est la même en d'autres domaines¹⁵⁰⁶, en prenant pour exemple le cadre d'un contrat verbal à durée indéterminée¹⁵⁰⁷, auquel on ajoute celui du dépôt salarié¹⁵⁰⁸ et celui d'agence commerciale¹⁵⁰⁹.

434. L'admission du dépassement *contra legem*¹⁵¹⁰. Toutes les justifications avancées poussent à admettre le dépassement du texte. Il n'a pour autant jamais été complété par les dispositions idoines lors des modifications successives. En 2019, sa lettre n'a pas été changée dans le sens d'une précision du niveau de manquement requis. L'indication peut paraître inutile tant l'exigence fait consensus, mais il reste qu'à défaut, la complétude des dispositions n'est toujours pas atteinte. Il faut sur ce point préciser que la faute grave pâtit d'une absence de définition

¹⁵⁰³ Cass. com., 25 sept. 2007, n°06-15.517, J.-D. n°2007-040542 : « *Mais attendu qu'après avoir énoncé qu'il ne peut être fait obstacle aux dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6 I 5 du code de commerce par des clauses permettant une rupture sans préavis dès lors que l'inexécution du contrat n'a pas un degré de gravité suffisant [...]* ».

¹⁵⁰⁴ S. REGNAULT, Rupture brutale de relations commerciales établies : mise en œuvre régulière d'une clause résolutoire, AJCA 2018, p. 236 : « *[Le juge] peut également mettre à mal les prévisions de la clause résolutoire sur le fondement des dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° lorsque le manquement contractuel visé par la clause, fût-il qualifié de grave par les parties, est avéré, mais qu'il n'est pas jugé suffisamment grave* ».

¹⁵⁰⁵ C. MOULY-GUILLEMAUD, L'absence d'emprise de la volonté dans la mise en œuvre de la rupture d'une relation commerciale, D. 2008, p. 1115, spéc. 8 : « *[...] la faute reprochée doit connaître un certain degré de gravité pour autoriser une telle rupture. Certes, l'article ne fait aucune mention d'un tel critère, mais, au-delà de la lettre, son esprit le justifie aisément.* »

¹⁵⁰⁶ C. MOULY-GUILLEMAUD, *ibid.*

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*, s'appuyant sur Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2003, n°00-15.115, J.-D. n°2003-018542 : « *Mais attendu que la cour d'appel a exactement jugé que seule une faute grave pouvait justifier la rupture du contrat sans préavis* ».

¹⁵⁰⁸ Cass. com., 11 mars 2014, n°12-29.879, J.-D. n°2014-004575 : « *Attendu que pour débouter la société AB Stables de sa demande en paiement du préavis, le juge de proximité a retenu qu'aucun contrat n'ayant été signé entre les parties pour le cheval Rianne D'Azur, M. X... n'était en aucun cas tenu de respecter un délai de préavis avant de reprendre son cheval ; Qu'en se déterminant ainsi, alors que si M. X... avait le droit de rompre unilatéralement le contrat verbal à durée indéterminée, c'était à condition qu'il respectât un délai de préavis raisonnable, sauf à justifier d'un motif de rupture sans préavis, la juridiction de proximité n'a pas donné de base légale à sa décision* ». B. DE GRANVILLIERS, Le droit de résiliation d'un contrat à durée indéterminée, n'exclut par le respect d'un préavis, Droit rural n°425, août 2014, comm. 164.

¹⁵⁰⁹ C. com., art. L. 134-13 : « *La réparation prévue à l'article L. 134-12 [l'indemnité de fin de contrat] n'est pas due dans les cas suivants : 1° La cessation du contrat est provoquée par la faute grave de l'agent commercial* ». Pour une application, V. not., Cass. com., 05 juill. 2017, n°16-14.810, J.-D. n°2017-013504. N. MATHEY, Faute grave privative du droit à indemnité, CCC n°10, oct. 2017, comm. 195, « *Lorsque l'agent commercial a commis une faute grave portant atteinte à la finalité du mandat et rendant impossible le maintien du lien contractuel, il perd son droit à indemnité en fin de contrat* ».

¹⁵¹⁰ L. VOGEL, J. VOGEL. « Section 5 - Fin du contrat » in Traité de droit économique – Tome 2 : Droit de la distribution, 3^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 383-486, spéc. 190 : « *Une grande prudence s'impose en cas de résiliation d'un contrat de distribution dans la mesure où la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article L. 442-1, II du Code de commerce sur la rupture brutale de relations commerciales établies ne dispense de l'obligation de respecter un préavis qu'en cas de faute grave, alors que le texte vise plus largement l'inexécution des obligations contractuelles. Il convient de tenir compte de cette jurisprudence *contra legem* dans l'exercice de la faculté de résiliation pour faute [...]* ».

légale¹⁵¹¹. C'est une construction prétorienne¹⁵¹². L'ajout textuel dans le troisième alinéa de l'article L. 442-1, II du code de commerce d'une référence à la faute grave privative de préavis participerait encore à installer la notion dans le code. Il n'y a cependant aucune certitude quant au fait de savoir si cela déclencherait une occasion de rechercher une définition légale de la faute grave. La multitude d'exemples ne peut y suppléer et c'est pourtant grâce à eux que l'on est en mesure d'apprécier la netteté de la ligne de partage entre les ruptures qui ont été reconnues fautives et celles qui ne l'ont pas été. Aucune justification au dépassement du texte ne s'appuie sur le contrôle de la motivation des juges du fond par les juges du droit. Si on doit la proposer en tant que telle, on vérifie d'abord que ce contrôle existe bel et bien au travers d'exemples jurisprudentiels de fautes graves privatives de préavis.

2. Le contrôle de la rectitude de la motivation des juges du fond

435. Des fautes graves privatives de préavis. Avant l'entrée en vigueur des dispositions étudiées, les juges avaient admis que des manquements, présentant un caractère de gravité suffisant, justifient une rupture sans préavis¹⁵¹³. Dans l'arrêt de cassation du 14 octobre 1997, ils consistaient en divers incidents de paiement¹⁵¹⁴. Ils participaient à détériorer l'équilibre financier du contrat. Et c'est parce que les juges l'ont souverainement apprécié comme un élément essentiel du contrat, et que les manquements y afférent présentaient un caractère de gravité suffisant, qu'ils ont admis la dispense de préavis. Les juges raisonnaient déjà globalement en termes d'« *obligations essentielles* ». Cet arrêt préfigure les manquements à des obligations contractuelles essentielles relevés postérieurement en jurisprudence, sous l'empire des dispositions de la rupture

¹⁵¹¹ N. MATHEY, La faute grave de l'agent commercial, CCC n°05, mai 2021, comm. 77, à propos de Cass. com., 20 janv. 2021, n°19-11.644, J.-D. n°2021-001226 : « la Cour rappelle que la faute grave est celle « qui porte atteinte à la finalité commune du mandat d'intérêt commun et rend impossible le maintien du lien contractuel » [...]. Si cette définition est présentée comme résultant des articles L. 134-12 et L. 134-13 du Code de commerce, il faut tout de même rappeler que la loi ne définit pas la notion de faute grave ».

¹⁵¹² *Ibid.*

¹⁵¹³ Cass. com., 14 oct. 1997, n°95-10.374, J.-D. n°Ø, RJDA 1998, n°259, fournissant d'autres applications : Cass. com., 05 mars 1996, n°94-15.624, J.-D. n°Ø, RDJA 6/96, n°745 : « la cour d'appel a souverainement retenu que le comportement agressif de M. [...], démontré par la production d'un certificat médical non contesté, dès lors qu'il rendait impossible la poursuite des relations contractuelles, justifiait que le concessionnaire soit libéré de la clause prévoyant un délai de préavis ». CA Paris, 5^e ch., C, 08 nov. 1996, J.-D. n°1996-023821, RJDA 2/97, n°195, en l'espèce, une agente commerciale a assigné la société à laquelle elle était liée par un contrat d'agent commerciale, après que la société a résilié ledit contrat. Mais les juges retiennent que « l'ensemble des fautes commises par [l'agente] justifiait la résiliation du contrat sans condition de préavis ».

¹⁵¹⁴ Cass. com., 14 oct. 1997, *ibid.* : « après avoir énoncé que le contrat même en l'absence de clause résolutoire pouvait être résilié dans le cas où l'une des parties ne respecterait pas une « obligation essentielle », l'arrêt retient qu'il y a lieu de rechercher si la rupture a été « brutale » ; qu'il relève alors divers incidents de paiement à la charge de la société Locametz et estime souverainement que cette détérioration de l'équilibre financier du contrat, qui en est un élément « essentiel », a « justifié » la rupture des relations par la société Dynapac, faisant ainsi ressortir que les manquements contractuels de la société Locametz présentaient un caractère de gravité suffisant pour dispenser la société Dynapac de tout préavis ».

brutale : des défauts de paiement¹⁵¹⁵, la violation d'un engagement de non-concurrence¹⁵¹⁶, l'irrespect de règles élémentaires de sécurité¹⁵¹⁷, le refus de respecter un processus de fabrication¹⁵¹⁸, le manquement à plusieurs obligations de sauvegarde, d'information et de conseil¹⁵¹⁹. Dans ces jurisprudences, on observe que les juges relèvent des manquements aux obligations essentielles sans toujours les faire relever directement du contrat, même si elles peuvent en découler indirectement. La reconnaissance de relations établies force à aller au-delà des inexécutions contractuelles.

436. Les variations entre les manquements aux obligations contractuelles et essentielles.

Les juges du droit sont allés jusqu'à gommer l'adjectif *contractuelle*¹⁵²⁰. En retenant les obligations essentielles, leur attitude rejoint celle ayant précédé l'entrée en vigueur des dispositions et marque

¹⁵¹⁵ Cass. com., 21 fév. 2012, n°09-15.438, J.-D. n°Ø : « Mais attendu que l'arrêt relève que si la société Eastman, après avoir accepté de poursuivre les relations commerciales avec la société Aria pour la distribution de ses produits jusqu'au 30 juin 2004, a cessé ses livraisons fin avril 2003, c'est après lui avoir demandé, par lettre du 25 mars 2003, de régler le montant de ses factures impayées qui s'élevait à 130 000 euros ; qu'il constate qu'alors que la société Eastman admettait lui devoir une somme de 54 357,86 euros, au titre de l'indemnité de rupture du contrat de représentation, la société Aria, en dépit d'une mise en demeure de régler, après compensation, la somme de 75 779,94 euros, s'est abstenue sans motif légitime ; qu'il relève enfin que la société Aria, qui ne bénéficiait d'aucune exclusivité de distribution, ne démontrait pas que la société Eastman eût cherché à contacter l'un de ses clients pour lui vendre des produits à un prix inférieur ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel qui ne s'est pas fondée sur la seule absence de clause d'exclusivité et qui a caractérisé un manquement grave de la société Aria à ses obligations envers la société Eastman a pu, sans avoir à s'expliquer sur les éléments de preuve qu'elle écartait des débats, statuer comme elle a fait ; que le moyen n'est pas fondé »

¹⁵¹⁶ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 08 janv. 2020, n°17/15157, J.-D. n°2020-000211 : « Dans ces conditions, ne peut être considérée comme brutale la rupture notifiée à Malhe Aftermarket SAS [fabricant] le 16 décembre 2010 par AG Distribution, signifiant à l'intéressée la cessation de son activité au bénéfice de cette dernière des produits de marque Mahle en Algérie, du fait de ses agissements, notamment d'un détournement de clientèle, étant observé que cette lettre faisait suite à celle du 26 août 2010, faisant état des difficultés rencontrées depuis l'année 2008 pour assurer la commercialisation des produits Mahle sur le marché algérien, d'une concurrence déloyale du fait de la commercialisation de produits concurrents moins chers sur son secteur d'activité notamment à certains de ses clients et l'informant qu'elle n'entendait plus poursuivre ses relations commerciales avec elle et qu'elle lui retournait l'intégralité du stock en sa possession. En effet, le comportement gravement fautif de Malhe à son égard, justifie la rupture sans préavis par AG Distribution de la relation commerciale entretenue avec cette société ».

¹⁵¹⁷ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 08 janv. 2020, n°18/08419, J.-D. n°Ø : « Les manquements graves et réitérés de Mme C. [exploitante d'une activité ambulante de pâtisserie] aux règles élémentaires de sécurité, même s'ils n'ont pas été sanctionnés sur le fait par une interdiction ou fermeture immédiate de son stand, justifient une rupture de la relation commerciale établie sans préavis ».

¹⁵¹⁸ Cass. com., 15 janv. 2020, n°18-15.431, J.-D. n°2020-000442 : « le non-respect, par la société [...], de la procédure de contrôle qualité et le défaut de conformité des produits constatés, conduisant à des retards de livraison, constituaient des manquements aux obligations contractuelles de celle-ci suffisamment graves pour justifier que la société Système U, qui n'était tenue d'aucune obligation d'achat, cesse momentanément ses commandes à compter du 1er octobre 2013 et lui propose, le 17 janvier 2014, un nouvel accord-cadre prévoyant une baisse du chiffre d'affaires de moitié par rapport à l'année précédente ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a pu retenir que la rupture de la relation commerciale était imputable à la société [...] ».

¹⁵¹⁹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 07 fév. 2020, n°18/03616, J.-D. n°2020-002933 : « Il résulte cependant des développements ci-avant que l'appelante a manqué à ses obligations de sauvegarde des données informatiques de l'intimée, à son obligation d'information et à son devoir de conseil. La sauvegarde des données informatiques de l'intimée constituant l'obligation essentielle du contrat du 16 février 2012, la faute commise à ce titre par l'appelante, outre le manquement à son obligation d'information et à son devoir de conseil, caractérisent des manquements graves de l'appelante dans l'exécution de ses obligations justifiant la rupture sans préavis de la relation commerciale établie ».

¹⁵²⁰ Cass. Com., 27 mars 2019, n°17-16.548, J.-D. n°2019-004691 : « la cour d'appel, qui a souverainement estimé que ce manquement de la société Gibmedia à ses obligations essentielles était établi et qu'il était suffisamment grave pour justifier la rupture de la relation commerciale sans préavis, a légalement justifié sa décision » ; arrêt attaqué : CA Paris, Pôle 5, Ch. 11, 10 mars 2017, n°15/04629, J.-D. n°2017-027970 : « la rupture des relations commerciales par DISPOFI le 7 février 2013 était justifiée au vu des manquements de GIBMEDIA à ses obligations contractuelles essentielles ».

concomitamment un rapprochement avec la conception civiliste depuis la réforme du droit des contrats¹⁵²¹. En notre matière, il faut concevoir qu'à mesure que les relations deviennent durables, intenses, que des pratiques des parties s'ajoutent, c'est alors comme si leurs obligations se renforçaient aussi. Ce sont des obligations essentielles, et on est tenté d'ajouter que ce sont des obligations essentielles à la relation. Mais le fait que les juges relèvent des manquements aux obligations contractuelles et aux obligations essentielles peut aussi être perçu comme une façon d'élargir le domaine de l'exception quand il doit être contenu. Il faut alors à se tourner vers le contrôle de légalité de la Cour de cassation, pour appréhender les limites qu'il est susceptible de poser quand « *le manquement suffisamment grave* » paraît abandonner au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

437. Le contrôle de notions continuellement émergentes. « [L]a Cour de cassation exerce son contrôle de légalité en veillant à la rectitude de la motivation des juges du fond¹⁵²² ». Dans l'arrêt du 6 avril 2022, les juges du droit indiquent qu'« *en se déterminant ainsi, sans préciser en quoi ces retards, non-conformités et baisse relative de qualité étaient de nature à caractériser un manquement suffisamment grave de M. [V] à ses obligations justifiant la rupture partielle, sans préavis, de la relation commerciale, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision*¹⁵²³ ». Les juges du droit reprochent aux juges du fond de n'avoir pas suffisamment caractérisé le manquement grave à partir des manquements relevés, sans pour autant leur indiquer comment ils pouvaient y parvenir. À première vue le contrôle achoppe sur l'absence de définition du « *manquement suffisamment grave* ». Si elle existait, il aurait s'agit de relever le ou les éléments manquants en confrontation avec ceux la constituant. Mais en l'absence de définition, il est d'autant plus difficile de se rendre compte de ce qui ne convient pas¹⁵²⁴. La remarque s'étend à l'absence de la définition légale d'inexécution¹⁵²⁵ alors même que c'est cette notion qui figure au troisième alinéa de l'article L. 442-1, II du code de commerce. Dans ces conditions, l'appréciation des

¹⁵²¹ Ord. n°2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 fév. 2016, texte n°26, art. 2. C. civ., art. 1170 : « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ».

¹⁵²² RJDA 1998, 259, « *la Cour de cassation exerce son contrôle de légalité en veillant à la rectitude de la motivation des juges du fond* ».

¹⁵²³ Cass. com., 06 avr. 2022, n°21-10.265, J.-D. n°2022-005389, N. MATHEY, Rupture partielle sans préavis et faute grave, CCC n°6, juin 2022, 100 : « Si la Cour de cassation ne juge pas elle-même de la gravité de la faute, les juges du fond disposant d'un pouvoir souverain d'appréciation sur ce point [...], elle contrôle la motivation de ces derniers qui doivent caractériser suffisamment la faute pour que l'auteur de la rupture soit autorisé à rompre sans préavis ». Dans le même sens, Cass. com., 05 avr. 2018, n°16-19.923, J.-D. n°2018-005218 : « Qu'en se déterminant ainsi, sans préciser en quoi la non-réalisation, par la société AMT, de l'objectif de chiffre d'affaires prévu au contrat, était de nature à caractériser un manquement suffisamment grave de cette dernière à ses obligations, justifiant la rupture sans préavis de leur relation commerciale, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

¹⁵²⁴ En l'occurrence, ce pourrait être que la baisse de qualité est seulement *relative*. Il y a une baisse sans que l'on soit en mesure de connaître son étendue car on ne connaît pas non plus ce par rapport à quoi elle a varié.

¹⁵²⁵ C.-E. BUCHER, L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, 2011, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, ISBN n°978-2-247-10812-1, spéc. 11 et 12 : « *Si le Code civil évoque à de nombreuses reprises le terme d'« inexécution » - sans distinguer l'inexécution de l'obligation et l'inexécution du contrat - il n'en donne aucune définition* ».

manquements, des inexécutions, a tout l'air d'être abandonné au pouvoir souverain des juges du fond. Mais c'est là une illusion dont il faut impérativement se défaire. Jérôme Betoulle, conseiller référendaire à la Cour de cassation, l'explique en s'intéressant à la distinction entre le contrôle lourd et le contrôle léger de cassation¹⁵²⁶. Dans les arrêts de rejet recensés pour donner des exemples de fautes graves privatives de préavis, la Cour de cassation exerce ce qu'il est courant d'appeler un contrôle léger, repérable dans le texte grâce aux expressions « *a pu retenir*¹⁵²⁷ », « *a pu statuer*¹⁵²⁸ », « *ont pu déduire*¹⁵²⁹ », « *a légalement justifié*¹⁵³⁰ ». Mais le qualificatif *léger* n'est pas forcément le mieux approprié dans le sens où il peut faire penser à un contrôle superficiel alors que ce n'est pas du tout le cas. À partir des faits relevés, les juges du fond procèdent à la qualification. Les circonstances, les détails, les spécificités n'empêchent pas la qualification, ils y participent, même s'il peut alors paraître difficile d'y repérer la notion, alors qu'elle est bien présente¹⁵³¹. Et dès lors qu'elle est utilisée, les juges du droit veillent « *à ce que les tribunaux ne fassent pas rentrer sous cette expression des faits qu'elle ne saurait viser*¹⁵³² ». La Cour de cassation paraît avoir une attitude relativement passive : elle est dans l'attente que des fautes pouvant justifier une rupture sans préavis soient soumises à son contrôle. Ce faisant, elle remplit différentes de ses missions. À son contrôle de la légalité, un contrôle de la motivation des arrêts s'ajoute¹⁵³³. Elle censure les décisions insuffisamment motivées¹⁵³⁴. L'application des notions

¹⁵²⁶ J. BÉTOULLE, La distinction contrôle lourd / contrôle léger de la cour de cassation – Mythe ou réalité ? JCP G n°41, 09 oct. 2002, doct. 171.

¹⁵²⁷ Cass. com., 15 janv. 2020, n°18-15.431, J.-D. n°2020-000442, Cass. com., 18 nov. 2020, n°19-14.775, J.-D. n°Ø : « *Ayant ainsi relevé les manquements répétés de M. F. aux règles de bonne conduite du groupe Siparex, qu'il s'était engagé à respecter, et souverainement considéré que ces règles constituaient une obligation essentielle du contrat de prestation de services, faisant ressortir, sans dénaturer les documents de la cause, qu'elles s'imposaient à M. F. dans l'exercice de sa mission d'expertise et de conseil, la cour d'appel a pu retenir que M. F., qui s'identifiait à la société Sogefip, avait commis une faute d'une gravité suffisante, de nature à compromettre l'exécution de ce contrat et que cette défaillance justifiait la rupture sans préavis des relations commerciales établies entre les parties* », on souligne.

¹⁵²⁸ Cass. com., 18 oct. 2011, n°10-19.612, J.-D. n°Ø : « *Mais attendu que par motifs adoptés l'arrêt relève qu'il a été découvert que la société Sofiseb SA, sous la signature de M. X..., avait acheté à la société Sofiseb SA des actions de la société GM Cuisines avec un paiement échelonné sur huit ans et que de tels actes de gestion ne pouvaient que nuire à l'intérêt de la société CBI, créancière de sa filiale pour une somme importante depuis 2001 ; que, toujours par motifs adoptés, l'arrêt relève encore que la société CBI a porté plainte contre ces actes accomplis par M. X... au nom de la société Sofiseb SA et que le bien fondé de ses griefs a été confirmé par les juridictions suisses ; qu'en l'état de ces constatations dont il ressort que la gestion de la société Sofiseb SA compromettrait gravement l'exécution des obligations essentielles souscrites envers la société CBI, ainsi que les intérêts de celle-ci, laquelle avait, à défaut de mentionner ces faits dans la lettre de rupture, néanmoins porté plainte à leur sujet devant les juridictions compétentes, démontrant ainsi à quel point elles les estimait graves, la cour d'appel, abstraction faite du motif surabondant, critiqué par les première, deuxième et troisième branches, a pu statuer comme elle a fait* », on souligne.

¹⁵²⁹ Cass. com., 04 déc. 2019, n°17-31.216, J.-D. n°2019-022121 : « *le moyen, sous le couvert de griefs non fondés de manque de base légale, ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation souveraine par les juges du fond de la valeur et de la portée des éléments de preuve qui leur étaient soumis, desquels ils ont pu déduire, sans être tenus de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, que les manquements de la société Gineys à ses obligations contractuelles étaient suffisamment graves pour justifier une rupture de la relation commerciale établie après un préavis limité à trente jours* », on souligne.

¹⁵³⁰ Cass. com., 27 mars 2019, n°17-16.548, *ibid.*

¹⁵³¹ J. BÉTOULLE, *ibid.*, spéc. 13 : « [...] l'identification d'une situation de fait à une notion légale fait nécessairement émerger une définition de cette notion, même si cette définition est complexe et encombrée de circonstances particulière ».

¹⁵³² *Ibid.*, spéc. 13.

¹⁵³³ J. BORÉ, L. BORÉ, La cassation en matière civile 2015/2016, Dalloz, Dalloz Action, ISBN n°978-2-247-15593-4, spéc. 01.94.

¹⁵³⁴ *Ibid.* : « *Ce contrôle peut a priori paraître audacieux, dans la mesure où il s'exerce sur des motifs de fait des arrêts et semble transgresser l'interdiction faite au juge de cassation de connaître du fond des affaires. En réalité il n'en est rien : d'une part, en*

subvisées est donc bien contrôlée, même s'il n'appartient pas à la Cour de cassation d'en borner précisément l'application¹⁵³⁵. Cet état, il faut l'accepter car c'est dans l'alternance des applications et des refus d'applications¹⁵³⁶ que les contours de la notion émergent progressivement. Différentes situations peuvent donner lieu à application des notions, sans pour autant qu'il n'y ait que celles-ci qui puissent y correspondre ; d'autres le pourront aussi. L'aspect dynamique inhérent à cette conception justifie qu'on la retienne car c'est aussi ainsi que des fautes privatives de préavis peuvent encore être reconnues, à l'instar de qui pourrait potentiellement justifier qu'une rupture brutale partielle ait eu lieu sans préavis.

438. Le manquement grave privatif de préavis en cas de rupture brutale partielle. Dans l'arrêt du 6 avril 2022, la Cour de cassation semble admettre qu'une faute grave puisse venir justifier qu'une relation établie soit partiellement rompue sans préavis¹⁵³⁷. Cela vient contrarier la conception que l'on pouvait se faire jusqu'ici des manquements suffisamment graves, qui, et en tant que tels, auraient dû aboutir à une rupture totale de la relation établie. L'analogie avec l'agence commerciale a été soulevée en doctrine, et notamment par le Professeur Mathey, tout en étant conséquemment précisé que « *la notion de faute grave a donc ici un sens différent de celui retenu*

droit, ce contrôle a une assise solide dans l'obligation du juge du fond de motiver sa décision, règle de droit dont il incombe certainement à la Cour de cassation d'assurer le respect. En outre, en pratique, l'incompétence même de la Cour de cassation pour connaître du fait, l'oblige à prendre pour base de son contrôle de légalité les constatations de fait des juges du fond ; en sorte qu'elle s'est vite aperçue que ce contrôle ne pouvait être effectif, que si les arrêts qui lui étaient déférés étaient intelligibles et suffisamment motivés, c'est-à-dire si elle imposait aux juges du fond certaines obligations de motivation. Elle a donc été conduite, dans l'intérêt même de sa mission institutionnelle, à développer son contrôle de la motivation et à censurer les décisions comportant des constatations de fait insuffisantes ».

¹⁵³⁵ Elle pourrait le faire car il lui est aussi reconnu un pouvoir créateur de droit, par voie d'interprétation de la loi ; mais il lui reviendrait alors « *la charge de reconstituer, non seulement « la volonté exprimée par le législateur » mais encore « l'interprétation de cette volonté au-delà de l'histoire »* » (J. BORÉ, L. BORÉ, *ibid.*, spéc. 01.93). Elle pourrait en chemin contrevenir au choix de la notion par le législateur qui peut ne pas être spécifiquement juridique et emprunter à d'autres disciplines, comme le précisait le Doyen Gény (F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*. Troisième Partie : Élaboration technique du droit positif, Recueil Sirey 1921, spéc. 258, pp. 465-469 : « [...] *les mots et les formules ne font qu'incorporer des concepts ou, plus simplement même, des notions, par l'intermédiaires desquelles se peuvent seulement exprimer les réalités juridiques. Et, en supposant que les notions serrent du plus près possible ces réalités, il s'agit de reconnaître le fonds où elles seront puisées, pour découvrir, en même temps, la source des expressions le plus aptes à traduire les éléments essentiels de la règle de droit. Or, les concepts, sans lesquels il est impossible de saisir des préceptes destinés à régir impérativement la conduite extérieure des hommes en société, s'empruntent, d'abord, au stock, infini et inépuisable, des notions courantes. [...] Et, comme le droit n'est guère plus, en soi, que la forme d'une matière représentée par des disciplines plus profondes, parmi lesquelles la morale, l'économie, la politique tiennent le premier rang, il advient parfois que les notions, strictement juridiques, se relient aux notions courantes, par l'intermédiaire de notions, quelque peu élevées au-dessus de celles-ci, à titre de notions morales, économiques ou politiques ».*

¹⁵³⁶ J. BÉTOULLE, *ibid.*, spéc. 22 : « *La définition d'une notion se limitera en quelque sorte à ses contours marqués d'un côté par les arrêts approuvés et, de l'autre, par les appréciations censurées. Tel est le « vrai » contrôle léger et son utilité ».*

¹⁵³⁷ Cass. com., 06 avr. 2022, n°21-10.265, J.-D. n°2022-005389, en l'espèce, un confectionneur reproche à la société Cache-Cache, ayant une activité de commerce de détail de prêt-à-porter, une rupture brutale partielle de leur relation établie en raison d'une baisse des commandes. Pour rejeter sa demande, les juges de la Cour d'appel de Paris ont relevé l'existence de retards, de non-conformités sur certaines commandes, une baisse de la qualité des mesures durant deux saisons consécutives. Leur décision est censurée : « *en se déterminant ainsi, sans préciser en quoi ces retards, non conformités et baisse relative de qualité étaient de nature à caractériser un manquement suffisamment grave [du confectionneur] à ses obligations justifiant la rupture partielle, sans préavis, de la relation commerciale, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».* S'ils parviennent à la précision attendue, alors la rupture brutale partielle ne sera pas constituée du fait qu'elle a été justifiée par un manquement suffisamment grave de la part de celui qui l'a alléguée.

en matière d'agence commerciale où la faute privative d'indemnité de fin de contrat doit rendre impossible le maintien du lien contractuel¹⁵³⁸ ». Un autre arrêt pourrait encore être l'occasion de découvrir une faute grave en matière de déréférencement¹⁵³⁹. En l'occurrence, Google Ads suspend son service envers un site car celui-ci présente les caractéristiques d'une pratique trompeuse, établie par ailleurs par la DGCCRF. Si la pratique est à même de constituer un manquement grave, alors l'absence de préavis ne pourra pas être reproché à Google Ads.

439. Du dépassement à la création ? Les contrôles exercés par la Cour de cassation doivent confirmer que la rectitude de la motivation des juges du fond puisse venir aussi venir justifier l'admission du dépassement du texte. Lorsqu'il s'agit par contre d'apprécier les extériorités, leurs appréciations souveraines ne font plus seulement que dépasser mais pourraient créer.

§2. L'appréciation des circonstances extérieures

440. Du cas légal au cas prétorien. L'article L. 441-2, II du Code de commerce réserve *in fine* que ses dispositions « ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis (...) en cas de force majeure ». Même en étant partout et souvent nulle part, cela n'empêche pas la force majeure d'être fréquemment excipée devant les tribunaux¹⁵⁴⁰. Les actions la matière ne font pas exception. La force majeure permet d'exonérer l'auteur de toute responsabilité dès lors que l'évènement susceptible de recevoir cette qualification est la véritable cause du dommage et qu'il ne peut dès lors lui être imputé¹⁵⁴¹. Il convient de préciser ses conditions de mise en œuvre en l'absence remarquée de la caractérisation par les juges de la brutalité, or sans brutalité, il n'y a pas de fait générateur et aucune raison de soulever la force majeure. Il en sera fait de même eu égard de ses éléments constitutifs à l'aune des éléments de définition figurant dans la proposition de réforme de la responsabilité civile. Si la question a par ailleurs et déjà été soulevée de savoir si la reconnaissance de circonstances économiques rendant impossible la mise au compte de l'auteur la brutalité de la rupture, elle l'a été sans que les ruptures de ce type aient été désignées. On en propose une : celle de ruptures conjoncturelles. Et pour apporter un nouvel éclairage sur la question précédemment retenue, on se propose de mettre en perspective la réception de la théorie de l'imprévision et la reconnaissance des ruptures conjoncturelles car si la première est séculaire et polémique, la récence des dispositions étudiées empêche qu'il en aille de même pour les ruptures conjoncturelles. Telles qu'elles peuvent être appréciées dans un cas ou dans l'autre, les

¹⁵³⁸ N. MATHEY, Rupture partielle sans préavis et faute grave, CCC n°6, juin 2022, 100.

¹⁵³⁹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 17 sept. 2021, n°19/17158, J.-D. n°Ø. A. LECOURT, Pratiques commerciales trompeuses sur fond de cartes grises, Dalloz IP/IT 2022, p. 54.

¹⁵⁴⁰ F. GRÉAU, Force majeure, in É. SAVAUX (dir.), Rép. de droit civil, juin 2017, maj avr. 2018, spéc. 1 et 2.

¹⁵⁴¹ *Ibid.*, spéc. 1.

extériorités rassemblent la force majeure (A) et les ruptures conjoncturelles (B) même s'il reste à déterminer si ces secondes devraient ou ne devraient pas être séparées des premières.

A. La force majeure comme cas exonératoire

441. Une application conditionnée. L'une des rares¹⁵⁴² décisions à retenir la force majeure pour écarter la responsabilité de l'auteur d'une rupture va nous permettre de revenir successivement sur les conditions de sa mise en œuvre et sur ses éléments constitutifs car, en l'espèce, l'une des premières fait défaut et les seconds ne sont pas visés. Ils sont traditionnellement égrenés¹⁵⁴³ ainsi : irrésistibilité, imprévisibilité et extériorité. Aucun d'eux n'apparaît aussi explicitement dans la définition légale de la force majeure, figurant dans la proposition sénatoriale¹⁵⁴⁴ du 29 juillet 2020 portant réforme de la responsabilité civile¹⁵⁴⁵. S'il est pour le moins probable de tous les y retrouver, l'expression susceptible de révéler l'extériorité ne fait pas consensus¹⁵⁴⁶. Si les réserves exprimées doivent l'emporter, ou si l'expression vient à disparaître de la définition qui entrera en vigueur, il pourrait ne plus y avoir trace du caractère pourtant indispensable¹⁵⁴⁷ à la force majeure. Après être revenu sur ses conditions de mise en œuvre et ses éléments constitutifs tels qu'ils sont traités dans les contentieux de ruptures brutales et à l'aune de la réforme de la responsabilité civile (1), on propose d'extraire les différentes crises soulevées par les auteurs pour examiner si l'extériorité est susceptible de les départager (2).

1. Les conditions requises et renouvelées

442. La rupture du lien causal. D'après les juges de la cour d'appel de Paris, un changement de législation constitue une « *contrainte légale impérative* » et, en tant que telle, un cas de force majeure¹⁵⁴⁸. En l'espèce, la loi instaurant le CPF a contraint les entreprises intimées à ne plus

¹⁵⁴² N. MATHEY, Rupture de relations commerciales établies et force majeure, CCC n°11, nov. 2019, 181, à propos de CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 12 sept. 2019, n°17/16758, J.-D. n°2019-01552.

¹⁵⁴³ Ph. LE TOURNEAU (dir.), Droit de la responsabilité et des contrats 2021/22, sept. 2020, 12^e éd., Dalloz, Dalloz Action, ISBN n°978-2-247-20137-2, spéc. 2142.41 : « *Traditionnellement, trois caractères étaient égrenés : imprévisibilité, irrésistibilité, extériorité* ».

¹⁵⁴⁴ P. JOURDAIN, Les enjeux d'une réforme de la responsabilité civile, Archives de philosophie du droit, 2021/1, T. 63, p. 277-282. DOI : 10.3917/apd.631.0296.

¹⁵⁴⁵ Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, n°678, enregistrée à la Présidence du Sénat le 29 juillet 2020.

¹⁵⁴⁶ T. GENICON, Les causes d'exonération de la responsabilité civile, Archives de philosophie du droit, 2021/1, T. 63, p. 429-443, DOI : 10.3917/apd.631.0448.

¹⁵⁴⁷ *Ibid.*, spéc. 6.

¹⁵⁴⁸ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 12 sept. 2019, n°17/16758, J.-D. n°2019-01552 : « *Ainsi que l'on relevé avec pertinence les premiers juges, la loi du 5 mars 2014, entrée en vigueur le 1er janvier 2015, ayant instauré le compte personnel de formation en remplacement du DIF, nouveau mécanisme laissant aux seuls salariés le choix de leur organisme de formation, constitue une*

commander directement de formations auprès d'un organisme pour ses salariés car c'est à eux désormais que ce choix revenait. Aucun des éléments constitutifs de la force majeure n'est présent dans l'arrêt¹⁵⁴⁹, si bien que l'on s'est demandé si le remplacement du DIF par le CPF était susceptible de les réunir. Avant cela, on revient sur les *constantes de la responsabilité civile*¹⁵⁵⁰ et par là, sur la force majeure comme cause exonératoire. On les explique à partir de l'arrêt. Du fait de cette nouvelle législation, il ne pouvait y avoir que rupture, du moins une rupture partielle. Mais le fait générateur n'est pas constitué par la rupture mais par sa brutalité. Or les juges ne la retiennent pas¹⁵⁵¹. En ce cas, il n'y a pas de raison d'invoquer la force majeure. Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile étant cumulatives, en l'absence de fait générateur, la responsabilité de l'auteur ne saurait être engagée. L'absence de brutalité semble avoir été retenue du fait du « *désengagement progressif* » de la victime : elle avait directement envoyé aux salariés son catalogue de formation et avait aussi diversifié son activité¹⁵⁵². Toutefois, la prévisibilité de la rupture ne l'empêche pas d'être brutale. L'absence de brutalité résulte d'un préavis suffisant. Et à défaut pour l'auteur d'en avoir octroyé un, la brutalité resurgit. Et ce n'est que lorsqu'elle est caractérisée que la force majeure devrait être invoquée ; pour empêcher que la brutalité puisse être mise au compte de l'auteur. En effet, la force majeure « *inhibe l'apparition d'une responsabilité délictuelle (...) car elle fait disparaître le lien de causalité entre le fait générateur et le dommage*¹⁵⁵³ ». Il incombe alors à l'auteur de rapporter les éléments établissant que l'évènement

contrainte légale impérative les obligeant à ne plus commander directement de formation et à en laisser l'initiative à leur personnel, et donc un cas de force majeure empêchant les intimées de commander les formations auprès de la société PGT 100% English ». Le compte personnel de formation et le droit individuel à la formation seront ci-après désignés par leurs acronymes couramment utilisés, respectivement : « CPF » et « DIF ».

¹⁵⁴⁹ Pour nous, cette absence peut être due au fait que ce n'est vraisemblablement pas l'auteur qui invoque la force majeure mais ce sont les juges du fond qui l'ont relevée d'office. D'après les prétentions des intimées, à qui la rupture est reprochée, « *elles font valoir que du fait de l'entrée en vigueur, à compter du 1^{er} janvier 2015, de la loi du 5 mars 2014, il leur était impossible d'avoir directement recours à la société PGT 100% English ou à tout autre organisme de formation, le choix du formateur appartenant désormais aux seuls salariés* ». En vertu du troisième alinéa de l'article 16 du Code de procédure civile, « *lorsqu'une juridiction décide de relever d'office un moyen, elle est tenue en toute circonstance de respecter le principe de la contradiction en invitant les parties à s'expliquer sur celui-ci* » (C. pr. civ., éd. Dalloz, note 72 sous art. 16). Par contre, « *le juge qui se borne, sans introduire dans le débat de nouveaux éléments de fait, à expliciter le fondement juridique de la demande ne méconnaît pas le principe de la contradiction en n'invitant pas les parties à s'expliquer sur l'exactitude de la qualification donnée à ce fondement* » (C. pr. civ., éd. Dalloz, note 71 sous art. 16). En l'occurrence, les juges ont pu l'expliquer à partir de l'impossibilité pour les intimées de recourir dorénavant directement aux prestations de formation organisées par l'appelante. Mais il ne s'agirait alors pas d'un fondement rattachable à la demande, plutôt à la défense, même s'il est possible de considérer que dans le cadre du procès « *chacun jette ses arguments en même temps dans le débat* » (T. GENICON, Les causes d'exonération de la responsabilité civile, *ibid.*, spéc. n°2, p. 430).

¹⁵⁵⁰ Ph. LE TOURNEAU (dir.), Droit de la responsabilité et des contrats 2021/22, sept. 2020, 12^e éd., Dalloz, Dalloz Action, ISBN n°978-2-247-20137-2, spéc. 21.00, « *l'expression est du doyen Carbonnier* ».

¹⁵⁵¹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 12 sept. 2019, n°17/16758 : « *Ce cas de force majeure imposé par le respect de la législation en vigueur a contraint les intimées à se désengager progressivement auprès de la société PGT 100% English, sans brutalité subie par cette dernière* », on souligne.

¹⁵⁵² CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 12 sept. 2019, n°17/16758 : « *[l'entreprise de formation] ayant reconnu dans ses premières écritures en appel que pour tenir compte du passage au CPF, elle avait directement envoyé aux salariés du groupe l'Occitane son catalogue de formation, et faisant valoir avoir anticipé la baisse de son chiffre d'affaires en diversifiant son activité en 2014* ».

¹⁵⁵³ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *ibid.*, spéc. 2142.21 : « *Force majeure et responsabilité sont des termes antinomiques et inconciliables : soit le dommage découle de la faute de quelqu'un, et il n'y a point force majeure ; soit au contraire le dommage a été provoqué par la force majeure, et l'on ne saurait trouver un lien de causalité avec une faute* ». Dans la première branche de l'alternative, on comprend que lorsque la faute a été imputée à l'auteur et qu'un lien de causalité a été établi avec le dommage, alors la responsabilité de l'auteur ne peut être qu'engagée.

réunit les caractères de la force majeure. On les expose à l'aide de la définition de la force majeure contenue dans la proposition sénatoriale.

443. Les éléments constitutifs de la force majeure absents de la lettre de sa proposition de définition légale. « *L'article 1253 donne une définition de la force majeure propre à la matière extracontractuelle dans la continuité de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations qui a déterminé, à l'article 1218 du code civil, les conditions de la force majeure en matière contractuelle*¹⁵⁵⁴ ». La force majeure pourrait ainsi avoir une définition en chaque matière, rompant ainsi avec la tentative unitaire de la jurisprudence¹⁵⁵⁵. Le deuxième alinéa de l'article 1253 projeté dispose qu'« *en matière extracontractuelle, la force majeure est l'évènement échappant au contrôle du défendeur ou de la personne dont il doit répondre, et donc ceux-ci ne pouvaient éviter ni la réalisation ni les conséquences par des mesures appropriées* ». Aucun des caractères constitutifs de la force majeure n'y apparaît explicitement. Cela ne signifie pas pour autant qu'ils ne peuvent pas y être révélés. Il faut le vérifier pour savoir si la démonstration de la force majeure pourrait différer de celle menée par l'auteur de la rupture brutale sous l'empire du droit positif applicable à l'espèce.

444. L'irrésistibilité et l'imprévisibilité au sein de l'inévitabilité ? Dans sa thèse, Monsieur Yannick Le Magueresse a proposé de réaliser la synthèse de l'irrésistibilité et de l'imprévisibilité dans l'inévitabilité¹⁵⁵⁶. Le but poursuivi est de surmonter l'impossibilité pour les juges de retenir l'exonération, soit lorsque l'évènement dommageable est prévisible mais irrésistible, soit lorsqu'il est imprévisible mais résistant¹⁵⁵⁷. L'évènement inévitable pourrait alors « *être un évènement prévisible et irrésistible, ou imprévisible et résistant*¹⁵⁵⁸ ». Est-ce la voie empruntée par la réforme ? Les caractères d'irrésistibilité et d'imprévisibilité inviteraient à livrer une appréciation différente selon le moment considéré de l'évènement. Cette distinction, on la retrouve à l'article 1253, lorsque le défendeur ne peut éviter « *ni la réalisation* », « *ni les conséquences* », soit respectivement *l'avant et l'après* l'évènement¹⁵⁵⁹. En l'incluant, la proposition inviterait donc à ne pas réaliser la

¹⁵⁵⁴ Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, *ibid.*, spéc. p. 10.

¹⁵⁵⁵ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *ibid.*, spéc. 2142.31 : « *Par plusieurs arrêts essentiels, l'Assemblée plénière donna, ou tenta de donner, une définition unique de la force majeure, valable quelle que soit la matière considérée : un évènement imprévisible et irrésistible. Elle sembla ainsi abandonner le critère d'extériorité, autrefois évoqué, même si cela n'est absolument pas certain. Par ailleurs, si la réforme du droit de la responsabilité était adoptée telle qu'elle résulte du projet, le chemin en sens inverse serait alors consacré, de l'unité à la diversité : en effet, il prévoit une définition de la force majeure propre à la matière extracontractuelle* ».

¹⁵⁵⁶ Y. LE MAGUERESSE, Des comportements fautifs du créancier et de la victime en droit des obligations, nouvelle édition [en ligne], Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007 (généré le 07 juin 2022), disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/puam/1500>, ISBN : 9782821853171, DOI : <https://doi.org/10.4000/books.puam.1500>, spéc. 153.

¹⁵⁵⁷ Y. LE MAGUERESSE, *ibid.*

¹⁵⁵⁸ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *ibid.*, spéc. 2142.41, *in fine*.

¹⁵⁵⁹ T. GENICON, Les causes d'exonération de la responsabilité civile, *ibid.*, spéc. 5, raisonnant en termes d'« *amont* » et d'« *aval* » et avec l'« *insurmontabilité* ».

synthèse suggérée¹⁵⁶⁰. Il faudrait donc encore concevoir que l'évènement imprévisible mais résistant ne soit pas exonératoire. En l'espèce, l'évènement dommageable correspond au remplacement du DIF par le CPF, il allait inévitablement se produire. Par contre, ses conséquences semblent avoir pu être évitées grâce aux mesures prises. Sur ce point, on relève une difficulté dans l'arrêt car si de telles mesures ont bien été prises, elles paraissent l'avoir été de concert par la victime et par l'auteur¹⁵⁶¹, et non pas seulement par l'auteur. Au-delà de la spécificité du cas d'espèce, cela témoigne d'une certaine rigidité des dispositions de la rupture brutale telle qu'elles sont applicables et appliquées, il n'appartiendrait qu'à l'auteur de rendre la rupture non-brutale. À travers leur solution, les juges donnent l'impression d'avoir soulevé le moyen de la force majeure afin d'exonérer l'auteur de sa responsabilité, sans vérifier que ses éléments constitutifs pouvaient être réunis. Pour nous, l'irrésistibilité fait défaut¹⁵⁶², en est-il de même pour l'extériorité ?

445. L'extériorité comme moyen d'attribution d'un risque au défendeur. Dans l'article 1253, l'extériorité se retrouverait dans l'expression « évènement échappant au contrôle¹⁵⁶³ ». Il semblerait donc que le caractère demeure¹⁵⁶⁴ ; même si pour le dire ainsi, il aurait encore fallu qu'il fût exigé antérieurement¹⁵⁶⁵. Pourtant, on rejoint la partie de la doctrine qui le considère comme inhérent à la force majeure. Elle le justifie en affirmant « qu'il est de la nature de la force majeure d'être une cause étrangère, donc extérieure à l'agent¹⁵⁶⁶ ». Mais saisir l'extériorité est très

¹⁵⁶⁰ L'article 153 projeté définit d'abord positivement la force majeure comme étant « l'évènement échappant au contrôle du défendeur ou de la personne dont il doit répondre ». Il poursuit ensuite négativement, avec une négation construite à partir de la conjonction de coordination négative « ni » qui, par définition, coordonne des constituants de même nature et de même fonction. Ce qui nous pousse à y voir des conditions cumulatives. Pour les faire clairement apparaître, on le réécrit de façon moins ramassée, au prix de répétitions, et en retirant « ni » : le débiteur doit ne pas pouvoir éviter la réalisation de l'évènement et ne doit pas non plus pouvoir éviter les conséquences de l'évènement.

¹⁵⁶¹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 12 sept. 2019, n°17/16758, *ibid.* : « L'appelante [l'organisme de formation] invoque vainement ne pas figurer sur le nouveau catalogue de formation communiqué par les intimées à leurs salariés, ce catalogue recensant les formations disponibles sans mentionner les sociétés les diligenterant [...] [l'entreprise de formation] ayant reconnu dans ses premières écritures en appel que pour tenir compte du passage au CPF, elle avait directement envoyé aux salariés du groupe l'Occitane son catalogue de formation, et faisant valoir avoir anticipé la baisse de son chiffre d'affaires en diversifiant son activité en 2014. Les intimées n'étant plus en mesure [de] passer commande auprès de [l'organisme de formation] à compter du 1^{er} janvier 2015 en application des nouvelles dispositions législatives, aucune rupture brutale de la relation commerciale établie ne saurait leur être imputée du fait du respect de cette législation, dont l'entrée en vigueur a également été anticipée par [l'organisme de formation] qui a pris l'initiative d'adresser directement son catalogue aux salariés des intimées et de diversifier son activité », on a souligné ce qui peut se laisser entendre comme l'une des mesures en partie réalisée par l'auteur : la communication du catalogue et quant à l'adverbe, il suggère que l'appelante, de même que l'ont fait les intimées, a anticipé l'entrée en vigueur.

¹⁵⁶² Le remplacement du DIF par le CPF semble imprévisible mais est résistant du fait des mesures prises par la victime et l'auteur pour parer ses effets et afin que la victime maintienne son activité (directement en envoyant les formations dispensées aux salariés, indirectement en diversifiant son activité).

¹⁵⁶³ On retrouve la même expression à l'article 1218 du Code civil. Il prévoit la force majeure en matière contractuelle en ces termes : « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un évènement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ».

¹⁵⁶⁴ T. GENICON, Les causes d'exonération de la responsabilité civile, *ibid.*, spéc. 6, exprimant un certain scepticisme au fait que l'on puisse rattacher l'extériorité à la formule « échappant au contrôle ».

¹⁵⁶⁵ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *ibid.*, spéc. 2142.81 : « La condition de l'extériorité semble avoir été abandonnée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en 2006 (Cass., ass. plén., 14 avr. 2006, n°s 04-18.902 et 02-11.168, préc. Supra n°2142-41), puisqu'elle ne retient que le diptyque de l'imprévisibilité et de l'irrésistibilité (...) ; mais ce n'est pas certain, car le communiqué de presse de la Cour de cassation sur les arrêts du 14 avril 2006 mentionna l'extériorité ».

¹⁵⁶⁶ *Ibid.*, spéc. 2142.81.

complexe¹⁵⁶⁷. Le Professeur Genicon relève que mal appréhendé, ce critère peut même faire doublon avec celui de l'irrésistibilité¹⁵⁶⁸. C'est pourquoi, il l'isole au moyen de son utilité. Selon lui, l'extériorité est un levier d'action politique (de politique juridique) par lequel le système juridique entend malgré tout imputer au défendeur l'évènement échappant à son contrôle mais relevant de sa sphère d'activité¹⁵⁶⁹. L'extériorité consisterait donc dans l'attribution d'un risque. Cela voudrait donc signifier que dans le cadre son activité, il appartient à l'entreprise de faire siens certains risques ; la question restant de savoir lesquels. Pour en connaître, on poursuit en s'intéressant aux crises traversées par les auteurs au cours de leur activité, car si certaines ont pu donner lieu à la reconnaissance d'un cas de force majeure ce n'est pas le cas de toutes.

2. L'extériorité dans les crises

446. La situation économique de l'entreprise ou du marché. En matière de ruptures brutales, il ressort de la jurisprudence que la force majeure est caractérisée avec exigence¹⁵⁷⁰. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 24 avril 2019 est ainsi l'une des rares¹⁵⁷¹ décisions qui la retienne. En l'espèce, un fabricant de produits sidérurgiques recourt aux services d'une entreprise, spécialisée dans l'emballage et la logistique dans ce même secteur. En 2014, le premier informe la seconde du lancement d'un appel d'offres en vue de la renégociation de ses accords tarifaires avec ses différents prestataires, dont cette dernière fait partie. En 2016, le fabricant réorganise son activité et ferme un site ; consécutivement, les relations entre les entreprises cessent. Le prestataire allègue une rupture brutale mais le tribunal de commerce de Lille Métropole a retenu que « *la crise économique mondiale dans la sidérurgie est responsable des difficultés [du fabricant] et que [celui-ci] n'a pas commis de faute* » et a « *constaté en conséquence l'existence d'une cause d'exonération de la responsabilité [du fabricant]* ». Sur ce point, les juges d'appel empruntent une formule, plus traditionnellement utilisée par la Cour de cassation, lorsque qu'elle exerce son contrôle¹⁵⁷², en indiquant que « *[le prestataire] rétorque toutefois à bon droit que celui qui invoque la situation économique de l'entreprise ou du marché comme cas de force majeure susceptible de permettre la résiliation des relations commerciales sans préavis, doit en démontrer le caractère imprévisible et irrésistible* ». Davantage que les éléments constitutifs de la force majeure, c'est la

¹⁵⁶⁷ T. GENICON, Les causes d'exonération de la responsabilité civile, *ibid.*, concédant que « *Quoique le sens exact du critère de l'extériorité n'ait certes jamais été parfaitement clair* ».

¹⁵⁶⁸ *Ibid.*

¹⁵⁶⁹ *Ibid.*

¹⁵⁷⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, J.-C. RODA, Droit de la concurrence, *ibid.*, spéc. 850, citant à l'appui CA Lyon, 3^e Ch. A, 1^{er} juill. 2011, n°10/02378, J.-D. n°2011-017054, arrêt dans lequel l'auteur faisait face à des difficultés économiques qu'il justifiait notamment depuis l'entrée en vigueur de plusieurs lois « *ayant ouvert le marché à une plus grande concurrence* ».

¹⁵⁷¹ N. MATHEY, Rupture de relations commerciales établies et force majeure, CCC n°11, nov. 2019, 181.

¹⁵⁷² J. BORÉ, L. BORÉ, La cassation en matière civile 2015/2016, juin 2015, 5^e éd., Dalloz, Dalloz Action, ISBN n°978-2-247-15593-4, spéc. 67.04.

distinction entre la situation économique de l'entreprise et celle afférente au marché qui nous intéresse et à partir de laquelle on poursuit.

447. Des causes endogènes et exogènes. L'extériorité est absente de la démonstration prescrite. C'est alors comme si elle était déjà observable dans les situations économiques désignées par les juges, leur est-elle inhérente ? On ne le pense pas car l'extériorité devrait être différemment appréhendée selon que celui qui invoque un cas de force majeure l'invoque à propos de la situation économique de son entreprise ou à propos de la situation économique du marché. En effet, dans le premier cas, la cause est endogène alors que dans le second elle est exogène. Pour l'expliquer autrement : si celui qui allègue la force majeure à propos de la situation de sa propre entreprise, il apparaît d'emblée que la cause ne peut lui être extérieure car elle provient de son entreprise. Cela viendrait au soutien d'une position adoptée par la jurisprudence : elle retient que la réorganisation de l'entreprise ne constitue pas un cas de force majeure¹⁵⁷³. Même à défaut d'être directement alléguée, les juges ferment cette voie aux auteurs qui tentent de se prévaloir des conséquences de leurs décisions de réorganisation¹⁵⁷⁴ ou de fermeture de site¹⁵⁷⁵. Ce qui nous met sur cette voie est l'emploi par les juges des expressions suivantes, respectivement pour les cas susvisés : « *[l'auteur] ne peut se soustraire* » et « *ne suffit pas à exonérer* ». De façon plus explicite, on citera encore deux arrêts. Dans le premier, les juges de la cour d'appel de Montpellier affirment que la cession par une société de ses fonds de commerce « *ne revêt pas un caractère imprévisible ou irrésistible pour [elle], mais au contraire, dépend uniquement de cette dernière*¹⁵⁷⁶ ». Dans le second, la décision prise par les actionnaires de liquider amiablement et de manière anticiper la société a été considérée comme une « *décision non extérieure* » à l'auteur¹⁵⁷⁷.

¹⁵⁷³ E. KERGUÉLEN, J.-L. FOURGOUX, L. DJAVADI, Les pratiques commerciales déloyales, 2021, Concurrences, ISBN n°979-10-94201-21-3, spéc. 587.

¹⁵⁷⁴ CA Montpellier, 1^{ère} Ch., Sect. B., 24 janv. 2006, n°04/05929, J.-D. n°2006-296241 : « *[l'auteur], qui fait partie d'un groupe international, ne peut se soustraire à cette obligation au paiement d'un préavis en invoquant des difficultés financières et des pertes ; qu'[il] doit supporter les conséquences de sa décision de réorganisation de sa production avec arrêt brutal de l'activité d'un prestataire de services cocontractant* ».

¹⁵⁷⁵ CA Amiens, 1^{ère} Ch., 1^{ère} sect., 21 juin 2012, n°11/01055, J.-D. n°Ø : « *La circonstance que la probable fermeture de l'usine du Plessis Belleville a été annoncée dans la presse locale par plusieurs articles parus entre le 24 novembre 2003 et les 12 décembre 2003, soit moins de deux mois avant la fermeture du site industriel, ne suffit pas à exonérer la SICA SAINT YVES de son obligation de prévenir son partenaire commercial et, par voie de conséquence, l'ensemble des sociétaires de la société CAPLESO de la rupture de leur relation commerciale sans respecter le préavis d'un an prévu contractuellement* ».

¹⁵⁷⁶ CA Montpellier, Ch. 02, Sect. A, 21 sept. 2004, n°02/02738, J.-D. n°2004-267461, et poursuivant en indiquant que les dispositions alors applicables « *procédant d'une intention de permettre au partenaire commercial qui n'est pas à l'initiative de la rupture de se préparer et de s'organiser en vue de la fin de ses relations commerciales, la rupture de la relation commerciale pour cession de ses activités ne justifie pas l'absence de préavis écrit* ».

¹⁵⁷⁷ CA Aix-en-Provence, Ch. 02, 05 oct. 2011, n°10/03682, J.-D. n°2011-022232 : « *Attendu qu'aucune circonstance, autres que la force majeure ou l'inexécution de ses obligations par un opérateur économique, ne permet à un second opérateur économique en relation commerciale établie avec le premier, de rompre brutalement cette relation et de se dispenser de donner un préavis écrit d'une durée suffisante ; que l'obligation de prévenance est générale ; qu'il s'ensuit que [l'auteur] ne peut pour justifier l'absence de tout préavis écrit et formel à la cessation de l'approvisionnement de [son partenaire] en produits, invoquer la décision prise par ses actionnaires de liquider amiablement et de manière anticipée la société ; qu'une telle décision non extérieure à [l'auteur]. ne revêt pas les caractères de la force majeure ; que, par ailleurs, les « très mauvais résultats économiques » évoqués dans le procès-verbal de l'assemblée des actionnaires pour motiver la décision ne sont nullement démontrés ; qu'il est encore moins démontré que [l'auteur]. n'avait pas les moyens d'assurer la production pendant la durée suffisante du préavis* ».

À l'inverse, la force majeure a été retenue lorsqu'un évènement extérieur, imprévisible et irrésistible a pu être caractérisé, à l'instar d'une grève¹⁵⁷⁸. La survenance de la pandémie de la Covid 19 a remis la notion au centre des attentions et particulièrement au sein des ruptures brutales qui, en certains secteurs, ont été nombreuses. Les juges de la Cour d'appel de Paris ont reconnu qu'elle constituait un cas de force majeure, mais au terme d'un arrêt critiquable sur plusieurs aspects.

448. La Covid 19 comme cas de force majeure circonstancié et exonératoire de responsabilité pour l'auteur spécialisé en assistance aéroportuaire. C'est sur le fondement du troisième alinéa de l'article L. 442-1, II du Code de commerce que les juges de la Cour d'appel de Paris ont reconnu que des circonstances liées à la pandémie de la Covid-19 relèvent de la force majeure¹⁵⁷⁹. En l'espèce, il s'agissait d'une relation entre une entreprise d'assistance aéroportuaire et l'entreprise à qui elle sous-traitait le nettoyage et l'armement d'une partie des avions long-courriers de la société Air France en escale à l'aéroport Roissy-Charles-de-Gaulle. Le 17 mars 2020 – jour d'entrée en vigueur des mesures de confinement¹⁵⁸⁰ – le donneur d'ordres suspend le contrat de sous-traitance ; le 8 juin suivant, il le résilie, à effet au 30 septembre. Le sous-traitant l'assigne le 31 juillet en référé à heure indiquée aux fins, en autres, de constater l'insuffisance du préavis accordé et de condamner le donneur d'ordres à la poursuite de leur relation, pendant vingt-quatre mois. Ces demandes ayant été déclarées irrecevables par les juges du tribunal de commerce de Paris, le sous-traitant a relevé appel de cette décision. Il invoque un dommage imminent et un trouble manifestement illicite. Ces chefs de saisine sont pour d'aucuns « *certainement solubles dans les « cas d'urgence » dont le juge des référés est traditionnellement saisi*¹⁵⁸¹ ». Mais l'intervention du juge est plus étendue en cas de dommage imminent ou de trouble

¹⁵⁷⁸ Cass. com., 09 oct. 2007, n°06-16.744, J.-D. n°2007-040805 : « *Mais attendu que l'arrêt retient qu'avant le déclenchement de la grève, [l'auteur] avait constaté qu'[il] était confronté à des difficultés insurmontables et que ses actionnaires avaient décidé sa liquidation anticipée, qu'[il] avait tenté toute mesure pour éviter le déclenchement d'une grève empêchant le plein respect du préavis, qu'[il] ne pouvait pas prévoir que le protocole d'accord signé par les représentants syndicaux de son personnel serait jugé insuffisant par celui-ci, ce qui paralyserait la production, et ne lui laisserait, compte tenu du fait qu'[il] se trouvait dans une situation voisine de l'état de cessation de paiement, aucun moyen pour le contraindre à accomplir les tâches nécessaires à la satisfaction des clients ; qu'en l'état de ces constatations dont elle a déduit que la grève constituait pour [l'auteur] un évènement extérieur imprévisible et irrésistible, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait ».*

¹⁵⁷⁹ CA Paris, Pôle 01, Ch. 08, 26 mars 2021, n°20/13493, J.-D. n°2021/004364. C. MOULY-GUILLEMAUD, Rupture brutale : La Cour d'appel de Paris admet que les conséquences de la crise liée au COVID-19 caractérisent un cas de force majeure exonératoire de la rupture brutale d'une relation commerciale établie (ACNA / GSF Aero), 26 mars 2021, Concurrences n°2-2021, art. n°101349. N. FERRIER, Concurrence – Distribution, janvier 2021- janvier 2022, D. 2022, p. 725.
Absence de généralisation de la solution (oui pour MG et L)

¹⁵⁸⁰ D. n°2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19, JORF n°0066 du 17 mars 2020, texte n°2, art. 1 : « *Afin de prévenir la propagation du virus covid-19, est interdit jusqu'au 31 mars 2020 le déplacement de toute personne hors de son domicile à l'exception des déplacements pour les motifs suivants [...] ».*

¹⁵⁸¹ N. CAYROL, Référé civil, in S. GUINCHARD, Rép. de procédure civile, nov. 2021, maj déc. 2021, spéc. 374 : « *Les cas de « dommage imminent » ou de « trouble manifestement illicite » sont certainement solubles dans les « cas d'urgence » dont le juge des référés est traditionnellement saisi : n'y a-t-il pas toujours urgence à prévenir un dommage imminent ou urgence à mettre fin au scandale que constitue un trouble manifestement illicite ? Du reste, le système des référés a bien fonctionné pendant quelques siècles sans connaître ce chef de saisine qui n'a été introduit en droit français que par un décret du 17 décembre 1973. Il ne s'agit donc pas d'une disposition essentielle, au sens où le référé n'existerait pas sans elle ».*

manifestement illicite¹⁵⁸² et c'est ce qui explique le choix de ces chefs de saisines. Le sous-traitant allègue l'insuffisance manifeste du préavis qui caractérise, selon lui, la rupture brutale et un trouble manifestement illicite. Quant au dommage imminent, il tient à « *l'inévitable situation de cessation des paiements dans laquelle [il] se trouverait en cas de rupture de la relation commerciale, étant dans une situation de dépendance économique totale à l'égard [du donneur d'ordres], avec qui [il] réalise 100% de son chiffre d'affaires* ». À commencer par le trouble manifestement illicite, les juges retiennent une relation établie entre les parties et enchaînent avec la description précise des circonstances relevant de la force majeure et autorisant la résiliation du contrat sans préavis¹⁵⁸³ ; se faisant, c'est encore sans caractériser la brutalité de la rupture qu'ils procèdent à l'exonération. L'autre incongruité à relever est la référence des juges au contrat des parties, contenant une clause de force majeure. En substance et *a priori* (la clause n'étant pas reproduite), elle visait différents événements auxquels le caractère de force majeure devait être reconnu, en dépit de revêtir les caractères d'imprévisibilité, d'irrésistibilité et d'extériorité ; parmi eux : les « *épidémies entraînant la suppression partielle ou totale de l'activité sur la plate-forme aéroportuaire* ». Les juges affirment alors que « *la pandémie de Covid-19 qui a frappé la planète en 2020 – et perdure encore à ce jour – relève à l'évidence de cette clause, autorisant la résiliation du contrat* ». Ils donnent ainsi l'impression de chercher à appuyer leur solution. Pour le leur faire dire autrement : la force majeure ne pouvait n'être que retenue puisque même les parties l'avaient conçue et prévue ainsi. Or, en la matière, les juges ne sont absolument pas liés par les stipulations contractuelles des parties, serait-ce quand l'auteur se prévaut d'avoir respecté le préavis contractuel. Ce qui fait écrire, sans ambages, au Professeur Loir que « *le véritable apport de l'arrêt réside vraisemblablement dans la reconnaissance de l'efficacité de la cause de force majeure, qui permet d'écarter le grief de rupture brutale*¹⁵⁸⁴ ». Il poursuit en prodiguant des conseils de rédaction, utilement adaptés aux spécificités de la matière. En effet, après avoir rappelé qu'elle dépasse le champ contractuel, la portée de la clause devrait être précisée pour pouvoir aussi englober cette hypothèse. Il concède alors qu' « *il n'est pas certain – malgré ce que pourrait laisser penser notre arrêt – que la clause de force*

¹⁵⁸² *Ibid.*, spéc. 375 : « (...) en « cas d'urgence » stricto sensu, l'article 834 du code de procédure civile ne permet au juge d'ordonner que des mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse. Au contraire, en cas de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite, selon l'article 835, alinéa 1^{er}, le juge peut « toujours » prescrire « toutes les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent » : « toutes les mesures », c'est-à-dire y compris celles qui pourraient se heurter à « une contestation sérieuse » ».

¹⁵⁸³ CA Paris, Pôle 01, Ch. 08, 26 mars 2021, n°20/13493, *ibid.* : « Cependant, ainsi que l'ensemble des pièces produites par la société Acna l'établissent avec toute l'évidence requise en référé, celle-ci a vu chuter son activité dans des proportions sans précédent, en raison de la crise sanitaire liée au Covid-19, qui a conduit, dans un premier temps, en mars 2020, à un confinement généralisé de la population puis, dans un second temps, à des mesures de restriction des déplacements. Dans ce contexte, le secteur de l'aviation est l'un des plus sévèrement touchés, des mesures drastiques de restriction des déplacements transfrontaliers ayant été prises dans le monde entier. Il peut être constaté, à la lecture des pièces produites, que la chute du trafic de passagers à Roissy-Charles-de-Gaulle s'est élevée à 66,8% en 2020 par rapport à 2019. Sont particulièrement concernés les vols long-courriers, seuls vols traités par GSF Aéro. Selon les chiffres publiés par Air France au 3^{ème} trimestre 2020, le nombre de passagers sur les long-courriers a chuté de 84% par rapport au 3^{ème} trimestre 2019. Ces circonstances relèvent de la force majeure prévue à l'article L. 442-1, II, précité, autorisant la résiliation du contrat sans préavis ».

¹⁵⁸⁴ R. LOIR, « 3. Clauses relatives à l'extinction du contrat – 11. Clause de force majeure », in J.-B. SEUBE (dir.), *Technique contractuelle*, JCP E n°28, 15 juill. 2021, 1358.

majeure insérée dans un contrat puisse toujours produire effet dans le cadre plus vaste de la rupture de la relation commerciale établie ». Le cas échéant, ce serait rendre les clauses forces majeures efficaces et les clauses de préavis inefficaces. En définitive, la force majeure étant rarement retenue, il est possible de s'en détourner car il n'est en fait pas nécessaire d'en passer par elle pour exonérer de sa responsabilité l'auteur de la rupture : des circonstances économiques pourraient suffire.

B. Les ruptures conjoncturelles

449. Atténuation ou création. La comparaison de deux arrêts de la Cour de cassation met en lumière des différences dans l'appréciation de circonstances économiques face à la reconnaissance de la brutalité. Dans celui du 1^{er} mars 2017, « *la Cour de cassation approuve les juges du fond de ne pas avoir tenu compte de l'évolution défavorable des circonstances économiques dès lors qu'elle ne présentait pas les caractéristiques d'un cas de force majeure*¹⁵⁸⁵ ». La solution est conforme aux dispositions applicables. Par contre, dans l'arrêt du 1^{er} décembre 2021, les juges du droit approuvent les juges du fond d'avoir « *pu retenir, sans avoir à caractériser les éléments constitutifs de la force majeure, que l'arrêt des commandes de photographies destinées au « catalogue papier » par la société La Redoute [au photographe] inhérente à un marché en crise, n'engageait pas la responsabilité de celle-ci*¹⁵⁸⁶ ». À défaut pour les juges de devoir caractériser la force majeure, l'ont-ils simplement atténuée ou ont-ils véritablement ajouté un nouveau cas exonératoire ? Pour y répondre, il faut se tourner vers la jurisprudence qui, au gré d'arrêts sporadiques, semblent avoir initié la prise en compte des circonstances économiques pour justifier que des ruptures puissent ne pas être considérées comme brutales (1). Est-ce là une tendance passagère ou appelée à se confirmer (2) ? On propose de recenser les éléments existants permettant d'opter.

1. La prise en compte progressive des circonstances économiques

450. Une jurisprudence en germe en réponse à l'incongruité des ruptures partielles. Après l'entrée en vigueur de la Loi Galland, de premiers commentaires doctrinaux ont tôt manifesté leur étonnement relativement aux ruptures partielles¹⁵⁸⁷. Elles détonnent. Si elles doivent être

¹⁵⁸⁵ N. MATHEY, Reprise de la relation après notification de la rupture, JCP E n°24, 15 juin 2017, 1330, pp. 36-38, spéc. p. 37.

¹⁵⁸⁶ Cass. com., 01 déc. 2021, n°20-19.113, F-D, J.-D. n°Ø.

¹⁵⁸⁷ J. BEAUCHARD, Stabilisation des relations commerciales : la rupture des relations commerciales continues, Petites Affiches n°2 du 05 janv. 1998, p. 14.

constituées par des baisses de commandes, ces dernières peuvent cependant trouver à être justifiées. « Une baisse de commandes peut être tout simplement due à une baisse d'achat des consommateurs sur tel ou tel produit ou à un changement de goût de la clientèle, à l'arrivée sur le marché de produits concurrents qui attirent la clientèle, au fait qu'un produit finisse par se démoder, etc... Il est indispensable qu'un distributeur puisse adapter ses commandes à la demande¹⁵⁸⁸ ». Contraintes par un tel impératif, il ne saurait ainsi être reproché aux entreprises des ruptures partielles. La jurisprudence s'engage progressivement, mais prudemment, dans cette voie.

À demi-mot, les juges admettent que l'évolution des besoins puisse justifier des diminutions au sein de courants d'affaires¹⁵⁸⁹. Leur position se révèle difficilement dans l'implicite et dans le raisonnement *a contrario*¹⁵⁹⁰ qu'il faut adopter. Pour autant, d'autres jurisprudences semblent avoir antérieurement ouvert la voie. En matière de pratiques anticoncurrentielles, les juges de la cour d'appel de Paris indiquent qu' « il ne peut être refusé à un distributeur toute possibilité de ralentissement ou de modulation des commandes et de lui imposer de s'approvisionner, quel que soit l'état du marché et de ses stocks, aux cadences antérieures¹⁵⁹¹ ». La pertinence du propos doit valoir qu'elle que soit la matière dans laquelle les pratiques sont considérées. Une cohérence d'ensemble serait ainsi assurée. Plus explicitement après cela, les juges relèvent que la conjoncture peut être défavorable, mais énumérée parmi d'autres causes, cela peut sembler nier qu'elle puisse à elle seule justifier une rupture partielle¹⁵⁹². Quelques années plus tard, l'aspect multi-causal est toujours présent mais les causes convergent toutes vers des impératifs d'ordre économique. Les juges ont reconnu que la baisse d'activité chez l'opérateur évincé ne peut être

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*

¹⁵⁸⁹ CA Douai, 2^e Ch., 15 mars 2001, n°1999/01301, J.-D. n°2001-150707. M. BÉHAR-TOUCHAIS, Réduction des commandes et rupture partielle des relations commerciales, RLC n°1, nov. 2004/janv. 2005, 41, pp. 51-53 : « Tout au plus peut-on relever dans les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel de Douai, d'un côté une approbation pour dire que la baisse du chiffre d'affaires équivaut à une rupture, mais d'un autre côté, un indice selon lequel cette rupture pourrait être justifiée par une baisse des besoins. Elle relève ainsi : « L'équipement des bijouteries, l'installation des systèmes GAAL dans les 16 hypermarchés qui n'étaient pas encore équipés, l'adaptation aux nouvelles normes des installations démontrent que les besoins de la société Auchan en matière de sécurité n'avaient pas pris fin en 1997 ».

¹⁵⁹⁰ Cass. com., 07 juill. 2004, n°03-11.472, J.-D. n°Ø. L.-M. AUGAGNEUR, La répercussion d'une baisse d'activité sur les fournisseurs et sous-traitants constitue-t-elle une rupture partielle des relations commerciales établies ? Ou comment la crise révèle un cas d'imprévision, JCP E n°18, 30 avr. 2009, 1446, spéc. 20 : « (...) la Cour de cassation a condamné, au titre de la rupture partielle des relations commerciales, une centrale d'achats qui avait réduit le prévisionnel de ses commandes auprès d'un fournisseur de vêtements. La Cour retient que la situation ne résulte pas du fait que « les collections présentées n'auraient en aucune manière satisfait aux tendances de la mode de la saison concernée ». Cette appréciation implique, a contrario, que si la centrale était parvenue à démontrer que l'offre était insusceptible de rencontrer un débouché, il n'aurait pas pu lui être reproché de rompre une relation commerciale portant sur une demande inexistante ».

¹⁵⁹¹ CA Paris, 1^{ère} Ch., sect. concurrence, 13 déc. 1995.

¹⁵⁹² CA Versailles, Ch. 12, sect. 01, 18 mai 2006, n°05/03952, J.-D. n°Ø : « Le tribunal a également considéré que la rupture ne pouvait être qualifiée de brutale dès lors que GIPEA avait été informée des difficultés de la conjoncture dès octobre 2021 et avait, par ailleurs, refusé toutes les propositions de discussion et d'étalement (...) Considérant que compte tenu du personnel employé par GIPEA à la fabrication des harnais, du chiffre d'affaires qu'elle réalisait en 2001 avec HISPANO SUIZA, des difficultés qu'elle manifestait à livrer des harnais dans les délais et de la conjoncture défavorable dans laquelle se trouvait l'industrie aéronautique à l'époque de la rupture, les différents préavis proposés par HISPANO SUIZA avec une réduction progressive du nombre de harnais à mettre en fabrication, constituaient ainsi que l'ont retenu les premiers juges un préavis écrit suffisant pour permettre à GIPEA de se réorganiser ».

imputée à l'auteur de la rupture en raison de la « *conjonction de plusieurs facteurs, une conjoncture économique défavorable, une évolution défavorable du marché [...] et de nouveaux choix de consommation*¹⁵⁹³ ». En 2013, la Cour de cassation s'appuie explicitement sur la crise économique et financière de 2008 et ses fortes répercussions sur les secteurs de la construction et des travaux publics pour établir que la rupture partielle d'un donneur d'ordres envers son sous-traitant n'avait pas été délibérée¹⁵⁹⁴. En commentaire, le Professeur Barbier fait remarquer que « *si la résolution du contrat pour imprévision n'est pas admise en droit français, la cessation précipitée de la relation commerciale pour imprévision semble bel et bien avalisée par cette décision*¹⁵⁹⁵ ». Depuis, l'imprévision a fait son entrée en droit français, à des conditions restrictives¹⁵⁹⁶, différentes de celles des justifications des ruptures brutales partielles.

451. Les temps de l'imprévision dans le contrat et des justifications dans les ruptures partielles. L'imprévision heurte la force obligatoire du contrat. La théorie de l'imprévision est séculaire¹⁵⁹⁷ et a nourri d'innombrables polémiques¹⁵⁹⁸. Si le Professeur Cabrillac fait observer que la jurisprudence a parfois annoncé, voire amorcé une évolution possible¹⁵⁹⁹, le Professeur Thibierge relève que « *le Rubicon a été franchi en 2016*¹⁶⁰⁰ ». L'introduction de la révision judiciaire du contrat par le juge dans le Code civil tient de la révolution tandis que le Professeur Mathey indique que « (...) dès lors que la notion de relation commerciale établie dépasse le cadre formel du contrat traditionnel, une prise en compte des circonstances économiques pour en apprécier l'existence comme la rupture semble dans l'ordre des choses¹⁶⁰¹ ». Mais face à ce qui semble aller de soi il faut faire montre de prudence. On revient très succinctement sur les conditions de mise en œuvre de la révision judiciaire pour comparer avec l'admission de justifications aux ruptures brutales partielles du fait de circonstances économiques.

L'accès au juge. L'article 1195 du Code civil décrit le processus au terme duquel « *le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il*

¹⁵⁹³ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 22 oct. 2014, n°14/11427, J.-D. n°2014-0253320.

¹⁵⁹⁴ Cass. com., 12 fév. 2013, n°12-11.709, J.-D. n°2013-002133.

¹⁵⁹⁵ H. BARBIER, RTD Civ. 2013, p. 375, Le poids de la crise dans l'appréciation de la rupture des relations commerciales, ou l'irruption du contexte économique dans l'article L. 442-6, RTD Civ. 2013, p. 375.

¹⁵⁹⁶ Le Lamy Droit du Contrat [en ligne], maj juin 2022, spéc. n°1876.

¹⁵⁹⁷ J. MAGNAN DE BORNIER, La théorie de l'imprévision, Paris, Jouve & Cie, éd., 1924, spéc. p. 1 : « *Le mot imprévision convient assez mal pour désigner la théorie juridique qui s'est développée au cours de ces dernières années sous le nom de « théorie de l'imprévision ».*

¹⁵⁹⁸ L. THIBIERGE, Les effets du contrat, AJCA 2018, p. 266.

¹⁵⁹⁹ R. CABRILLAC, Perspectives d'évolution du droit français en matière d'imprévision à la lumière du droit comparé, in Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi, sept. 2013, Dalloz, ISBN n°978-2-247-13199-0, pp. 227-237.

¹⁶⁰⁰ L. THIBIERGE, *ibid.*

¹⁶⁰¹ N. MATHEY, Les circonstances économiques peuvent justifier la rupture de la relation commerciale, CCC n°4 avr. 2019, 66.

*fixe*¹⁶⁰² ». Avant d'y arriver, les dispositions organisent un système complexe « *afin de préserver le plus longtemps possible les chances de parvenir à une solution recueillant l'accord des parties*¹⁶⁰³ ». Le choix a été fait de privilégier des solutions d'esprit consensuel¹⁶⁰⁴. Plusieurs étapes précèdent donc l'action du juge sur le contrat. Ce n'est pas ce que l'on observe en matière de rupture brutale. L'accès au juge est plus direct et ce, pour la bonne raison que les parties ne sont déjà plus en relation. À l'opposé, le premier alinéa de l'article 1195 prévoit *in fine* que la partie qui demande une renégociation « *continue à exécuter ses obligations durant la renégociation* ». La situation n'est pas du tout la même et les intentions des parties sont complètement différentes. Dans le cadre contractuel, c'est toujours liées par leur contrat que les parties sont incitées à le modifier pour qu'il tienne compte de nouvelles circonstances tandis que ces dernières sont directement présentées au juge dans le cadre d'une action élevée sur les dispositions de la rupture brutale, opposant alors les parties. Il reviendrait plus directement au juge dans le cadre d'une action en rupture brutale d'apprécier le changement des circonstances imprévisibles.

Le temps et les auteurs des modifications. La réception de la théorie de l'imprévision s'est faite dans un temps long. Rien de tel du côté de la rupture brutale. La récence du texte l'empêche. De ce point de vue, les hésitations jurisprudentielles précédemment relevées ont été plutôt brèves avant que les juges du droit admettent que les circonstances économiques puissent venir justifier une rupture brutale. Le législateur a inséré l'imprévision dans le Code civil tandis que la jurisprudence a été à l'initiative d'un nouveau cas exonératoire de responsabilité de l'auteur de rupture, la différence est telle que l'on peut s'interroger sur sa légitimité. C'est la réécriture d'un texte dont il s'agit, une pure création prétorienne face à un travail législatif mobilisateur. Cette évolution à marche forcée doit-elle emporter un assentiment total ou doit-il s'accompagner de réserves ?

¹⁶⁰² C. civ., art. 1195 : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

¹⁶⁰³ G. GOUBEUX, P. VOIRIN, Droit civil, Lextenso, 42^e éd., 2022, spéc. 1055

¹⁶⁰⁴ J. MESTRE, Le bonheur contractuel ! AJCA 2016, 105 : « *[L'ordonnance] introduit aussi la révision du contrat pour imprévision en incitant les parties à négocier elles-mêmes, par la menace de l'intervention éventuelle d'un juge qui a finalement reçu le pouvoir, à la différence de ce que prévoyait le projet d'ordonnance, d'adapter le contrat au changement de circonstances. Et elle admet encore nombre de solutions d'esprit consensuel (...)* ».

2. Une création ambivalente

452. Une solution cohérente avec les dérives relevées dans l'application des dispositions. Le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance du 24 avril 2019 signale plusieurs dérives dans l'application des dispositions de la rupture brutale, telle qu'elles résultent de l'interprétation jurisprudentielle¹⁶⁰⁵. Plusieurs d'entre elles paraissent pouvoir, non être résolues, mais du moins saisies avec les ruptures conjoncturelles. Lorsqu'il est reproché aux dispositions d' « avoir pour effet d'imposer aux entreprises de rester en relation avec des partenaires pendant de très longs préavis même si leurs offres commerciales ne correspondaient plus aux conditions du marché », un décalage est mis en évidence. L'observation d'un préavis contraint l'auteur à rester avec son partenaire alors que ce dernier ne paraît plus en mesure de lui procurer ce dont il a besoin pour la poursuite de son activité. On est même prêt à penser que l'écoulement de ce temps de préavis creuse davantage l'écart ; si bien qu'au terme de celui-ci c'est la double peine pour l'auteur. D'une part, il doit tenter de combler l'écart (s'il est encore temps) et, d'autre part, il risque d'être poursuivi pour rupture brutale si son partenaire estime le préavis accordé insuffisant. Pour ne revenir que sur le premier aspect, on parle couramment de virages pour évoquer les changements modifiant profondément les marchés : des plus prégnants avec de nouveaux paradigmes, à l'instar de la mondialisation¹⁶⁰⁶, aux nouvelles organisations (l'économie circulaire¹⁶⁰⁷, les plateformes¹⁶⁰⁸) et aux nouvelles technologies (hier le numérique¹⁶⁰⁹, aujourd'hui

¹⁶⁰⁵ Rapp. au Président de la République relatif à l'ord. n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux pratiques prohibées (ci-après le Rapport), JORF n°0097 du 25 avr. 2019, texte n°15, sous « Préciser les modalités du préavis en ce qui concerne la pratique consistant à rompre brutalement une relation commerciale établie ».

¹⁶⁰⁶ N. A. CHAMPROUX, F. TORRES, La mondialisation des entreprises françaises, phénomène d'histoire globale, chantier d'histoire au présent à ouvrir, *Revue française d'histoire économique*, 2021/1 (N° 15), p. 6-13. DOI : 10.3917/rfhe.015.0006, décrivant la mondialisation des années 1980 comme un des phénomènes majeurs de cette fin de siècle, tout comme la première l'avait aussi été au dix-neuvième siècle. D. BARJOT, Le virage manqué. 1974-1984 : ces dix années où la France a décroché », *Revue française d'histoire économique*, 2021/1 (N° 15), p. 198-210. DOI : 10.3917/rfhe.015.0198, se référant à l'ouvrage de MM. M. HAU et F. TORRES (dont le titre sert d'intitulé à l'article) qui relève l'année 1974 comme un « virage fondamental : essoufflement de la croissance occidentale, soudain endettement soviétique, retour de Deng Xiaoping au pouvoir, ouverture du Tokyo Round » (p. 198).

¹⁶⁰⁷ J.-F. VENNE, « Comment le monde prendra-t-il ce virage ? », *Gestion*, 2020/4 (Vol. 45), p. 64-67, DOI : 10.3917/riges.454.0064, à propos de l'économie circulaire : « Le degré de circularité de l'économie mondiale en 2020 est nettement resté sous la barre des 10%, selon un rapport de Circle Economy, un organisme de promotion de l'économie circulaire basé aux Pays-Bas. La logique linéaire « extraction-fabrication-déchets » reste inhérente à la plupart des modèles d'affaires. Circle Economy souligne le rôle que devront jouer les gouvernements nationaux pour renverser cette tendance ».

¹⁶⁰⁸ M. BACACHE-BEAUVALLET, M. BOURREAU, *Économie des plateformes*. La Découverte, « Repères », 2022, ISBN : 9782348075353. URL : <https://www-cairn-info.passerelle.univ-rennes1.fr/economie-des-plateformes--9782348075353.htm>, spéc. introduction pp. 3-11, « De l'économie de l'information à l'économie des plateformes ».

¹⁶⁰⁹ M. MOUSLI, Kodak, la photographie pour tous *Alternatives Économiques*, 2011/11, n° 307, p. 94-94. DOI : 10.3917/ae.307.0094 : « George Eastman a révolutionné la photographie dans la première moitié du XXe siècle, grâce à une production de masse, une publicité efficace et de brillants chimistes. Mais l'entreprise a raté le virage du numérique ». S. JUTEAU, La mise en place d'un drive dans la grande distribution à l'épreuve d'un jeu de logiques institutionnelles », *Innovations*, 2022/2 (n° 68), p. 135-164. DOI : 10.3917/inno.pr2.0126 : « le Drive est bien un virage du numérique pour cette enseigne de Grande Distribution ».

la 5G¹⁶¹⁰, déjà la blockchain¹⁶¹¹). Tous les virages ont un sens évocatoire commun : celui du mouvement. Et on voit naître la contradiction de vouloir figer des relations dans une dynamique incessante. Dans le paradigme actuel, c'est complètement contre-intuitif. Cela rejoint une autre dérive consistant dans l'inertie : « *ce texte qui n'existe pas dans d'autres pays est souvent détourné de son objet initial, l'augmentation de la durée des préavis et le coût des indemnités n'incitant pas les partenaires à faire jouer la concurrence même lorsque celle-ci serait in fine bénéfique pour le consommateur* ». La libre-concurrence doit s'exercer mais la portée des dispositions est telle qu'elle est en bloque certains rouages. La prise en compte des ruptures conjoncturelles semble en cela répondre aux préoccupations du Rapport, résumées globalement dans la poursuite de l'« *efficience économique* ». Toutefois il n'est pas certain que cette modification puisse à elle seule y parvenir car d'autres sont toujours délaissés.

453. La bilatéralité dans la rupture brutale. L'entreprise évincée risque peu à tenter de faire valoir l'insuffisance du préavis qui lui a été accordé¹⁶¹². En ce sens, le Rapport fait remarquer que « *compte tenu de la jurisprudence fluctuante en matière de fixation des indemnités, le partenaire dont le contrat est en voie d'être rompu peut avoir intérêt à engager une action en réparation quelles que soient par ailleurs les circonstances de la rupture (ce qui conduit à une inflation du nombre de procédures devant les tribunaux)* ». Pour nous, il faut élargir le spectre des raisons pouvant pousser l'entreprise évincée à agir. Avant même d'en venir à la fixation des indemnités, il faut reconnaître qu'elle peut le faire sans courir le risque qu'on lui reproche de ne pas avoir été en mesure de fournir le produit ou la prestation en adéquation avec le marché. Mais les juges de cassation, dans leur arrêt du 1^{er} décembre 2021, montrent plus de sévérité en affirmant que « *le partenaire commercial n'a pas un droit à une relation inchangée et ne peut refuser toute adaptation commandée par l'évolution économique*¹⁶¹³ ». Leur solution fait écho au Rapport, indiquant qu' « *il apparaît aujourd'hui impératif de rechercher un nouvel équilibre des intérêts en présence dans un souci d'équité, de cohérence, d'efficience économique et, plus simplement, pour*

¹⁶¹⁰ K. SALAMATIAN, Trump contre Huawei : enjeux géopolitiques de la 5G, Hérodote, 2020/2-3, n° 177-178, p. 197-213. DOI : 10.3917/her.177.0197, spéc. p. 200 : « *Le contrôle de la technologie sous-jacente à la 5G devient donc un objectif qui a une dimension économique colossale, mais qui a aussi, comme nous le verrons par la suite, des dimensions stratégiques importantes. Pour comprendre ces enjeux stratégiques, il est nécessaire d'explicitier ce que représente le virage technologique de la 5G, et de l'inscrire dans une perspective historique des conflits qui ont présidé à l'émergence des générations précédentes de communications mobiles* ».

¹⁶¹¹ Ph. RODRIGUEZ, La naissance d'une économie pair-à-pair, in Ph. RODRIGUEZ (dir.), La Révolution Blockchain. Algorithmes ou institutions, à qui donnerez-vous votre confiance, Paris, Dunod, « Hors collection », 2017, p. 11-33, spéc. p. 31 : « *Les acteurs économiques commencent à s'y prêter – les organisations privées non marchandes ont fait un premier pas en actant une plus grande décentralisation de leur gouvernance. Ce sera, demain, le tour des entreprises privées, puis des organisations publiques, voire régaliennes, d'amorcer ce virage vers une plus grande participation des citoyens dans le cadre d'un modèle davantage décentralisé. Une économie du partage, de la participation, de la collaboration pourra alors émerger, fondée sur une gouvernance de l'ensemble des participants et sur une infrastructure à la fois numérique et technologique. La blockchain sera le rouage essentiel de cette nouvelle économie* ».

¹⁶¹² N. GILE, La rupture brutale d'une relation commerciale établie : les dégâts collatéraux causés aux entreprises françaises par une loi dévoyée, Gaz. Pal. n°234 du 22 août 2015, p. 6.

¹⁶¹³ Cass. com., 01 déc. 2021, n°20-19.113, F-D, J.-D. n°Ø.

permettre à la concurrence entre fournisseurs de s'exercer, sans protéger excessivement certains acteurs économiques en place par rapport à leurs concurrents ». Pour nous, la protection à l'excès ne naît pas d'un déséquilibre des intérêts en présence mais plutôt d'une unilatéralité. Elle est de mise dans l'application des dispositions : tout repose manifestement du côté de l'auteur, et, inversement « *la victime n'aurait plus rien à perdre et même tout à gagner, si l'on en croit l'épaisse jurisprudence rendue en la matière*¹⁶¹⁴ ». On l'a aussi vu avec l'appréciation de la brutalité car la prévisibilité ne rentre pas en ligne de compte. Le mouvement inhérent au marché impose de revoir la conception de la prévisibilité qui devrait s'exercer de part et d'autre de la relation. Et c'est ce qui se passe en réalité, pour revenir brièvement sur le remplacement du DIF par le CPF, on a constaté que l'organisme de formation n'avait adopté une attitude attentiste, il a pris des décisions pour maintenir son activité. Un autre arrêt de la Cour d'appel de Paris semble confirmer que la prévisibilité puisse être partagée entre les parties à la relation¹⁶¹⁵. En l'occurrence, des équipementiers automobiles iranien et français étaient en relation depuis 1999. Il a été observé que « *peu de pays ont subi un aussi grand nombre de sanctions que l'Iran*¹⁶¹⁶ ». Plusieurs trains de mesures ont été pris depuis 1979¹⁶¹⁷. C'est dans ce contexte que les échanges entre les entreprises ont baissé significativement. L'une et l'autre l'ont justifié par l'application des sanctions si bien que les juges retiennent qu'elles ont « *chacune manifesté leur volonté de rompre leurs relations commerciales établies compte tenu de cette situation, [et] ont donc, d'un commun accord, rompu celles-ci sans préavis*¹⁶¹⁸ ». C'est ainsi faute de pouvoir imputer la rupture à l'une ou à l'autre que les juges affirment que la rupture brutale des relations commerciales n'est pas caractérisée¹⁶¹⁹. Ils ont une nouvelle fois utilisé l'imputabilité, empêchant de retenir un auteur parmi les deux entreprises. Mais ce faisant, ils excluent chacune d'elles, si bien qu'il n'y aurait pas d'auteur alors que le commun accord laisse à penser qu'il y a en fait deux. Ce qui pourrait être vu comme une résistance de leur part de ne pas partager la prévisibilité ou la rupture est en fait une limitation propre aux pouvoirs du juge : « *il est tenu d'appliquer le texte et de juger en droit et non en*

¹⁶¹⁴ K. MAGNIER-MERRAN, La réparation du préjudice né de la rupture brutale d'une relation commerciale établie : autopsie du principe de réparation intégrale, AJCA 2019, 56.

¹⁶¹⁵ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 24 janv. 2019, n°17/04176, J.-D. n°2019-000775.

¹⁶¹⁶ T. COVILLE, Les sanctions contre l'Iran, le choix d'une punition collective contre la société iranienne ? Revue internationale et stratégique, 2015/1, n° 97, p. 149-158. DOI : 10.3917/ris.097.0149, spéc. p. 149.

¹⁶¹⁷ *Ibid.*, spéc. p. 150 et s. : « [...] c'est à partir de 2006, du fait de la crise sur le nucléaire iranien que les sanctions [ont été] amplifiées ». Les premières résolutions prises y sont afférentes mais les États-Unis d'Amérique étendent les mesures et interdisent à partir de 2013 toute transaction avec le secteur automobile. Après l'échec de leurs négociations avec l'Iran, les Européens suivent.

¹⁶¹⁸ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 24 janv. 2019, *ibid.*

¹⁶¹⁹ *Ibid.* : « Cette rupture n'est spécifiquement imputable ni à la société Crouse, qui s'est bornée à réduire son volume d'activité compte tenu de l'application des sanctions à l'Iran, n'étant en outre tenue à aucun volume minimum de commandes, ni à la société Dav, qui s'est contentée d'invoquer les difficultés liées au décret dit Obama rendant impossible le maintien des relations commerciales ».

*équité*¹⁶²⁰ ». En définitive, ce n'est pas à la jurisprudence d'orienter les dispositions pour parer aux dérives identifiées car elle n'est pas à l'abris d'en ajouter d'autres.

454. Les ruptures conjoncturelles indirectes. La souplesse avec laquelle la jurisprudence prend en compte les contextes économiques difficiles pour les assimiler à des moyens d'exonération¹⁶²¹ doit induire une certaine méfiance. La doctrine invite à « *distinguer le cas d'une entreprise qui subit réellement la crise de celle qui profite de l'occasion pour se désengager* » et ajoute que « *l'ampleur de la crise est juste un indice et l'on ne saurait prétexter une situation économique difficile ne touchant pas l'ensemble d'un marché*¹⁶²² ». Le lien entre le marché en crise et l'activité touchée devrait être établi : un lien de cause à effet, sans tomber dans le piège de la corrélation, qui bornerait à constater des variations semblables pour des faits différents, poussant alors à les relier alors que ce lien peut en réalité être complètement absent. Le rattachement ne doit pas avoir la force de l'évidence d'autant que les crises se suivent¹⁶²³ et il sera alors toujours loisible aux entreprises de les invoquer.

455. Un travail législatif. Le Rapport a identifié les dérives mais il n'est pas certain que les modifications apportées aux dispositions puissent véritablement permettre de s'en détourner. En reconnaissant les ruptures conjoncturelles comme un nouveau cas exonératoire de responsabilité, les juges sont à l'origine d'une création ambivalente : à la fois salvatrice et à la fois délétère. Mais, à l'instar de l'imprévision, ce n'est pas aux juges de procéder aux adaptations. À ce stade, les dispositions doivent encore être questionnées pour savoir si un nouveau travail législatif doit être entrepris.

*
**

¹⁶²⁰ N. GILE, La rupture brutale d'une relation commerciale établie : les dégâts collatéraux causés aux entreprises françaises par une loi dévoyée, Gaz. Pal. n°234 du 22 août 2015, p. 6.

¹⁶²¹ M.-A. FRISON-ROCHE, J.-C. RODA, Droit de la concurrence, *ibid.*, spéc. 851.

¹⁶²² *Ibid.* Dans le même sens : N. MATHEY, Les circonstances économiques peuvent justifier la rupture de la relation commerciale, CCC n°4 avr. 2019, 66, ajoutant « (...) que si l'existence d'une crise peut être prise en considération pour apprécier l'existence d'une rupture brutale de relations commerciales, elle n'exclut pas nécessairement que la rupture soit tout de même imputable à l'une des parties. En effet, il n'est pas impossible que, outre les circonstances économiques, d'autres considérations aient motivé la rupture. Il reste que la recherche des motifs de la rupture risque d'être une source de complication difficilement maîtrisable. Non seulement, la preuve risque d'être difficile à rapporter mais cela dépasserait la raison d'être des dispositions de l'article L. 442-6, I, 5°. Sans doute, serait-il préférable dans ce cas de se placer sur le terrain de l'abus ».

¹⁶²³ C. M. REINHART, K. S. ROGOFF, This time is different : a panoramic view of eight centuries of financial crises, National Bureau Of Economic Research, Cambridge, 2008, URL : https://www.nber.org/system/files/working_papers/w13882/w13882.pdf, consulté le jeu. 09 juin 2022, spéc. p. 53, « As Kindelberger wisely titled the first chapter of his classic book "Financial Crisis: A Hardy Perennial" » (ledit intitulé peut se traduire comme suit : « Crise financière : une plante vivace rustique ». E. GARESSUS, De l'an 1200 à nos jours, les crises se suivent et se ressemblent, Le Temps, n°3147, jeu. 17 avr. 2008, « La première conclusion de l'étude de Kenneth Rogoff et Carmen Reinhart tient à l'universalité des crises depuis huit cents ans ».

Conclusion du chapitre 2

456. Expliquer les conceptions prétoriennes extensives de la brutalité et de ses cas exonératoires. Conformément aux dispositions légales, la brutalité est caractérisée à défaut de préavis écrit ou lorsqu'il est insuffisant eu égard à la relation établie rompue. Elles prévoient aussi que la rupture brutale puisse être totale ou partielle. Autant de cas de figure à partir desquels les juges ont eu à reconnaître la licéité ou l'illicéité des ruptures. Intransigeants sur le formalisme imposé, ils ont caractérisé la brutalité de ruptures alors que certaines d'entre elles étaient prévisibles. La situation peut sembler paradoxale, mais en définitive le formalisme éviterait les volte-face de l'auteur. Lorsqu'il avertit d'une rupture, son intention doit être univoque et ne pas être traversée de velléités. Étant donné que la qualité d'auteur n'a jamais été réservée aux distributeurs, diverses autres entreprises ont été assignées, à qui des ruptures partielles ont été reprochées. Les juges ont dès lors admis que les diminutions significatives ou les modifications substantielles, relevées au cours d'une relation établie, pouvaient les caractériser ; avec toute la largesse d'appréciation que cela requiert de leur part. Les entreprises composent avec les fluctuations d'activité, sans pour autant vouloir sciemment causer des ruptures partielles. Elles peuvent se prévaloir des cas exonératoires. Mais, une nouvelle fois, les juges en livrent leur appréciation propre. En exigeant une faute grave, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations, ils dépassent la lettre des dispositions. Ils font même œuvre de création, avec ce qui pourrait être perçu comme l'atténuation d'un cas de force majeure, mais qui semblerait davantage être un nouveau cas exonératoire de responsabilité, que l'on a désigné comme « les ruptures conjoncturelles ».

*

**

Conclusion du titre 2

457. Défier les apparences. Les choix rédactionnels du législateur ont permis aux juges de laisser leur empreinte sur les notions contenues dans les dispositions. La *relation établie* et la *rupture brutale* sont formées à partir de termes issus du vocabulaire courant. Ils semblent leur conférer une compréhension qui paraît alors aisée, des plus accessibles à tous, mais cette apparence est des plus trompeuses.

458. La définition prétorienne et tronquée de la relation établie. À défaut d'avoir été définie, les juges ont dû caractériser la relation établie. Leur explication figure dans le rapport annuel de la Cour de cassation et consiste en un trinôme d'adjectifs : « *suivi, stable et habituel* ». La définition d'un adjectif au moyen de trois autres a donné lieu à des pondérations et à l'utilisation de

synonymes. Les variations jurisprudentielles consécutives ont néanmoins confirmé la plasticité de la relation établie, surtout qu'elle n'a pas à être formalisée. Sur cet aspect, on a proposé une démonstration à contre-courant de l'état du droit positif, convaincus qu'il y a davantage de raisons de rechercher la relation établie à partir des contrats plutôt que de les tenir à distance, et pis, de les ignorer. En faisant ainsi, cela a permis non seulement de constater que c'était possible, mais aussi d'appréhender plus précisément *l'anticipation raisonnable*, encore désignée comme étant la *stabilité prévisible*. Elle est mesurable dans une succession de contrats à durée déterminée. Cela tend à réhabiliter le terme extinctif, qui y est malmené. Et ce n'est pas le seul à l'être : avec la fiction de continuation, les juges désincarnent la relation établie. Elle ne lie plus les entreprises qui y étaient partie à l'origine, mais celles qui ont pu leur succéder. De façon diamétralement opposée, les juges refusent d'appliquer la notion de relation établie quand des parties ont le moyen de la précariser. La notion vacille entre des applications extensives et limitatives, qui sont autant d'interprétations jurisprudentielles, caractéristiques d'une matière au plus haut degré casuistique et d'une notion malléable, comme l'est aussi la brutalité.

459. Les conceptions prétoriennes pléthoriques de la brutalité et de la non-brutalité. Les dispositions prévoient une double dimension de la rupture : totale ou partielle. Toutes deux doivent impérativement être précédées d'un préavis suffisant. À défaut elles sont brutales, et donc illicites. Le préavis doit être écrit et univoque, empêchant ainsi l'auteur de revenir sur sa décision. Ses formes ont évolué et se sont ainsi adaptées à la vie des affaires. Il reste que celle-ci ne peut pas constamment s'accompagner d'un aspect formel, si bien que des diminutions significatives du volume d'affaires, des modifications substantielles dans la relation établie ont pu caractériser des ruptures partielles, alors qu'elles peuvent tout autant traduire le besoin de l'auteur d'adapter son activité aux conditions du marché, dont à une demande versatile. Mais si les juges semblent enclins à tempérer certaines de ces situations, c'est en prenant en considération les circonstances économiques, qu'ils envisagent dès lors comme un nouveau cas exonératoire de responsabilité. Il s'ajoute à celui de la force majeure. Il aurait pu en être une atténuation, mais même en le considérant ainsi, c'est également y porter atteinte. L'autre cas d'exonération consiste dans l'inexécution par l'autre partie de ses obligations, lequel a aussi été réécrit par les juges : ils exigent un manquement grave alors que la lettre ne le précise aucunement.

Conclusion de la première partie

460. Une pratique modelable avant d'être modelée. Avant de pouvoir affirmer que la pratique a été modelée, il a fallu rassembler les éléments qui lui ont permis de l'être. On a relevé qu'ils pouvaient être rattachés aux choix rédactionnels du législateur. Plus précisément, cela a consisté à mettre en évidence certains aspects particuliers et propres à la rédaction des dispositions étudiées. C'est un aspect primordial dont on a fait un point d'ancrage, et à partir duquel l'expansion de la pratique peut être expliquée. Ces deux temps, de création et d'évolution, ont été envisagés successivement, sans que le second ne puisse en définitive se passer du premier.

461. Les mots du législateur. Dans un premier temps, « à l'état brut », on sait que les dispositions ont subi diverses influences mais que pour autant elles empruntent une terminologie généraliste. Les termes ne sont pas à proprement parler juridiques. Issus du vocabulaire commun, il n'en reste pas moins que mis ensemble, ils ont créé deux notions : la relation commerciale établie et la rupture brutale. La relation commerciale établie n'est pas le contrat. Ce dernier est absent des dispositions. Il a toutefois été possible de mener la démonstration de la relation établie à partir des contrats. La rupture brutale n'est pas la rupture abusive, la rupture est brutale en l'absence de préavis ou lorsque le préavis est insuffisant. Les mots constituent la matière première du droit, ensemble ils forment les différentes parties d'une règle, composée de l'hypothèse et de l'effet. En l'occurrence, les deux notions forment deux sous-hypothèses car pour engager la responsabilité de l'auteur, l'entreprise évincée doit au préalable démontrer être partie à une relation établie avec l'auteur et démontrer que ce dernier l'a brutalement rompue. L'explication livrée à partir des dispositions est limpide mais les applications auxquelles elles ont donné lieu ont nécessité de la part des interprètes un travail d'approfondissement, que l'on a analysé afin de mettre en exergue les empreintes qu'ils y ont laissées.

462. Les mots du législateur interprétés par le juge. Dans un second temps, les juges ont façonné les notions. Ils ont appliqué les dispositions à des *hypothèses extrêmement variées* car les notions se sont révélées être plastiques. Cette propriété se révèle au gré des applications. Ces dernières n'ont été ni forcées ni *contra legem* mais ont livré de nombreuses précisions. Les dispositions trouvent indistinctement à s'appliquer à une centrale d'achat qui a déréférencé un producteur ou au client professionnel d'une agence de communication qui ne l'a pas retenue pour un énième projet alors qu'elle l'avait été plusieurs fois auparavant. Il n'y a pas un cas où l'application est plus légitime. Les dispositions permettent de les inclure tous deux car leur rédaction le permet. Ce n'est d'ailleurs pas seulement ce qui figure dans le texte qui a permis aux applications de s'étendre, c'est aussi ce qui n'y figure pas. L'indétermination des victimes peut être perçue comme un défaut de conception, une incomplétude des dispositions. La logique veut que

c'est l'autre partie à la relation établie avec l'auteur déterminé qui va agir, mais elle est contrariée si la relation n'est pas seulement bilatérale. Ce vide laissé par le législateur a donné la possibilité au juge de le compléter, et ce, au fur et à mesure que les parties en demande se pressaient devant lui. Il est possible que ce vide ne soit jamais peut-être susceptible d'être comblé. Représente-t-il un risque ou une opportunité ? À ce stade de la recherche, cela peut encore être l'un ou l'autre.

SECONDE PARTIE : UNE PRATIQUE DÉFORMÉE

463. D'un objectif particulier à un objectif général. La rupture brutale des relations établies s'inscrit à l'origine, spécialement, dans la lutte contre les déréférencements et, généralement, dans la moralisation des relations entre entreprises. Le premier objectif, non-atteint, aurait dû l'être par l'imposition de modifications dans les comportements et dans les structures, des distributeurs organisés. Le second objectif se veut plus global. Toutes les entreprises peuvent être concernées, étant entendu qu'il faut impérativement se défaire d'une vision purement manichéenne, dans laquelle les pratiques déloyales ne pourraient être le fait que de certaines d'entre elles. Toutes doivent être incitées à la réalisation de second objectif, encore faut-il qu'elles soient toutes mises en mesure de le faire.

L'auteur a l'obligation de respecter un préavis avant de rompre une relation établie. Cette dernière, en tant que notion, est de mieux en mieux identifiée, bien qu'elle dissimule encore quelques aspects, qui peuvent dès lors lui échapper. S'il s'y sait toutefois partie, il devra estimer, et respecter, un préavis suffisant avant d'y mettre fin. Peut-il le faire ? En identifiant ce qui pourrait manifestement l'en empêcher, les conséquences pour lui sont nécessairement néfastes car il s'expose conséquemment à une action contentieuse. Dans celle-ci, le préjudice à réparer correspond aux conséquences de la brutalité de la rupture, et non aux conséquences de la rupture elle-même. La différence est ainsi marquée, mais il n'est parfois pas évident de rattacher une conséquence à l'une plutôt qu'à l'autre. Les chefs de préjudices pourraient ainsi s'accumuler aux côtés du gain manqué, dont la méthode d'évaluation demeure encore trop imprécise. Certains des éléments du calcul sont laissés à l'appréciation des juges du fond, faisant varier le montant de l'indemnisation, et ce, à la hausse. Les éléments susceptibles de minorer ce montant sont timidement mobilisés. À défaut de contrebalancer une indemnisation qui croît, les difficultés créées chez l'auteur se font plus prégnantes. La protection de l'entreprise évincée peut-elle ainsi avoir été exacerbée au point de menacer la situation de l'auteur ? Si ce peut être le cas, il n'y aurait non plus une entreprise, mise en difficulté par la rupture d'une relation établie, mais deux. Comment prétendre, dans ces conditions que le marché peut encore être protégé par les dispositions légales ? Si les victimes peuvent apparaître exagérément protégées (titre 1), le marché l'est, quant à lui, insuffisamment (titre 2).

TITRE 1 : DES VICTIMES EXAGEREMENT PROTEGEES

464. Un préavis suffisant inatteignable exposant l'auteur à devoir réparer le préavis insuffisant. L'article L. 442-1, II du Code de commerce impose à l'auteur de respecter un préavis suffisant avant de rompre une relation établie. L'obligation relève d'une moralisation des pratiques entre entreprises. Elles doivent être loyales les unes envers les autres. Cela peut se traduire concrètement par le comportement prévenant de celui qui prend l'initiative de rompre. La prévenance pourrait dès lors être considérée comme l'une des attributs de la loyauté, mais encore faut-il savoir comment faire pour la mettre en pratique. Les dispositions applicables devraient contenir tous les éléments qui permettraient à l'auteur de respecter dûment son obligation. Or leur lecture le place face à un arbitrage. Il a le choix entre respecter un préavis de dix-huit mois, ou, observer « *un préavis écrit, qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels* ». Le préavis de dix-huit mois est venu s'ajouter. Cela laisse à penser qu'il ne peut pas être observé à chaque rupture (sinon il aurait complètement remplacé le préavis suffisant). Il faudra alors déterminer pourquoi l'auteur peut ne pas choisir de le respecter alors qu'il paraît pourtant doublement protecteur pour l'entreprise évincée et pour lui. Le cas échéant, l'auteur choisirait alors de déterminer lui-même le préavis suffisant. Mais c'est de façon non-exhaustive que les dispositions lui indiquent les éléments à prendre en considération. L'adverbe « *notamment* » pose problème. Le fait que les critères d'appréciation du préavis n'aient pas en totalité été épuisés dans les dispositions empêche vraisemblablement l'auteur de parvenir à déterminer le préavis suffisant. De cette façon, ce dernier serait tenu hors de sa portée. Et s'il n'a pas la possibilité de déterminer un préavis suffisant, il pourrait alors se révéler être insuffisant, ce qui donnerait à l'entreprise évincée les moyens d'agir. La réparation du préavis insuffisant correspond à l'indemnisation des conséquences de la brutalité de la rupture. Si elle paraît ainsi limitée par des modalités étroites, il faudra tout de même examiner qui sont les titulaires de l'action, et si c'est la seule action qu'ils peuvent introduire. Une fois cette détermination effectuée, on pourra s'intéresser à l'évaluation du préjudice en l'identifiant et en indiquant comment procéder à son calcul.

Le préavis suffisant serait de fait inatteignable pour l'auteur (chapitre 1) car il n'aurait pas en sa possession tous les éléments pouvant l'amener à le déterminer. Il serait ainsi exposé à des poursuites de la part de l'entreprise qu'il évince et contraint à indemniser le préjudice qu'elle subit. La réparation va se révéler dispendieuse à mesure que l'on prendra connaissance de ses modalités et du calcul servant à l'évaluation du préjudice (chapitre 2).

465. La différence entre le préavis et le préavis suffisant. Le préavis est un avis préalable¹⁶²⁴. Il doit être délivré avant qu'un évènement déterminé ne survienne. Le préavis à observer avant la rupture d'une relation établie répond à cette première définition. Mais il doit aussi être écrit et suffisant. Des exigences d'ordre formel et de fond s'ajoutent à la première d'ordre chronologique. Ayant déjà traité de la forme écrite du préavis, il s'agira dans ce chapitre uniquement de s'intéresser à son caractère suffisant.

466. L'indétermination du préavis suffisant. En jurisprudence, de nombreux arrêts ont reconnu des préavis suffisants. Mais la matière, au plus haut degré casuistique, ne permet pas de le cerner en tant que tel. Ce serait alors davantage dans les cas inverses qu'il faudrait chercher des éléments le permettant, en complément des dispositions applicables seulement partielles sur ce point. Conformément à leur lettre, le préavis suffisant tient « *compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels*¹⁶²⁵ ». L'adverbe ouvre le champ des possibles quant aux critères à retenir pour le préavis suffisant ; concomitamment leur indétermination empêche l'auteur de le déterminer. Est-ce là le seul élément qui l'en empêche ? Il fait aussi face à des préavis prévus par d'autres sources de droit. Et depuis 2019, il peut aussi octroyer un préavis de dix-huit mois. Il est face à diverses possibilités, mais plutôt que des choix, elles semblent davantage le contraindre, si bien que l'auteur ne serait pas mis en mesure d'octroyer le préavis qu'il lui paraîtrait adéquat. S'il est ainsi empêché et qu'il n'a pas non plus accorder le préavis de dix-huit mois pour des raisons qu'il faudra mettre en évidence, il s'expose à une action contentieuse, dans laquelle ce sera cette fois aux juges d'apprécier le préavis suffisant. De leur pratique, un rapport mathématique a été extrait. À défaut d'être applicable tel quel, il est aussi en totale contradiction avec l'analyse poly-factorielle qu'ils mènent. On apportera d'autres éléments pour l'abandonner définitivement. Les juges ont aussi précisé que le préavis suffisant devait permettre la reconversion de l'entreprise évincée¹⁶²⁶. Mais ils n'en tiennent pas compte lors de leur appréciation.

Le préavis suffisant paraît insaisissable. Il est caractérisé à partir de nombreux et épars critères, fait l'objet de multiples attentions, sans être pour autant défini. La jurisprudence lui assigne aussi une fonction. Mais on ne parvient pas toujours pas à l'identifier compte tenu du fait que sa détermination par l'auteur est empêchée (section 1) et que son appréciation en jurisprudence est

¹⁶²⁴ A. SONET, *Le préavis en droit privé*, 2003, L.G.D.J., préf. F. BUSSY, 404 p., ISBN n° 2-7314-0352-7, spéc. 192, *in fine*.

¹⁶²⁵ C. Com., art. L. 442-1, II.

¹⁶²⁶ Cass. com., 02 oct. 2019, n°17-24.135, J.-D. n° J.-D. n°2019-017096.

déformée (section 2). Le préavis suffisant, tel une arlésienne, résisterait ainsi à toute conceptualisation.

SECTION 1 : UNE CARACTÉRISATION EMPÊCHÉE

467. La possibilité ou l'impossibilité pour l'auteur de déterminer le préavis suffisant.

Pourquoi l'auteur serait-il empêché de déterminer le préavis suffisant alors qu'il figure dans les dispositions applicables ? En substance, et d'après leur lettre, l'auteur a l'obligation d'observer un préavis « *écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels* ». Le préavis suffisant est fonction d'un critère déterminé et d'autres indéterminés. De surcroît, depuis 2019, il n'y a plus un préavis à l'article L. 442-1, II du Code de commerce mais deux. Devant cette alternative, quel va être son choix ? Il est d'autant plus difficile que chaque branche s'avère coûteuse, sans qu'aucune n'offre nécessairement la protection recherchée, en comparaison avec d'autres préavis légaux. Le préavis suffisant peut également être déterminé en référence à d'autres sources du droit, encore faudra-t-il examiner leur réception en jurisprudence. On cherche dès lors à savoir si l'auteur est mis en mesure de déterminer le préavis suffisant, que ce préavis soit l'un de ceux déterminés par la loi (§1) ou par d'autres sources du droit (§2).

§1. Les préavis déterminés par la loi

468. L'auteur face aux préavis. L'article L. 442-1, II du Code de commerce prévoit un préavis exonératoire de responsabilité. Cela n'en fait pas pourtant un préavis obligatoire, si bien que l'auteur doit encore arbitrer : entre octroyer un préavis qu'il aura déterminé lui-même et octroyer le préavis légal (A). Mais d'autres préavis légaux existent, à l'instar de celui dû par le mandant ou l'agent commercial, le seul que l'on propose d'examiner, en le confrontant aux dispositions étudiées, pour mettre en évidence les disparités de protection existantes entre les deux (B).

A. L'alternative coûteuse des préavis légaux

469. Une opposition irréductible. Lorsque l'auteur souhaite rompre une relation, dont le caractère établi n'est plus à démontrer, il a deux possibilités : soit il octroie le préavis de dix-huit mois, soit il décide de déterminer une durée, plus courte mais qui sied mieux, selon lui, à la relation qu'il rompt. De façon absolue, on a déjà fait observer que le préavis légal était d'une durée

inadéquate. L'auteur pourrait donc opter pour jauger lui-même de la durée à observer, sans pour autant être mis en mesure de le faire de façon précise et exacte. Plusieurs éléments l'en empêchent et, en définitive, qu'il choisisse la voie de l'incertitude (1), ou celle de la certitude (2), il devra en supporter le coût.

1. Le coût de l'incertitude

470. Les critères implicites et non-exhaustifs pour la détermination du préavis. L'auteur doit observer un préavis tenant compte « *notamment de la durée de la relation*¹⁶²⁷ ». Le plus important est l'adverbe. Par définition, il sert à distinguer un ou plusieurs éléments parmi un ensemble précédemment cité ou sous-entendu¹⁶²⁸. En l'occurrence, les critères pour l'appréciation du préavis sont implicites. Seule la durée est explicite, d'autres ont été révélés en jurisprudence. L'adverbe n'a pas toujours figuré dans le texte. Il rejoint cependant l'orientation des dispositions d'origine, étant donné que la réécriture des dispositions en 2001, dans un sens plus restrictif, a été sans effet sur la pratique des juges.

471. Le préavis fonction de l'antériorité. À l'origine, le dispositif prévoyait qu'une relation établie ne pouvait être rompue sans préavis « *tenant compte des relations commerciales antérieures*¹⁶²⁹ ». Cette formulation consacre un spectre large pour l'appréciation prétorienne du préavis. Dans leur arrêt du 11 août 1999, les juges montpelliérains indiquent que « *[d]ans le silence de la loi et en l'absence d'usages, les juges doivent déterminer eux-mêmes la durée d'un préavis raisonnable en prenant en considération outre l'ancienneté des relations ayant existé, les conséquences induites par la rupture en fonction des investissements effectués par le référencé au profit des distributeurs concernés et fonction de la dépendance économique du référencé par rapport au référenceur*¹⁶³⁰ ». Les juges ont aussi pu tenir compte de cycles de production spécifiques à certaines activités (par exemple dans le prêt-à-porter¹⁶³¹) et de l'absence

¹⁶²⁷ C. Com., art. L. 441-1, II.

¹⁶²⁸ Portail lexical du CNRTL, lexicographie, V. « *notamment* ». TFLI, V. « *notamment* ».

¹⁶²⁹ Loi n°96-588 du 1^{er} juill. 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, JORF n°153 du 03 juill. 1996, page 9984, article 14.

¹⁶³⁰ CA Montpellier, 2^{ème} Ch., Section A, 11 août 1999, RG n°98/0003685, J.-D. n°1999-127668.

¹⁶³¹ T. Com. Paris, 22^{ème} Ch., 02 avr. 1999. RJDA 8-9/1999 n°883, reproduisant en partie le jugement : « *Tout en reconnaissant que les Galeries Lafayette étaient en droit de modifier les modalités pratiques de leurs relations commerciales avec la société Esmar, puisque l'accord du 10 décembre 1996 était de durée indéterminée, et qu'un terme à cet accord spécifique de promotion des produits de la marque « Fouks » pouvait être décidé unilatéralement par les Galeries Lafayette, encore fallait-il que ces dernières prennent en considération l'ancienneté des relations existant avec la société Esmar, la notoriété des produits positionnés, à l'initiative des Galeries Lafayette, dans un stand personnalisé situé au magasin Haussmann dans un environnement de marques de qualité, pour fixer en plein accord avec la société Esmar le délai et les modalités de la fin de leurs relations commerciales, qu'en y mettant un terme définitif avec un préavis de quatre mois débutant mi-octobre, alors que le cycle de la collection été avait débuté dès le mois précédent, le tribunal dira que les Galeries Lafayette ont eu un comportement*

d'exclusivités¹⁶³² consenties à l'entreprise évincée. En conséquence, l'antériorité devait être entendue comme englobant tous les aspects de la relation, et pas seulement sa durée. Mais leur recension par l'auteur était dès lors impossible tant la jurisprudence les faisait varier et les pondérait en fonction des circonstances. En doctrine, le Professeur Lachière mettait en garde : « *[I]es décisions rendues montraient clairement que la détermination du délai de préavis à respecter se prêtait à des appréciations variables selon les circonstances et les juridictions. Dans ces conditions, la détermination du préavis à respecter en vue de rompre une relation commerciale était une tâche difficile... et risquée*¹⁶³³ ». Pour contrecarrer cette propension à l'extension, la lettre des dispositions a été modifiée.

472. L'illusion d'un préavis strictement fonction de la durée de la relation établie. La loi relative aux nouvelles régulations économiques a enserré la détermination du préavis en fonction de la seule durée de la relation¹⁶³⁴. Il a pu être affirmé cette nouvelle rédaction a exclu « *les autres critères qui étaient pris en compte par les juges*¹⁶³⁵ ». Mais ces derniers n'en ont rien fait. Faisant fi de la nouvelle lettre, la jurisprudence a énuméré les critères suivants : « *la nature, [...], l'importance financière des relations*¹⁶³⁶ ». L'interprétation extensive des dispositions était manifeste. De surcroît, ils ne les ont pas ajoutés de façon subsidiaire, mais ils en ont fait des critères complémentaires à la durée. L'addition pouvait laisser entrevoir une volonté de confluence,

excessivement brutal, n'ont pas respecté les dispositions de l'article 36-5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, ont, en ce faisant, engagé leur responsabilité, et doivent réparer le préjudice causé à la société Esmar par ce comportement fautif ». J. MESTRE, B. FAGES, De la rupture brutale de relations économiques établies, RTD Civ. 2000, p. 110. D. FERRIER, La rupture brutale de relations commerciales établies expose son auteur à réparer le préjudice subi, D. 2001, p. 297, à propos de Cass. com., 15 fév. 2000, n°96-22.543, J.-D. n°Ø : « *Mais attendu qu'ayant constaté que des ventes successives ont eu lieu entre les parties pendant sept ans, la cour d'appel en a déduit que la société LCE pouvait être considérée comme agréée par la société Wis pour la marque Et Vous et que les relations commerciales pouvaient être rompues ; qu'elle a retenu que la société Wis n'a pas informé la société LCE de la convention d'exclusivité passée avec la société Lafon et a attendu que la société LCE manifeste sa volonté de passer une nouvelle commande pour s'y opposer en invoquant la nouvelle convention, la tardiveté de cette notification ignorant délibérément les contraintes de la profession relatives aux conditions de présentation des collections ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* », on signale que cet arrêt n'est pas rendu sur le fondement des dispositions étudiées.

¹⁶³² Cass. Com., 12 mai 2004, n°01-12.865, J.-D. n°2004-023745 : « *Mais attendu qu'ayant relevé que la société Geaix n'était pas contractuellement liée à titre exclusif à la société Auchan, faisant ainsi ressortir la liberté qu'avait la société Geaix d'assurer la diversification de ses activités, et constaté qu'un précédent contrat avait lié les parties depuis le 24 mars 1989, la cour d'appel qui a souverainement estimé que la durée du préavis fixée à six mois était suffisante, s'est prononcée au regard des relations commerciales antérieures entre les parties et a ainsi légalement justifié sa décision* ». D. 2004, p. 1666.

¹⁶³³ C. LACHIEZE, La rupture des relations commerciales à la croisée du droit commun et du droit de la concurrence, JCP E n°50, 09 déc. 2004, 1815, spéc. 19.

¹⁶³⁴ L. n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, ci-après « Loi NRE », JORF n°113 du 16 mai 2001, page 7776, texte n°2, article 56 : « *L'article L. 442-6 du code de commerce est ainsi modifié : [...] 4° Le 5° est ainsi rédigé : « 5° 5o De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale [...] »* ». La citation volontairement tronquée, la détermination du préavis « *en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels* » fait l'objet de développements ultérieurs.

¹⁶³⁵ C. LACHIEZE, *ibid.*

¹⁶³⁶ Cass. Com., 11 juill. 2006, n°04-20.592, J.-D. n°Ø : « *Attendu, en troisième lieu, qu'après avoir relevé, d'un côté, qu'au regard de la nature, la durée et l'importance financière des relations menées entre les sociétés Loris Azzaro et Casa Milano, le préavis de résiliation aurait dû être d'une année, de l'autre, que les éléments relatifs à la marge brute commerciale tenant compte de la variation du stock produite par la société Casa Milano constituait un élément d'appréciation à retenir à titre de base de calcul de l'indemnité réparatrice du préjudice, la cour d'appel a, sans encourir le grief de la troisième branche souverainement fixé le montant de l'indemnité due à la société Casa Milano* ».

par laquelle les critères ne pouvaient dès lors plus être dissociés les uns des autres. Se fondant tous dans la durée, ils en ont changé sa nature, qui n'était plus seulement un rapport à l'échelle du temps mais revêtait désormais une certaine densité. Des arrêts postérieurs se référaient itérativement aux « *autres circonstances de l'espèce*¹⁶³⁷ » – en sus de l'ancienneté de la relation commerciale établie – pour déterminer le préavis à observer. Le resserrement légal voulu autour de la durée de la relation établie pour la détermination du préavis n'a été qu'illusion et l'appréciation prétorienne a été consacrée par l'ordonnance du 24 avril 2019.

473. Des critères indéfinis et des critères définis mais inconnus. Dans l'article L. 442-1, II du Code de commerce, l'adverbe « *notamment* » précède dorénavant le critère de la durée de la relation établie pour la détermination du préavis. Permettant le recours à des critères particuliers¹⁶³⁸, et de façon non-exhaustive, il fait parfaitement écho à l'appréciation *in concreto* des juges du fond. Mais comment l'auteur doit-il dès lors procéder face à l'absence d'exhaustivité des critères pris en considération ? Le problème principal est l'absence de critères prédéfinis, mais duquel un autre découle : si l'auteur peut avoir connaissance de certains d'entre eux, il n'en va pas de même pour d'autres, même s'ils ont été préalablement identifiés. On y revient successivement en prenant l'exemple d'une relation d'approvisionnement. L'acquéreur connaît son secteur d'activité, ses concurrents, ses différentes sources d'approvisionnement, le temps nécessaire pour s'approvisionner, ses coûts logistiques, etc. En somme, tout ce qui a trait à son activité et mais s'agissant de celle de son fournisseur, déjà ses connaissances peuvent s'amoinvrir. Particulièrement désormais avec le fournisseur dont il veut se séparer, il sait qu'ils sont par exemple liés par des engagements de volumes. Ils peuvent aussi avoir convenu de remises supplémentaires lorsqu'un certain chiffre d'affaires est réalisé. De tels engagements ont pu être formalisés et il sera dès lors utile à l'auteur de se reporter au contenu du contrat. Par contre, l'auteur

¹⁶³⁷ C.-A. MAETZ, Rupture brutale de relations commerciales établies, JCI Concurrence – consommation, fasc. 300, maj sept. 2019, spéc. 53, jurisprudences citées par l'auteur : Cass. com., 20 mai 2014, n°13-16.398, Bull. civ. IV, n° 89, J.-D. n°2014-010675 (« *l'existence d'une stipulation contractuelle de préavis ne dispense pas le juge, s'il en est requis, de vérifier si le délai de préavis contractuel tient compte de la durée des relations commerciales ayant existé entre les parties et des autres circonstances* »), Cass. com., 9 juill. 2013, n°12-20.468, Bull. civ. IV, n° 115, J.-D. n°2013-014585 (« *Vu l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce ; Attendu que le délai du préavis suffisant s'apprécie en tenant compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances au moment de la notification de la rupture* »), Cass. com., 6 nov. 2012, n°11-24.570, J.-D. n°2012-025179 (« *la durée du préavis doit être appréciée au regard de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances au moment de la notification de la rupture* »), auxquelles on peut aussi ajouter : Cass. com., 02 déc. 2008, n°08-10.731, Bull. civ. IV, n° 201, J.-D. n°2008-046098 (« *l'arrêt retient exactement que l'existence d'un accord interprofessionnel ne dispense pas la juridiction d'examiner si le préavis, qui respecte le délai minimal fixé par cet accord, tient compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances de l'espèce* ») et Cass. com. 03 juill. 2019, n°17-13.826, J.-D. n°Ø (« *Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir constaté, par motifs propres et adoptés, que la relation commerciale avait duré 14 ans et relevé que la société Baglione, qui réalisait 15 à 20 % de son chiffre d'affaires avec la SNMR, n'était pas en situation de forte dépendance économique, l'arrêt fixe à six mois la durée du préavis dont aurait dû bénéficier la société Baglione ; qu'ayant ainsi souverainement apprécié la durée du préavis suffisant, en tenant compte de l'ancienneté de la relation commerciale et des autres circonstances, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* »).

¹⁶³⁸ F. BUY, La (décevante) réforme du droit des relations commerciales, D. n°20 du 30 mai 2019, p. 1122 « *« Notamment » : il ne sera donc pas interdit, à côté des critères objectifs et généraux (durée, usages et accords), de tenir compte de critères plus individuels. Les « autres circonstances » de la jurisprudence ont de beaux jours devant elles* ».

ne va pas pouvoir connaître précisément la part d'activité qu'il représente pour son fournisseur. Il faut mettre à part les entreprises liées par des exclusivités. Hormis cette hypothèse, même parties à une relation, les entreprises sont libres de déterminer leur action sur le marché. Elles conservent ainsi toute liberté de nouer plusieurs relations et d'en rompre certaines. Dans cette configuration, le degré de dépendance de l'entreprise évincée est hors de portée de l'auteur. Selon toute vraisemblance, c'est donc en non-connaissance entière de cause qu'il va devoir octroyer un préavis. Les dispositions se parent d'insécurité juridique et font « *figure d'épée de Damoclès pour les opérateurs économiques qui envisagent de rompre une relation commerciale* !¹⁶³⁹ ». Pour un retour à la sécurité juridique, l'article L. 442-1, II du Code de commerce contient désormais un cas exonératoire de responsabilité pour l'auteur de la rupture, s'il respecte un préavis de dix-huit mois. Mais la délimitation d'une durée de préavis exonératoire de responsabilité peut-elle être la réponse à la carence observée ?

2. Le coût de la certitude

474. Un coût double. Le respect par l'auteur d'un préavis de dix-huit mois représente nécessairement un coût pour l'auteur : on a déjà observé qu'absolument la durée unique est problématique et on voit désormais relativement en quoi elle est inadéquate, en élargissant au coût supporté par la concurrence.

475. Une durée non représentative des contentieux. Il a été observé que « *relativement rares étaient jusqu'alors les hypothèses dans lesquelles les juges retenaient un préavis supérieur à 18 mois*¹⁶⁴⁰ ». Pour mieux s'en rendre compte, une équipe pluridisciplinaire, réunissant juristes et économistes, a mené une étude ayant pour objet de proposer une « *analyse statistique de décisions rendues par la cour d'appel de Paris*¹⁶⁴¹ ». Elle a permis, « *notamment, de faire un lien entre la durée des relations commerciales ayant existé entre les parties intéressées et celle retenue au final par les magistrats pour la durée du préavis, dans l'hypothèse de la constatation par ceux-ci d'une absence de préavis écrit ou d'une insuffisance de ce préavis*¹⁶⁴² ». Sur la base d'un échantillon représentatif, l'étude permet d'abord de présenter, dans un éventail, **les durées de préavis réellement accordées par l'auteur**, de la plus courte : quinze jours, à la plus longue : deux ans et trois mois¹⁶⁴³. Elle fournit ensuite la répartition suivante : la durée de préavis réellement

¹⁶³⁹ C. LACHIEZE, *op.cit.*, spéc. 7.

¹⁶⁴⁰ C.-A. MAETZ, Rupture brutale de relations commerciales établies, JCI Concurrence – consommation, fasc. 300, maj sept. 2019, spéc. 40.

¹⁶⁴¹ A. GRAMAIN, T. LAMBERT, S. NETTAH, D. BYKOV, La rupture brutale des relations commerciales établies : une analyse statistique de la durée du préavis, AJCA 2019, p. 428.

¹⁶⁴² *Ibid.*

¹⁶⁴³ *Ibid.*

accordée est inférieure à trois mois dans le quart des cas, inférieure à six mois pour la moitié d'entre eux, le dernier quart étant donc constitué par les durées de préavis supérieures ou égales à six mois¹⁶⁴⁴. La durée moyenne a été établie à environ sept mois et demi¹⁶⁴⁵. Quant **aux durées de préavis accordées par les juges** : « *il s'avère que le préavis arrêté en appel par le juge, lorsqu'il est mentionné dans la décision, est établi dans une fourchette allant de 1 mois à 2 ans ; il se limite à moins de 4 mois pour le quart des décisions rendues, moins de 6 mois pour la moitié d'entre elles et est supérieure à un an dans 25% des cas*¹⁶⁴⁶ ». Cette première vue sur les différentes durées de préavis permet constater que la durée du préavis de dix-huit mois est très nettement supérieure que ce soit par rapport aux pratiques des parties ou à celles des juges. Il n'y a pas de proportion correspondante pour une telle durée de préavis, mais on sait d'ores-et-déjà que cela représente moins du quart des durées de préavis telles qu'appréciées par les juges.

476. Une durée excessive. Le coût supporté par l'auteur aurait pu être tout autre compte tenu des différentes durées de préavis envisagées dès la conception des dispositions et au fur et à mesure des modifications. En 1996, le rapport fait un nom de la commission de la production et des échanges contenait une proposition de préavis de quatre mois¹⁶⁴⁷. Dans le cadre des travaux préparatoires à la Loi NRE, le délai de préavis proposé est de « *trois mois minimum*¹⁶⁴⁸ ». On observe que les durées de préavis telles qu'elles avaient été proposées dans les premiers temps

¹⁶⁴⁴ *Ibid.*

¹⁶⁴⁵ *Ibid.*

¹⁶⁴⁶ *Ibid.* En prenant connaissance de cette répartition, on s'est posé la question de savoir où sont comptabilisés les préavis d'une durée supérieure à six mois mais inférieure à douze mois. Pour nous, la délimitation des intervalles pose problème étant donné que les trois sous-ensembles retenus représentent l'ensemble (25% + 50% + 25% = 100%). On les a retenus comme suit : [x ; 4[pour le premier, [4 ; 6[pour le second et [12 ; 24[pour le troisième. Dans le premier, on a considéré qu'il ne pouvait y avoir de valeur égale à zéro car cela correspondrait à une absence de préavis, or on est dans l'hypothèse des durées de préavis accordées par le juge et ce dernier ne peut pas ne pas en accorder. Ce ne peut pas non plus être une valeur qui serait équivalente à un jour car le juge ne peut pas davantage accorder un préavis de cette durée. C'est pourquoi, on retient une inconnue, x. Dans le dernier, on a retenu la durée maximale ayant été accordée par les juges. Le problème se situe entre les deuxième et troisième intervalles car dans le deuxième sous-ensemble, le préavis accordé a une durée strictement inférieure à 6 mois tandis que dans le troisième sous-ensemble, le préavis accordé à une durée strictement supérieure à 12 mois. On doute qu'il n'y ait pas de préavis accordé pour des durées supérieures ou égales à 6 mois et inférieures à 12 mois. Pour nous, il manque un intervalle et cela rend la répartition inexacte.

¹⁶⁴⁷ Rapp. n°2595, fait au nom de la Commission de la production et des échanges, présenté par M. le député J.-P. CHARIÉ, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 06 mars 1996, dans le tableau comparatif entre les textes en vigueur, du projet de loi et les propositions de la Commission, spéc. p. 232 : « 5. *de rompre, totalement ou partiellement, une relation commerciale établie sans préavis écrit, dans un délai conforme aux usages reconnus par des accords interprofessionnels. À défaut de tels usages reconnus, le délai est de quatre mois* ».

¹⁶⁴⁸ Projet de loi n°2666, modifié par le Sénat après déclaration d'urgence, relatif aux nouvelles régulations économiques, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 oct. 2000, article 29 : « *L'article L. 442-6 du code de commerce est ainsi rédigé : (...) 3. « De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit et motivé tenant compte de la durée de la relation commerciale ainsi que de la particulière vulnérabilité des fournisseurs de produits sous marque de distributeur et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Ces derniers peuvent encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, y compris en fixant les modalités d'indemnisation. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. À défaut d'accord interprofessionnel ou d'arrêté ministériel, le délai de préavis est de trois mois minimum* ». « *A défaut d'accord interprofessionnel ou d'arrêté ministériel, le délai de préavis est de trois mois minimum* ». Cette même durée est indiquée dans le projet de loi n°2997, tel que modifié par le Sénat en nouvelle lecture, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 avr. 2001 (même article). Le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale en lecture définitive le 02 mai 2001 abandonne toute référence à une durée de préavis.

des dispositions ne sont plus du tout dans le même ordre de grandeur que celle de la première mouture du projet d'ordonnance soumise à consultation, qui prévoyait douze mois¹⁶⁴⁹, et celle qui a été retenue : dix-huit mois. Les durées ont triplé, voire sextuplé, en fonction du rapport considéré. Comment l'expliquer ? Entre la première période, 1996-2001, et la seconde, 2001-2019, c'est la jurisprudence qui a octroyé de « *très longs préavis*¹⁶⁵⁰ ». L'allongement de la durée des préavis tient dans la réception de critères en plus de celui de la durée de la relation établie. On l'a vu, ces critères supplémentaires n'ont pas été limitativement déterminés, ils n'ont pas été définis. Cela a donc laissé une grande marge d'appréciation aux juges. L'allongement de la durée de préavis est prétorien, c'est un fait, mais il a aussi constitué une dérive, (identifiée en tant que telle, en 2019, au sein du Rapport au Président de la République¹⁶⁵¹). Mais au lieu de s'en détourner, la dérive a été entérinée. L'allongement des préavis a été retenu. Pour le dire autrement, pour nous, la base constituée par l'ensemble des préavis octroyés par la jurisprudence est déformée du fait même que c'est la jurisprudence qui a procédé à leur allongement. Cette base est biaisée. Les préavis ont été allongés de façon parfois considérable, et le fait que ça ne soit pas systématiquement le cas ne change pas le constat critique de l'allongement prétorien des préavis. Si le projet d'ordonnance en avait tiré les conséquences, le préavis légal n'aurait pas été fixé à dix-huit mois, il aurait forcément été inférieur.

477. Une durée illégale ? Le coût supporté par l'auteur ne devrait peut-être pas être. L'article L. 442-1, II du Code de commerce a été modifié par ordonnance¹⁶⁵², après que le Gouvernement a été habilité¹⁶⁵³ à le faire. Mais le recours à l'ordonnance ne donne lieu qu'à publication d'un rapport adressé au Président de la République alors que s'adjoignent à une loi, en autres : l'étude d'impact, le projet ou la proposition, les débats parlementaires, possiblement des rapports de commissions spéciales. Le pouvoir réglementaire n'a pas justifié son choix de durée de préavis

¹⁶⁴⁹ DGCCRF, Propositions de modifications des articles du Titre IV du Livre IV du code de commerce, consultées depuis l'URL : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/profil_entreprises/doc/Tableau-ORDO-Art-17-avec-442-6-210118.pdf, consultée le lun. 20 juin 2022, spéc. p. 19 : « *Nouvel article L. 442-1 (...) II. « Engage également la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis. Les modalités de ce préavis tiennent compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels. En cas de litige entre les parties sur le préavis, la durée de préavis fixée par le juge ne peut excéder un an. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure »* ». L. VOGEL, J. VOGEL, Ce qui ne va toujours pas en matière de rupture de relations commerciales établies après la réforme, BRDA 4/20, du 15 fév. 2020, 22, spéc. 6.

¹⁶⁵⁰ Rapport, *ibid.*

¹⁶⁵¹ *Ibid.* : « *L'interprétation jurisprudentielle du texte a conduit, selon les opérateurs économiques, à plusieurs dérives. Tout d'abord, cette disposition a pu avoir pour effet d'imposer aux entreprises de rester en relation avec des partenaires pendant de très longs préavis même si leurs offres commerciales ne correspondaient plus aux conditions du marché* ».

¹⁶⁵² Ord. n°2019-359 du 24 avr. 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, JORF n°0097 du 25 avr. 2019, texte n°16.

¹⁶⁵³ L. n°2018-938 du 30 oct. 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, JORF n°0253 du 01 nov. 2018, texte n°1, NOR : AGRX1736303L, art. 17 : « *Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de six mois à compter de la publication de la présente loi, toute mesure relevant du domaine de la loi nécessaire pour modifier le titre IV du livre IV du code de commerce afin (...)* ».

légal. De surcroît, la doctrine critique les modifications profondes apportées à l'article organisant les pratiques restrictives de concurrence, hors des limites de l'habilitation donnée par le Parlement¹⁶⁵⁴. Les changements vont au-delà des clarifications admises. En ce qui concernait l'article L. 442-6, le Gouvernement avait été autorisé à « *simplifier et préciser les définitions des pratiques mentionnées [audit article], en ce qui concerne notamment la rupture brutale des relations commerciales, les voies d'action en justice et les dispositions relatives aux sanctions civiles*¹⁶⁵⁵ ». Il ne s'en est pas tenu à cela et a créé une durée exonératoire alors que le Gouvernement avait seulement été autorisé à modifier « *les dispositions relatives aux dates d'envoi des conditions générales de ventes et aux dates de signature des conventions*¹⁶⁵⁶ » et l'interdiction des prix abusivement bas¹⁶⁵⁷. La durée légale ne saurait pour autant être remise en cause s'il est admis qu'elle entre dans l'autorisation globale de « *modifier le titre IV du livre IV du code de commerce*¹⁶⁵⁸ ». Les réorganisations, les clarifications, les suppressions, les précisions, les simplifications en ressortiraient alors nécessairement et en seraient seulement des déclinaisons.

478. Une mesure insidieuse. L'innovation de 2019 s'écarte du remède recherché d'autant plus qu'elle pourrait avoir pour effet d'allonger les préavis observés¹⁶⁵⁹. Cela pourrait figurer au titre des effets pervers dénoncés¹⁶⁶⁰. En effet, les entreprises à l'initiative de rupture, ayant projeté d'octroyer un préavis de dix ou douze mois, pourraient préférer ajouter quelques mois supplémentaires afin de se prémunir de toute action contentieuse. En définitive, les relations pourraient encore être davantage figées et en l'absence de litiges y afférent, il paraît impossible de connaître la portée de la mesure.

479. Une systématisation incertaine. Est-ce que le préavis de dix-huit mois va désormais être systématiquement observé ? Pour les relations longues, on pense qu'effectivement il pourrait l'être. Mais toutes les relations n'étant pas vouées à durer, les dix-huit mois peuvent être considérés comme une durée de préavis excessive. En certains secteurs, il faut même considérer qu'elle n'est pas tenable ; les nouvelles technologies imposant leur propre rythme. En développer une nouvelle en l'espace de quelques mois ne peut imposer aux entreprises partenaires d'en rester en relation pendant dix-huit mois, surtout si l'une envisage des innovations supplémentaires, de type incrémental, avec une autre entreprise. Une toute idée que l'on peut se faire de la durée

¹⁶⁵⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avr. 2019, JCP E n°29, 18 juill. 2019, 1363, spec. 2.

¹⁶⁵⁵ L. n°2018-938 du 30 oct. 2018, *ibid.*, art. 17, I-6°.

¹⁶⁵⁶ *Ibid.*, art. 17, I-5°.

¹⁶⁵⁷ *Ibid.*, art. 17, I-7°.

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*

¹⁶⁵⁹ C.-A. MAETZ, *ibid.*, spéc. 40 : « *Le texte pourrait alors aboutir à la situation paradoxale suivante : afin de sécuriser leur rupture, certains opérateurs seront tentés d'octroyer un préavis plus long que celui auquel ils auraient été normalement astreints* ».

¹⁶⁶⁰ F.-L. SIMON, Rupture brutale des relations commerciales établies : le nouvel article L. 442-1, II, du Code de commerce, L'Essentiel Droit de la distribution et la concurrence, n°06 du 01 juin 2019, p. 4.

de dix-huit mois est qu'elle ne corresponde plus à un préavis mais qu'elle participe à réduire les durées de relation. On l'explique. C'est le cas dans lequel des entreprises sont entrées en relation mais au bout de quelques mois seulement l'une va prévenir l'autre qu'au terme de dix-huit mois, elles ne seront plus en relation. À compter de la réception du préavis, les entreprises poursuivent leur relation mais dans le cadre du préavis. Au terme annoncé, l'entreprise évincée ne peut plus agir pour engager la responsabilité de l'autre. Dans l'hypothèse où l'une et l'autre souhaitent poursuivre leur relation, on peut très bien imaginer que l'auteur réitéra sa manœuvre en octroyant de nouveau un préavis de dix-huit mois. Va-t-on voir se succéder des relations à durée déterminée de dix-huit mois ? En ce cas ce ne seraient même plus des relations mais des préavis qui se succéderaient. L'une devenant l'autre sans probable possibilité de caractériser une relation établie à partir d'une succession de préavis de dix-huit mois.

B. Des disparités de protection révélées par les préavis spéciaux

480. Un statut quo à surpasser. Le mandant et l'agent n'ont pas à observer les préavis imposés de l'article L. 442-1, II du Code de commerce car ils doivent respecter celui de l'article L. 134-11 du même Code, avant la résiliation du contrat à durée indéterminée d'agence commerciale. Le préavis plus spécial écarte le préavis spécial. L'application de la règle amène à un certain statu quo alors qu'en confrontant les préavis légaux, des disparités de protection peuvent être mises en exergue (1). Et, en revenant plus amplement sur l'articulation des deux dispositions, des éléments supplémentaires apparaissent pour élire ce qui pourrait être une protection adéquate (2).

1. La confrontation de préavis légaux

481. Des modalités différentes de préavis. On compare les modalités des préavis à respecter avant de rompre une relation établie et avant de résilier un contrat à durée indéterminée d'agence commerciale ; contenues respectivement aux articles L. 442-1, II et L. 134-11 du Code de commerce. Dans chaque cas, on constate d'abord qu'il s'agit de préavis obligatoires. Ils sont aussi limités mais dans des ordres de grandeur différents : le préavis maximal devant être respecté par le mandant ou l'agent est de trois mois tandis que l'auteur doit accorder un préavis de dix-huit s'il ne veut pas engager sa responsabilité. Seul le préavis prévu en cas de résiliation est progressif. En effet, le troisième alinéa de l'article L. 134-11 du Code précité indique que « *[l]a durée du préavis est d'un mois pour la première année du contrat, de deux mois pour la deuxième année commencée, de trois mois pour la troisième année commencée et les années suivantes* ». La fin de cet alinéa précise aussi qu' « *en l'absence de convention contraire, la fin du délai de préavis*

coïncide avec la fin d'un mois civil ». Le terme du délai de préavis dû est connu des cocontractants. Relativement au préavis légal de dix-huit mois, la lettre des dispositions ne précise ni son point de départ ni son terme. Enfin, chacun des préavis constitue des minima, ils ne peuvent pas être raccourcis mais peuvent être allongés. Le délai de dix-huit mois est le délai à partir duquel l'auteur n'engage plus sa responsabilité, rien ne l'empêche donc d'observer un préavis plus long. Quant aux contractants, ils peuvent aussi convenir de délais plus longs. Toutefois, les dispositions veillent alors à ce qu'un déséquilibre ne se crée pas entre eux. Avant d'en tirer plusieurs remarques, on propose de synthétiser les différents éléments relevés pour la comparaison au sein du tableau suivant :

	Le préavis précédant la rupture d'une relation établie	Le préavis précédant la résiliation d'un CDI d'agence commerciale
Dispositions applicables	Art. L. 442-1, II C. Com.	Art. L. 134-11 C. Com.
Le préavis est obligatoire.	Oui	Oui
Le préavis est limité.	Oui : 18 mois	Oui : 3 mois
Le préavis est progressif.	Non	Oui
Le point de départ du préavis est déterminé.	Non	Non
Le terme du préavis est déterminé.	Non	Oui
La durée de préavis peut être raccourcie.	Non	Non
La durée de préavis peut être allongée.	Oui	Oui
Le préavis est équilibré.	Non	Oui

482. Deux séries de remarques. Elles reprennent les éléments de comparaison qui ont été resitués dans deux axes : le premier du point de vue informationnel et le second du point de vue concurrentiel.

483. D'un point de vue de l'information. Les préavis obligatoires présentent un dessein protecteur commun pour celui qui en va en bénéficier. Pour nous, la protection se fait d'autant plus accrue lorsque les parties sont mises dans une position de *sachant*. Elles l'occupent lorsqu'elles savent à quoi s'attendre et dans quelles conditions. Sur ce point, l'article L. 134-11 du Code de commerce précise le terme du délai de préavis, en le faisant coïncider avec la fin d'un mois civil. S'il ne fait pas de même avec le point de départ, c'est qu'à l'aide des durées renseignées, il peut se déduire aisément. La précision est utile pour ne pas en faire un objet de contentieux. En matière de ruptures brutales, on sait que le préavis commence à courir dès la notification de la rupture¹⁶⁶¹.

¹⁶⁶¹ C.-A. MAETZ, Rupture brutale de relations commerciales établies, JCI Concurrence – consommation, fasc. 300, maj sept. 2019, spéc. 39.

Mais en l'absence d'émission et de réception¹⁶⁶² synchroniques, le choix de la réception plutôt que de l'émission pourrait être élu plus clairement. L'information est cruciale et au titre de la comparaison, il ressort que le préavis dû en cas de résiliation est le plus à même de mettre le mandant et l'agent dans des positions de sachants.

484. D'un point de vue concurrentiel. Chacun des préavis obligatoires est limité dans le temps mais seul le préavis dû en cas de résiliation est progressif. Selon nous, c'est seulement en combinant ces deux caractères que la relation passée et le devenir des parties sont pris en considération. En augmentant, la durée de préavis tient compte de l'inscription du contrat dans le temps et du renforcement consécutif des liens entre les cocontractants. Et, en étant limitée, elle permet de minimiser le risque de figer trop longtemps le contrat voué à être résilié. Cela renforce notre conviction à penser que la durée du préavis de dix-huit mois est inadéquate. Enfin, dans les deux cas, le préavis peut être d'une durée plus longue : le mandant et l'agent peuvent en convenir et rien empêche à l'auteur de la rupture de respecter un délai d'une durée supérieure à dix-huit mois. Mais seules les dispositions de l'article L. 134-11 du Code de commerce veillent à ce qu'un déséquilibre ne se crée pas au détriment de l'agent¹⁶⁶³. En notre matière, le préavis que l'auteur doit respecter envers l'entreprise évincée ne correspond pas forcément à celui que cette dernière devrait observer si c'était elle à l'initiative de la rupture. De façon opposée aux dispositions applicables au contrat d'agence commerciale, les dispositions étudiées peuvent donc être à l'origine de déséquilibres, s'ils sont constatés c'est qu'ils existent par ailleurs dans la relation. Quand l'auteur doit davantage de préavis que la victime ne lui en doit, le critère de la durée est neutralisé – cette durée étant la même pour les deux parties – et c'est alors que d'autres critères sont pris en compte.

485. Des dispositions concurrentes ? On vient de mettre en évidence plusieurs modalités sur lesquelles les préavis légaux examinés diffèrent. Cela rend certaines de leurs modalités dissemblables mais vraisemblablement pas au point de ne plus tenir les dispositions en concurrence. On rejoint ici l'interrogation du Professeur Respaud¹⁶⁶⁴, par laquelle il se demande si les dispositions applicables sont vraiment en concurrence. Il n'y a que dans l'affirmative que le conflit de normes existe et se résout par l'application de l'adage *specialia generalibus derogant*.

¹⁶⁶² *Ibid.*

¹⁶⁶³ C. Com., art. L. 134-11, al. 4, deuxième phrase : « *Si elles conviennent de délais plus longs, le délai de préavis prévu pour le mandant ne doit pas être plus court que celui qui est prévu pour l'agent* ». Cela signifie que le préavis devant être respecté par le mandant, lorsqu'il résilie, ne doit pas être plus court que celui que l'agent devrait respecter si c'était ce dernier qui résiliait. En l'illustrant à l'aide de chiffres, le mandant ne peut pas avoir à respecter un préavis de quatre mois si le mandant doit quant à lui en respecter six. Cela revient à empêcher que le mandant ne fasse pas en sorte que le préavis qui lui soit dû soit plus long que celui qu'il devrait respecter c'était lui qui résiliait le contrat le liant à l'agent commercial.

¹⁶⁶⁴ J.-L. RESPAUD, Régime de l'agence commerciale : l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ne s'applique pas lors de la cession d'un contrat d'agence commerciale, in D. MAINGUY (dir.), Droit de la distribution, Chron., JCP E n°15, 11 avr. 2013, 1200, spéc. 7, pp. 36-37.

Les réponses qu'il apporte pour maintenir les dispositions en concurrence révèle l'intérêt sous-jacent qu'il y a de continuer à les apprécier ainsi.

2. Une protection par l'information

486. Des protections différentes. La jurisprudence refuse d'appliquer l'article L. 442-1, II du Code de commerce si l'article L. 134-11 du même Code est applicable. Ils obligent celui qui rompt et celui qui résilie à observer un préavis. Malgré les différences relevées dans les modalités de mise en œuvre propres à chacun, la raison d'être est la même. Cependant, la protection n'est pas strictement identique dans les deux cas. L'article L. 134-11 dudit Code confère un statut protecteur à telle catégorie d'intermédiaire de commerce¹⁶⁶⁵ tandis que l'article L. 442-1, II protège l'entreprise évincée et les conditions de marché sur lequel elle évolue. Dans ce second cas, la protection est plus étendue et cela pourrait participer à considérer que les dispositions ne sont alors que partiellement en concurrence¹⁶⁶⁶.

487. La protection de la concurrence, un dessein dévolu au Livre IV. L'article L. 442-1, II du Code de commerce appartient au Livre IV intitulé « *De la liberté des prix et de la concurrence* ». Les articles L. 134-1 et suivants sont réunis dans un chapitre dédié aux agents commerciaux¹⁶⁶⁷, dans le Livre Ier du Code de commerce intitulé « *Du commerce en général* ». Ce premier livre régit le commerce. Quant au livre quatrième, son intitulé fait l'économie d'une redondance qu'on explicite en indiquant qu'il contient les dispositions soutenant la liberté des prix et la libre concurrence. On rejoint la conception française du droit de la concurrence ajoutant les pratiques restrictives de concurrence aux côtés des pratiques anticoncurrentielles¹⁶⁶⁸. Selon le Professeur Serra, « *le droit de la concurrence vise certes à sauvegarder la concurrence [...] mais il contribue aussi à protéger les concurrents lorsque cette protection favorise le jeu de la concurrence*¹⁶⁶⁹ ». La protection de la concurrence par le truchement des dispositions protectrices prises en faveur des concurrents est le dessein des dispositions du Livre quatrième du Code de commerce. L'article L. 442-1, II dudit Code offre à l'entreprise évincée la possibilité de pallier les conséquences de la

¹⁶⁶⁵ J.-L. RESPAUD, *ibid.* : « (...) l'article L. 134-11 du Code de commerce est issu de la loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants transposant la directive du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants. Il s'agit d'un texte de droit des contrats conférant un statut protecteur à telle catégorie d'intermédiaire du commerce ».

¹⁶⁶⁶ *Ibid.*, « À mon sens, ces deux textes poursuivent deux finalités, au moins en partie, différentes ».

¹⁶⁶⁷ C. com., art. L. 134-1 à L. 134-17 formant le chapitre IV, intitulé « *Des agents commerciaux* », appartenant au titre III, intitulé : « *Des courtiers, des commissionnaires, des transporteurs, des agents commerciaux et des vendeurs à domicile indépendants* ».

¹⁶⁶⁸ M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, thèse de doctorat, droit, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) sous la dir. J. GHESTIN, préf. J. GHESTIN, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, fév. 2004, ISBN n°978-2-247-09889-7, spéc. 17. Pluralité des conceptions du droit de la concurrence, pp. 24-26.

¹⁶⁶⁹ Y. SERRA, *Droit du marché et droit commun des obligations*, colloque organisé par le Centre de droit de la consommation de Montpellier et le Centre de droit de la concurrence de Perpignan, RTD Com. n°01 du 16 mars 1998, p. 1.

brutalité de la rupture subie. Il l'aide donc à se maintenir sur le marché. Ce faisant, les conditions concurrentielles du marché sont aussi protégées, puisqu'une entreprise est empêchée d'en disparaître. La protection de la concurrence peut alors être perçue comme une finalité supplémentaire poursuivie par l'article L. 442-1, II, et qui ne l'est pas de la même façon par l'article L. 134-11. De ce point de vue les dispositions ne sont plus complètement concurrentes. Les finalités des dispositifs comparés semblent s'éloigner. Le changement de perspective, d'une conception microéconomique à une conception macroéconomique, pourrait justifier d'écarter le conflit de normes et d'appliquer l'encadrement de la rupture brutale aux agents commerciaux¹⁶⁷⁰. Toutefois, il faut encore appréhender l'aspect indemnitaire, qui pose la question du cumul des indemnités dues.

488. L'utilité commune indemnitaire. Pris isolément, l'article L. 134-11 du Code de commerce semble en concurrence avec les dispositions étudiées ; toutefois, il faut le lire avec celles prévoyant l'indemnisation de l'agent en cas de cessation de ses relations avec le mandant. L'article L. 134-12 du Code de commerce lui ouvre droit à une « *indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi*¹⁶⁷¹ ». Le principe de l'indemnité est acquis du seul fait de la cessation du contrat¹⁶⁷². Cette indemnité vient suppléer l'arrêt du contrat de représentation, duquel l'agent tire ses commissions. Elle ne pourrait pas se cumuler avec les dommages et intérêts résultant de l'insuffisance ou de l'absence de préavis puisque l'utilité¹⁶⁷³ est alors commune aux deux ensembles de dispositions. La compensation perçue par l'agent commercial et la réparation versée aux entreprises évincées brutalement servent à les maintenir dans leur activité et concomitamment sur le marché. Toutefois, des disparités de protection ont été dénoncées, en opposant la situation des agents commerciaux et des franchisés¹⁶⁷⁴. La limitation de la durée de préavis pour les premiers est sans commune mesure avec la durée de préavis dont les seconds peuvent bénéficier. D'aucuns observent que la protection des agents commerciaux est moindre¹⁶⁷⁵ car elle est « *bridée*¹⁶⁷⁶ » ; une position, qu'il revient selon nous de nuancer.

¹⁶⁷⁰ J.-L. RESPAUD, *ibid.*

¹⁶⁷¹ C. Com., art. L. 134-12, al. 1 : « *En cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi* ».

¹⁶⁷² J.-M. LELOUP, Agent commercial, in L. VOGEL (dir.) Rép. de droit commercial, Dalloz, maj mai 2022, spéc. 78 et 79.

¹⁶⁷³ J.-L. RESPAUD, *ibid.*

¹⁶⁷⁴ Ph. GRIGNON, 5° Cessation du contrat, in M. BOURDEAU et Ph. GRIGNON, Droit de la force de vente – Chronique de jurisprudence, RLDA janv. 2012, n°67, 3845, pp. 69-70 : « *On a du mal, en effet, à expliquer qu'un franchisé puisse bénéficier d'un préavis en corrélation avec l'ancienneté des relations, mais pas un agent commercial dont le contrat possède la même ancienneté. L'agence serait-il à ce point moins indépendant qu'un franchisé ou concessionnaire ? La représentation a beau être une activité civile (...), l'agent n'en demeure pas moins un professionnel exerçant soit en libéral, soit sous une forme sociétaire qui peut d'ailleurs être commerciale. À l'évidence, la récupération lors de la réforme du statut des solutions retenues depuis 1937 chez le VRP (...) demeure un héritage lourd de conséquences* ».

¹⁶⁷⁵ N. MATHEY, Rupture brutale des relations commerciales et agence commerciale, CCC n°6, juin 2012, 149, pour qui la « *protection est finalement bien affaiblie* ». Ph. GRIGNON, *ibid.*, y voyant une « *inégalité* ».

¹⁶⁷⁶ E. CHEVRIER, Agent commercial : durée du préavis en cas de rupture du contrat, D. 2012, p.1062 : « *Du point de vue de la stricte légalité, la solution doit être approuvée puisqu'elle est conforme à l'adage specialia generalibus derogant. Eu égard à*

489. La contradiction inhérente à l'extension de protections souhaitée. Il y a une certaine contradiction à vouloir étendre la protection aux agents commerciaux, en leur appliquant les dispositions de la rupture brutale, car elles ont pour finalité de protéger le marché, mais échoueraient à y parvenir lorsqu'elles sont appliquées largement. En cela, l'extension de l'application aux agents commerciaux ne fera qu'accentuer une dérive déjà constatée. Ne faudrait-il pas plutôt considérer que la protection des agents commerciaux n'est peut-être pas si déficiente qu'il n'y paraît ? Des indications précises sont contenues aux articles L. 134-11 et L. 134-12 du Code de commerce, s'agissant de la durée limitée de préavis, de son terme clairement explicité et de son indemnisation. Pour nous, cette qualité les rend propice à protéger l'agent et le mandant. Ce qui fait nous rendre compte qu'à l'inverse, dans le cadre des dispositions étudiées, les entreprises pâtissent d'une déficience informationnelle. L'auteur fait face à des modalités de préavis insuffisamment précises. En cela, on pourrait même considérer que la connaissance des modalités de mise en œuvre du préavis dû par le mandant ou l'agent est en définitive plus protectrice que celle, partielle, des dispositions de la rupture brutale. Par conséquent, notre préférence va à l'information plutôt qu'à la poursuite d'une indemnisation dans un contexte contentieux. L'accès à l'information offre davantage de perspectives d'anticipation et d'incitation au maintien des activités. La dynamique du marché est ainsi soutenue alors qu'elle a été enrayée, et profondément atteinte, par les applications jurisprudentielles extensives faites des dispositions des ruptures brutales de relations établies.

§2. Les préavis déterminés par d'autres sources du droit

490. La portée d'une situation contradictoire. L'article L. 442-1, II du Code de commerce impose à l'auteur d'une rupture de relation établie le respect d'un préavis qui en tienne compte, et « *en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels* ». On s'interroge sur la portée de ce renvoi qui ne lie absolument pas l'appréciation des juges, bien qu'ils soient insérés dans les dispositions applicables (A,) tandis que de façon opposée, les préavis prévus par des contrats types sont d'application directe et en sont complètement absents (B).

l'esprit des textes qui tend à assurer une protection accrue du cocontractant en fonction de la durée de la relation, la solution peut encore être approuvée dans la mesure où l'article L. 134-11 adopte la même logique que l'article L. 442-6, I, 5°, en faisant dépendre la durée du préavis de la durée du contrat. Quant à l'opportunité, la solution peut en revanche être contestée car elle bride la protection accordée à l'agent commercial à compter de la troisième année ».

A. L'application flottante des usages et accords interprofessionnels des dispositions

491. Le poids indéterminé d'un préavis supérieur aux usages. « *Le groupe Scopelec, soustraitant d'Orange pour l'installation de la fibre optique, poursuit le géant des télécoms en justice pour « rupture brutale de la relation commerciale (...). L'assignation en référé a été déposée le 23 mars [2022] devant le Tribunal de commerce de Lyon*¹⁶⁷⁷ ». Orange en conteste le bien-fondé¹⁶⁷⁸, « en assurant avoir « respecté l'ensemble des délais ¹⁶⁷⁹ » ». L'opérateur ajoute que « *Les attributaires du contrat en vigueur jusqu'au 31 mars 2022 ont été prévenus dès 2018 du terme de ce marché et du lancement d'un nouvel appel d'offres. Cela leur a été formellement notifié en avril 2020, soit 23 mois avant le terme, avec un préavis supérieur aux usages*¹⁶⁸⁰ ». Est-ce que le fait que le préavis accordé ait été supérieur aux usages est déterminant pour la solution du présent litige ? Les dispositions applicables prévoient que les usages sont pris en compte pour l'appréciation du préavis, mais le fait que les juges n'aient pas à en tenir compte de façon impérative en fait une référence peu utile (1) et ce, malgré l'élargissement des accords interprofessionnels aux usages professionnels (2).

1. Une référence peu utile

492. Plusieurs lectures de portée différente. La rédaction de l'article L. 442-1, II du Code de commerce ne facilite pas la façon dont l'on doit comprendre la référence faite aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels. L'auteur engage sa responsabilité s'il rompt une relation établie « *en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels* ». Plusieurs lectures sont possibles. Dans une première, le préavis devrait tenir compte de la durée de la relation établie et se référer aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels. Dans une deuxième, le préavis pourrait être déterminé en référence aux usages du commerce ou accords interprofessionnels. Dans la lettre originale des dispositions, l'auteur doit respecter un préavis « *tenant compte des relations commerciales antérieures ou des usages reconnus par des accords interprofessionnels* », on y retrouve les deux premières lectures suggérées. Elles apparaissent encore plus explicitement compte tenu de la conjonction de coordination employée : « *ou* ». Cette dernière peut indifféremment être exclusive ou inclusive. Il peut alors s'agir, respectivement, de traiter séparément les termes de l'alternative ou de les traiter

¹⁶⁷⁷ Liaisons sociales quotidien, Wolters Kluwer, 29 mars 2022, n°18520, p. 7.

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*

sans qu'ils ne s'excluent nécessairement¹⁶⁸¹. La disparition de la conjonction de coordination lors de l'entrée en vigueur de la loi NRE et la possibilité du Ministre de fixer un délai minimal de préavis fournit d'autres éléments pour peut-être encore ajouter une autre lecture du texte.

493. Les apports limités de la Loi NRE. Conformément aux dispositions issues de la Loi NRE, l'auteur ne peut pas « *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. (...). À défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée* ». La substitution des conjonctions de coordination (« ou » a été remplacé par « et ») exclut que le préavis puisse seulement être déterminé par référence aux usages du commerce et aux accords interprofessionnels. Il doit nécessairement tenir compte de la durée, mais pas forcément en priorité. Le Ministre peut prendre des arrêtés, ayant pour objet de fixer des préavis propres à certaines catégories de produits. Mais à la différence du début de l'alinéa, les arrêtés prennent d'abord en compte les usages du commerce et, finalement, la durée de la relation commerciale, introduite par l'adverbe « notamment », d'autres critères peuvent encore la précéder. La construction de la phrase diffère de la première et il est dès lors possible de proposer une hiérarchie entre les différents éléments devant participer à la détermination du préavis. Le choix rédactionnel de faire primer les usages sur la durée n'est pas anodin et laisse à penser qu'en certains secteurs la durée de la relation commerciale n'est pas le critère incontournable révélant l'importance de la relation d'affaires. S'agissant de « *catégorie de produits* », la prise en considération de volumes peut être plus décisive. En définitive, et ayant exclu que le préavis puisse seulement être déterminé en référence aux usages du commerce et aux accords interprofessionnels, il faut désormais les associer à la durée de la relation établie. Dans cette voie, la Loi NRE apporte une indication supplémentaire : si les usages du commerce et les accords interprofessionnels prévoient d'éventuelles durées de préavis, celles-ci ne peuvent être considérées que comme des durées minimales.

494. Des durées plancher et des arrêtés vains. Les durées minimales de préavis prévues par certains usages du commerce ou accords interprofessionnels ne gardent pas l'auteur hors de l'appréciation prétorienne. Les juges de la Cour de cassation l'ont affirmé très clairement : « *l'existence d'un accord interprofessionnel ne dispense pas la juridiction d'examiner si le préavis, qui respecte le délai minimal fixé par cet accord, tient compte de la durée de la relation commerciale*

¹⁶⁸¹ V° « Ou », sens 1, dictionnaire de l'Académie française, version en ligne

*et des autres circonstances de l'espèce*¹⁶⁸² ». Les solutions convergent vers la réévaluation par les juges du préavis octroyé¹⁶⁸³, en dépit pour l'auteur d'avoir respecté les durées de préavis des usages de commerce ou d'accords interprofessionnels. Les dispositions légales ne peuvent être contournées par des usages du commerce ou un accord interprofessionnel placés sur une marche inférieure à la loi dans la hiérarchie des normes. La solution est inattaquable mais en l'état cela n'incite absolument pas les professionnels à trouver des accords avec des durées de préavis. En outre, et à notre connaissance, aucun arrêté n'a été pris par le ministre chargé de l'économie¹⁶⁸⁴. Cette possibilité a depuis disparu. La référence aux usages du commerce et aux accords interprofessionnels a été maintenue lors des modifications de 2019, alors qu'ils sont peu nombreux et on ignore globalement ce qui préside à leur création.

2. Les accords interprofessionnels supplantés par les usages professionnels

495. De rares accords interprofessionnels à l'élaboration indéterminée. La CEPC a dénombré quatre accords interprofessionnels ayant été pris en application des dispositions de l'articles L. 442-6, I-5° du Code de commerce¹⁶⁸⁵. Signalé par des praticiens¹⁶⁸⁶, la Fédération des Entreprises et Entrepreneurs de France et la Fédération des entreprises du Commerce et de la Distribution ont établi « *un guide de bonnes pratiques en matière de relations commerciales* », lequel a été par la suite qualifié d'« *accord* » par la CEPC. Cette qualification correspond-elle à une promotion ou est-elle seulement utilisée à des fins de synonymie ? L'équivalence entre un guide et un accord interprofessionnel nie les spécificités de ce dernier. L'interprofession est organisée

¹⁶⁸² Cass. Com. 02 déc. 2008, n°08-10.731, Bull. civ. IV, n°201, J.-D. n°2008-046098.

¹⁶⁸³ Cass. Com., 03 mai 2012, n°11-10.544, Bull. civ. IV, n°85, J.-D. n°2012-009119, reprenant mot pour mot la solution de l'arrêt visé dans la note de bas de page précédente, mais présentant l'intérêt d'ajouter un exemple de circonstances de l'espèce pouvant aussi pris en compte pour la détermination du préavis : « *l'existence d'usages professionnels ne dispense pas la juridiction d'examiner si le préavis, qui respecte le délai minimal fixé par ces usages, tient compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances de l'espèce, notamment de l'état de dépendance économique de l'entreprise évincée* », on souligne.

¹⁶⁸⁴ C. MOULY-GUILLEMAUD, Réforme : Le Gouvernement réforme par ordonnance le régime de la rupture brutale (Loi Egalim), 24 avril 2019, Concurrences n° 3-2019, art. n°91045, « *A également disparue l'ancienne référence à d'éventuels arrêtés du ministre chargé de l'économie par catégorie de produits, bien inutile faute de mise en œuvre* ».

¹⁶⁸⁵ CEPC, Avis n°13-04 relatif à la liste des accords interprofessionnels pris en application de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, prévoyant un délai de préavis pour la rupture de relations commerciales établies, 27 mai 2013 : « *À ce jour, seuls 4 accords pris en application de ces dispositions ont été recensés : [1] L'accord des usages professionnels de la Fédération de l'imprimerie et de la communication graphique (janvier 1998), [2] L'accord relatif à l'exploitation en location gérance des fonds de commerce de station service des sociétés pétrolières (14 juin 1994) ; [3] L'accord conclu dans le secteur du bricolage entre l'Union des industries du bricolage et la Fédération Française des Magasins de Bricolage (15 janvier 2002), [4] L'accord conclu entre La Fédération des Entreprises et Entrepreneurs de France (FEEF) et la Fédération des entreprises du Commerce et de la Distribution (FCD) (6 mars 2013)* ».

¹⁶⁸⁶ NOMOS, société d'avocats, La lettre économique NomoS n°134, disponible depuis l'URL : <https://www.nomosparis.com/wp-content/uploads/2013/09/8feeffcd.pdf>, consulté le mer. 22 juin 2020.

en matière sociale¹⁶⁸⁷ et agricole¹⁶⁸⁸. La représentativité doit être assurée. Par exemple, l'article L. 632-1 du Code rural et de la pêche maritime précise que « *les groupements constitués à leur initiative par les organisations professionnelles représentant la production agricole (...) peuvent, s'ils représentent une part significative de ces secteurs d'activité, faire l'objet d'une reconnaissance en qualité d'organisations interprofessionnelles* ». Il ne s'agit pour l'organisation interprofessionnelle ni de réunir la totalité des organisations professionnelles ni de couvrir toutes les spécificités propres à certaines activités¹⁶⁸⁹. Elle doit toutefois avoir été reconnue aux conditions posées légalement. Dans l'article L. 442-1, II du Code de commerce, on suppose que les accords interprofessionnels visés sont ceux pris par les organisations interprofessionnelles organisées en dehors de ce Code. Mais il ne le précise pas et reste pour le moins lacunaire sur la démarche à suivre pour qu'un accord interprofessionnel puisse effectivement prévoir des durées de préavis spécifiques à un secteur. De façon opposée, dans la loi du 04 août 2008, on trouve la possibilité pour certains professionnels de déroger aux délais de paiement fixés en en définissant un qui leur soit supérieur¹⁶⁹⁰. Pour faire cela, plusieurs conditions ont été posées et l'avis de l'Autorité de la concurrence doit être recueilli. Elle en a rendu un favorable eu égard à l'accord pris par trois organisations professionnelles du secteur du disque¹⁶⁹¹, après avoir dûment relevé « *qu'un acteur important de l'activité disques n'est en revanche présent dans aucune de ces trois organisations professionnelles*¹⁶⁹² », et que d'autres espaces de vente de disques, physiques ou virtuels, n'adhèrent pas non plus à l'une d'elles¹⁶⁹³. Toutefois, et compte tenu des différentes justifications avancées, l'Autorité de la concurrence émet un avis favorable et propose même « *son extension aux opérateurs placés dans une situation comparable quant à l'exercice de leur activité ou agissant dans le secteur de la vente à distance de CD et de DVD musicaux*¹⁶⁹⁴ ». L'avis à recueillir auprès de l'Autorité de la concurrence permet un examen approfondi du secteur considéré ainsi qu'une analyse fine de l'enjeu concurrentiel. Il aurait tout à fait été imaginable de prévoir un processus sinon identique, du moins comparable, pour inciter certaines interprofessions à prévoir les délais de préavis plus à même de correspondre aux caractéristiques de leur secteur d'activité. Les dispositions applicables auraient dû être modifiées de façon à garantir l'efficacité des accords pris. Après avoir recueilli un avis favorable de l'Autorité de la concurrence, il aurait fallu prévoir qu'ainsi pris et *validés*, de tels accords s'imposeraient aux juges. La faisabilité en matière de délais de

¹⁶⁸⁷ Par ex. C. du trav., art. L. 2121-1, énumérant les critères cumulatifs de la représentativité des organisations syndicales.

¹⁶⁸⁸ Par ex. C. rural et de la pêche maritime, art. L. 632-1 et art. R. 632-1 à 632-4-1-1, ces derniers forment la sous-section 1 précisant les conditions de reconnaissance et de retrait de reconnaissance des organisations interprofessionnelles, de la section 1 intitulée « *Dispositions générales* », du Chapitre II intitulé « *Les organisations interprofessionnelles agricoles* », du Titre III intitulé « *Les accords interprofessionnels agricoles* », du Livre VI intitulé « *Production et marchés* » de la partie réglementaire dudit Code. F. DARRIBEAUDE, Organisation professionnelle de l'agriculture, JCI Administratif, fasc. 351, maj 31 mars 2011, 158 et s.

¹⁶⁸⁹ F. DARRIBEAUDE, *ibid.*, spéc. 161.

¹⁶⁹⁰ L. n°2008-776 du 04 août 2008 de modernisation de l'économie, JORF n°0181 du 05 août 2008, texte n°1, art. 21, III.

¹⁶⁹¹ Aut. conc., avis n°09-A-28 du 25 juin 2009 relatif à un accord dérogatoire aux délais de paiement dans le secteur du disque.

¹⁶⁹² *Ibid.*, pt. 41.

¹⁶⁹³ *Ibid.*, pt. 42.

¹⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 15, Conclusion.

paiement dérogatoire nous pousse à penser que cela aurait aussi été possible en matière de rupture brutale de relations établies. Le refus des juges de considérer l'accord interprofessionnel de l'imprimerie fournit un contre-exemple qui n'aurait probablement pas existé en présence d'une procédure d'élaboration comme celle qui été décrite.

496. Un refus d'application justifié. La détermination du préavis à observer en référence au chiffre d'affaires réalisé figure parmi les usages professionnels et les conditions générales de vente de la Fédération de l'Imprimerie et de la Communication Graphique¹⁶⁹⁵. Mobilisés et versés au litige opposant un éditeur à son imprimeur¹⁶⁹⁶, le premier se défend d'en avoir respecté les termes pour le calcul du préjudice subi. Les juges ont refusé d'appliquer le contenu de cette « *codification*¹⁶⁹⁷ » en l'absence d'éléments concourant à prouver que ces usages professionnels et conditions générales de vente constituent un « *accord professionnel*¹⁶⁹⁸ ». Aucun élément supplémentaire n'est fourni quant au point de savoir par quels éléments un accord professionnel est constitué. Seulement, les juges de la Cour de cassation avaient précédemment considéré que les mêmes usages étaient des usages professionnels¹⁶⁹⁹. Pour autant, la solution jurisprudentielle ne semble pas discutable dans la mesure où les usages professionnels des « *imprimeurs prévoient une durée de préavis en fonction – exclusivement – de la réalisation du « chiffres d'affaires annuel de l'ensemble des travaux de l'imprimeur, pour le périodique en cause »*. Ils sont *contra legem*¹⁷⁰⁰. Les usages et les accords interprofessionnels ne peuvent pas déroger à la condition obligatoire de faire dépendre la durée de préavis de la durée de la relation commerciale établie. Ainsi conçu,

¹⁶⁹⁵ Fédération de l'Imprimerie et de la Communication Graphique, Usages professionnels et conditions générales de vente, 1997, Paris, ISBN n°2-87708-054-4, article 203 « Calcul du préavis », pp. 28-29, consulté depuis l'URL : https://www.sne.fr/app/uploads/2017/11/usages_professionnels_imprimeurs.pdf, le jeu. 23 juin 2022.

¹⁶⁹⁶ CA Paris, 26 mars 2015, Pôle 05, Ch. 05, n°13/19922, J.-D. n°2015-007084.

¹⁶⁹⁷ Fédération de l'Imprimerie et de la Communication Graphique, Usages professionnels et conditions générales de vente, 1997, *ibid.*, préambule, p.9.

¹⁶⁹⁸ CA Paris, 26 mars 2015, Pôle 05, Ch. 05, n°13/19922, *ibid.* : « *Considérant, d'une part, que si la société Press Up affirme que l'Union Nationale de l'Imprimerie et de la Communication qui a succédé à la Fédération de l'Imprimerie et de la Communication Graphique représente près des trois quarts du chiffre d'affaires de l'ensemble de la profession, elle n'apporte cependant pas d'élément qui démontrerait que les « Usages professionnels et conditions générales de vente » dont elle demande l'application constituent, au sens de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce, un « accord professionnel » dont le contenu serait déterminé « en référence aux usages du commerce »*.

¹⁶⁹⁹ C. MOULY-GUILLEMAUD, La rupture brutale, au fond, trouve parfois justification mais peu de constance dans les qualifications, La lettre de la distribution, CDE Montpellier, Mai 2015, p. 2 : « *On s'irritera encore de l'inconstance de la jurisprudence lorsqu'on se souvient que la Cour de cassation avait pu admettre que lesdits usages constituaient des usages professionnels, mais simplement qu'ils ne dispensaient pas la juridiction d'apprécier le préavis au vu des circonstances de l'espèce.* ». Elle renvoie à l'arrêt de la Cour de cassation du 03 mai 2012 (n°11-10.544, J.-D. n°2012-009119), en vertu duquel il est affirmé que les usages professionnels ne lient pas les juges pour la détermination du préavis. Cet arrêt de la Cour de cassation et l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 26 mars 2015 précité visent identiquement les usages professionnels et conditions générales de vente de la Fédération de l'Imprimerie et de la Communication Graphique, pour la première ce sont des usages professionnels, pour la seconde ce ne sont pas des accords interprofessionnels. Nous ajoutons que l'arrêt de la Cour d'appel de Rouen les vise également en tant que tels : CA Rouen, Ch. 02, 18 janv. 2007, n°05/04381, J.-D. n°2007-328031, visé par Ph. GRIGNON, Usages et préavis, AJCA 2018, p. 356.

¹⁷⁰⁰ Ph. GRIGNON, Usages et préavis, AJCA 2018, p. 356. L'auteur met en doute « *la pertinence de [l'] inventaire [de la CEPC recensant les accords interprofessionnels] [...] il paraît contestable qu'il [le code des usages professionnels de la Fédération de l'imprimerie graphique et de la communication] ait pu être « pris en application » du nouveau dispositif [art. L. 442-6, I-5° C. Com.]* ».

l'accord n'aurait pas pu recueillir l'avis favorable de l'Autorité de la concurrence si la procédure d'élaboration précédemment décrite avait existé. Par contre, peut-il être recouru à des usages, en dehors d'accords interprofessionnels constitués, satisfaisant à cette condition ?

497. L'évocation possible des usages professionnels. Sur le point de savoir si des usages professionnels peuvent participer à la fixation de la durée de préavis, des avis différents s'élèvent. Certains recommandent de recourir avec prudence à « *ces coutumes professionnelles [qui] ne constituent pas des critères d'appréciation jurisprudentiels*¹⁷⁰¹ » alors même que la lettre du dispositif commande de les prendre en référence. Dans cette voie, les juges ont admis, à plusieurs reprises, des usages professionnels. Ce faisant, ils ont un temps passé outre le fait que de tels usages devaient être contenus dans des accords interprofessionnels, comme le dictait la préposition « *par* ». En doctrine, plusieurs décisions en ce sens ont été relevées, visant tour à tour les usages « d'une profession¹⁷⁰² », de « la matière¹⁷⁰³ », et plus généralement les « usages du commerce¹⁷⁰⁴ ». De surcroît, des indications d'un syndicat professionnel ont aussi été visées par

¹⁷⁰¹ Le Lamy Droit Économique [en ligne], maj nov. 2022, n°3135 : « *D'aucuns seraient sans doute tentés de se rabattre sur les « usages du commerce » également cités par le législateur. La démarche nous semble, une fois encore, mal aisée. Une lecture attentive du texte démontre en effet que ces coutumes professionnelles ne constituent pas des critères d'appréciation jurisprudentiels, mais de simples guides destinés aux organisations professionnelles (voire au ministre de l'Économie) dans l'élaboration d'accords de branche ou de filière* ».

¹⁷⁰² Ph. GRIGNON, *ibid.*, citant : CA Rouen, Ch. 02, 18 janv. 2007, n°05/04381, *ibid.*, CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 02 fév. 2017, n°15/04850, J.-D. n°2017-002436, secteur d'activité : imprimerie, « *Que la durée de 12 mois accordée par Franprix est supérieure à la durée de neuf mois prévue par les usages professionnels applicables dans le secteur de l'imprimerie, et qu'elle peut être considérée comme adaptée aux circonstances particulières et à la durée des relations* » (jurisprudence aussi visée par F. BUY, Rupture brutale des relations commerciales établies : panorama 2017, RLDC, n°155, 01 janv. 2018 « *les juges considèrent volontiers que l'usage professionnel doit servir de référence en l'absence même d'accord* »), CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 01 fév. 2018, n°15/11151, J.-D. n°Ø, secteur d'activité : nettoyage industriel, « *Que le pourcentage de chiffre d'affaires de 34 % réalisé avec Vinci, même s'il est important, n'établit pas pour autant l'existence d'une dépendance économique, ni l'impossibilité, pour Sanizor, de se réorienter rapidement, les premiers juges ayant estimé à juste titre que la durée de trois mois était suffisante pour une entreprise de nettoyage industriel pour s'adapter à la perte d'un contrat et que cette durée était conforme aux usages professionnels* », *contra* CA Amiens, Ch. économique, 15 juin 2004, RG n°03/01857, J.-D. n°2004-247709 : « *Attendu qu'en l'espèce [le partenaire évincé] n'établit l'existence ni d'un accord interprofessionnel ni d'un usage du commerce quant à la durée des préavis devant être respectés à l'occasion de la rupture du contrat de prestations confié à une entreprise de nettoyage* ».

¹⁷⁰³ CA Paris, Pôle 02, Ch. 05, 19 mai 2015, n°12/19394, J.-D. n°Ø, secteur d'activité : courtage en assurance, « *Considérant que la rupture brutale alléguée n'est pas établie dès lors que l'assureur a adressé au courtier un préavis écrit, qu'il lui a laissé un délai de six mois pour procéder au remplacement des anciens contrats souscrit auprès de lui, ce qui correspond au préavis conforme aux usages en pareille matière* ».

¹⁷⁰⁴ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 10 fév. 2010, n°07/20870, J.-D. n°2010-015540, secteur : équipementier automobile, « *dans ces conditions de fait et de droit et compte tenu, notamment, de la nature généraliste de l'activité d'entrepoteur de l'appelante qui ne disposait, au demeurant, d'aucune exclusivité avec l'intimée et que nul obstacle, technique ou juridique, n'empêchait de rechercher d'autres clients, le préavis conventionnel susrappelé de 2 mois ne présentait nul caractère intrinsèquement déraisonnable au regard de la durée des relations entre les intéressés et des usages du commerce au sens de l'article L 442-6.I.5° susmentionné* ». CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 07 fév. 2013, n°10/24348, J.-D. n°2013-015572, secteur d'activité : commerce de gros alimentaire non-spécialisé, « *Il est établi que les sociétés appelantes ont continué à s'approvisionner auprès de la société Diapar jusqu'au début du mois d'octobre 2008. Le tribunal a observé, à juste titre, qu'au delà de l'engagement de ces sociétés de respecter un préavis de 6 mois, un tel préavis était conforme aux usages et que la société Diapar était donc fondée à solliciter la condamnation des sociétés Jof, Fid'I et Sogereims à lui payer des dommages et intérêts correspondant à la perte de marge brute qu'elle aurait normalement dû réaliser entre la date à laquelle les sociétés appelantes ont cessé de s'approvisionner auprès d'elle et la date normale d'expiration du préavis, soit le 4 décembre 2008* ».

les juges versaillais¹⁷⁰⁵. La Cour de cassation, après avoir énuméré des critères pouvant être pris en compte pour la détermination du préavis, n'omet pas d'inclure parmi eux « *la durée minimale de préavis déterminée en référence aux usages du commerce*¹⁷⁰⁶ ». Cet arrêt précède la modification du dispositif par l'ordonnance du 24 avril 2019. La préposition « *par* », liant précédemment les usages à l'existence des accords interprofessionnels, disparaît au profit de la conjonction de coordination « *ou* ». Ce remplacement rend désormais possible la référence aux usages du commerce sans que ceux-ci ne soient nécessairement formalisés dans des accords interprofessionnels. Les parties peuvent donc se référer aux usages du commerce pour l'appréciation de la durée de préavis suffisant sans que ceux-ci ne lient pour autant le juge. La référence aux usages et accords interprofessionnels atteste de la force toute relative avec laquelle ils peuvent influencer pour la détermination des préavis. Les questions de représentativité et de légitimité se posent lors de l'élaboration de tels accords¹⁷⁰⁷. En ce sens, les juges ont par deux fois refusé de considérer, pour le secteur de l'imprimerie un accord interprofessionnel¹⁷⁰⁸ et, pour le domaine de la publicité un contrat-type¹⁷⁰⁹ ¹⁷¹⁰. Seule cette dernière forme est susceptible de faire obstacle à l'application du dispositif étudié alors même qu'il n'est aucunement visé par la lettre du texte.

¹⁷⁰⁵ CA Versailles, Ch. 12, Sect. 02, 18 mai 2006, n°04/08829, J.-D. n°2006-321841 : « *considérant qu'il n'existe pas formellement d'accord interprofessionnel établissant la durée du préavis, le syndicat de la fédération des industries textiles indiquant à ce sujet que : 'pour des relations datant de 1 à 5 ans, le préavis raisonnable est en moyenne de 3 à 6 mois, au-delà une durée d'un an peut être envisagée comme raisonnable, en fonction de la nature de la relation commerciale* ». N. MATHEY, Rupture brutale des relations commerciales et usages, CCC n°7, juill. 2012, comm. 174.

¹⁷⁰⁶ Cass. Com., 20 juin 2018, n°16-24.163, J.-D. n°2018-010873 : « *le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine, par les juges du fond, de la durée du préavis qu'ils ont jugée nécessaire en application de l'article L. 442-6,1,5° du code de commerce, à l'issue d'une analyse concrète de la relation commerciale, tenant compte de sa durée, du volume d'affaires réalisé et de la notoriété du client, du secteur concerné comme du caractère saisonnier du produit, de l'absence d'état de dépendance économique du fournisseur et du temps nécessaire pour retrouver un autre partenaire, en respectant, conformément à la loi, la durée minimale de préavis déterminée en référence aux usages du commerce* ».

¹⁷⁰⁷ P. DEUMIER, Coutume et usages, in E. SAVAUX (dir.), Rép. de droit civil, Dalloz, mars 2014, maj juin 2016, n°51. Rédaction de l'usage par les organisations professionnelles.

¹⁷⁰⁸ CA Paris, 26 mars 2015, Pôle 05, Ch. 05, n°13/19922, J.-D. n°2015-007084. P. GRIGNON, Usages et préavis, AJCA 2018, p. 356, n°1.1.1. Une sollicitation extensive des usages professionnels.

¹⁷⁰⁹ CA Versailles, Ch. 12, section 02, 05 fév. 2009, n°07/06076 : « *[...] le contrat type du 19 septembre 1961 ne constitue qu'une déclinaison, dans le domaine des agences de publicité -pour lesquelles les relations commerciales ne peuvent, sans brusquerie, être rompues sans préavis de six mois-, du principe édicté aujourd'hui par l'article L442-6 du code de commerce* ». RJD 10/09 n°897. CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 04 déc. 2015 n°13/24248 : « *Considérant que, si la société AILLEURS EXACTEMENT invoque les usages de la profession prévoiraient un préavis de six mois, elle n'établit l'existence d'aucun accord interprofessionnel en ce sens, le simple 'avis relatif à la formule type de contrat établi en application de l'article 1er, 1er alinéa, de l'arrêté du 15 décembre 1959 entre annonceurs et agents de publicité pour régler leurs rapports', diffusé sur le site internet de 'l'union des annonceurs' (www.uda.fr), tel qu'édité le 11 mars 2014, ne pouvant constituer une telle preuve* ».

¹⁷¹⁰ Arrêté du 15 déc. 1959 portant création auprès du secrétaire d'État au commerce intérieur d'un comité d'experts pour l'étude des problèmes posés dans les rapports entre annonceurs et les agents de publicité, JORF du 17 déc. 1959, p. 12015. Avis relatif à la formule type du contrat établie en application de l'article 1^{er}, premier alinéa de l'arrêté du 15 déc. 1959 entre annonceurs et agents de publicité pour régler leurs rapports.

B. L'application directe des contrats types absents des dispositions

498. La sélection d'un contrat type. Pour l'étude de l'application directe des contrats-types, on en a choisi un seul : celui applicable aux transports publics routiers de marchandises exécutés par des sous-traitants car il se rencontre fréquemment en jurisprudence. On l'a resitué parmi les autres contrats types, présentés dans les annexes du Code des transports, à l'aide d'un tableau que l'on fournit en annexe¹⁷¹¹. On pourra aussi utilement s'y reporter quand les autres contrats types seront évoqués à l'aune de l'harmonisation intervenue en 2021. Ceux-là et le contrat type examiné comportent des clauses organisant la cessation des relations au moyen de préavis. Dès lors que les parties n'ont rien prévu, le contrat type est le seul applicable. La solution a été mise au jour par la jurisprudence mais ne cesse depuis d'être critiquée, non seulement parce qu'elle crée des distorsions de protection (1) mais aussi car le retour des stipulations supplétives dans le giron des dispositions de la rupture brutale a été contrarié par un défaut de logique et une volonté combiner des dispositions qui s'excluent (2).

1. Une solution prétorienne à l'origine de disparités de protection

499. Un contrat type d'application immédiate. Dans leur arrêt du 22 janvier 2008, les juges de la Cour de cassation affirment que la cour d'appel n'avait pas à faire application des dispositions de la rupture brutale dès lors que l'auteur avait respecté le préavis du contrat-type applicable¹⁷¹². En l'espèce, l'entreprise exerçant une activité de transport public de marchandises avait été régulièrement affrétée depuis 1976 par le donneur d'ordres. Lorsque celui-ci l'a informée, le 30 septembre 2004, qu'il a décidé de résilier, avec effet au 31 décembre 2004, elle l'a assigné. En appel¹⁷¹³, les juges ont fait application du contrat-type de 2003¹⁷¹⁴, bien qu'il ait été postérieur à la relation établie. La solution pose un problème d'application de la loi dans le temps et, plus précisément, d'effet immédiat de la loi nouvelle¹⁷¹⁵. Le contrat-type a été pris dans le cadre de la loi d'orientation des transports intérieurs¹⁷¹⁶ et a été d'application immédiate pour régir les effets à

¹⁷¹¹ V. Annexe 1.

¹⁷¹² Cass. Com., 22 janv. 2008, n°06-19.440, Bull. civ. IV, n°12, J.-D. n°Ø. RJDA 2008, 649. BRDA 02/09, 20. B. BOULOC, Transports terrestres. Soumission au contrat-type, RTD Com. n°03 du 15 sept. 2008, p. 618. X. DELPECH, Contrats-types de transport public de marchandises : application dans le temps, D. 2008, p. 412. Contrats, JCP E n°10, 06 mars 2008, 1325.

¹⁷¹³ CA Rouen, Ch. 02, 29 juin 2006, n°05/03543, J.-D. n°2006-308049.

¹⁷¹⁴ D. n°2003-1295 du 26 déc. 2003 portant approbation du contrat-type applicable aux transports publics routiers de marchandises exécutés par des sous-traitants, JORF du 30 déc. 2003, texte n°42, pp. 22426-22434.

¹⁷¹⁵ L. BACH, Conflits de loi dans le temps – Introduction aux conflits de lois dans le temps, in E. SAVAUX (dir.), Rép. de droit civil, Dalloz, mai 2006, maj déc. 2019, spéc. 104.

¹⁷¹⁶ L. n°82-1153 du 30 déc. 1982 d'orientation des transports intérieurs, JORF n°304 du 31 déc. 1982, p. 4004, ci-après désignée à l'aide de l'acronyme communément admis : « Loi LOTI ».

venir des relations de sous-traitance non formalisées¹⁷¹⁷. Le décret instaurant le contrat-type réglait un effet futur, soit la rupture de la situation juridique extracontractuelle de sous-traitance. En l'espèce, et en l'absence d'accord écrit entre les entreprises de transport, le contrat-type avait alors vocation à régir leurs relations. Les entreprises ont donc été dans l'obligation de l'appliquer malgré son entrée en vigueur vingt-sept ans après le commencement de leur relation. Les juges d'appel ont conséquemment écarté les dispositions de la rupture brutale et les juges du droit leur ont donné raison. La solution est depuis constante¹⁷¹⁸, sans pour autant avoir eu raison de l'opiniâtreté d'un pan de la doctrine à montrer qu'il y a un problème¹⁷¹⁹ : les différences flagrantes de traitement créées entre les entreprises ayant convenu de leurs propres stipulations et celles devant appliquer le contrat-type. La nouvelle version dudit contrat type, entrée en vigueur le premier octobre 2019¹⁷²⁰, et l'harmonisation des dispositions relatives à la durée dans d'autres divers contrats types¹⁷²¹, entrées en vigueur le premier septembre 2021, tempèrent la situation sans pour autant la résoudre.

¹⁷¹⁷ Cass. Com., 22 janv. 2008, n°06-19.440, *ibid.* : « Mais attendu qu'un contrat-type, institué sur le fondement de l'article 8, § II, de la loi du 30 décembre 1982, d'orientation des transports intérieurs (LOTI), règle pour l'avenir, dès l'entrée en vigueur du décret qui l'établit, les rapports que les parties n'ont pas définis au contrat de transport qui les lie ».

¹⁷¹⁸ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 25 nov. 2021, n°18/07196, J.-D. n°2021-019226 : « Les parties ont donc conclu un contrat de transport de type sous-traitance, et non pas un contrat de type commission. (...) En l'espèce, aucun contrat écrit n'ayant été signé entre les parties, leurs relations contractuelles étant dès lors régies par le contrat type, l'application de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce est exclue. (...) La résiliation du contrat par la société CAT, sans préavis ni indemnité, est dès lors justifiée ». Cass. com. 25 sept. 2019, n°17-22.275, J.-D. n°2019-016788 : « Attendu que pour statuer sur la demande fondée sur l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, l'arrêt retient que si le contrat type de sous-traitance peut servir de contrat-cadre dans la relation avec un transporteur, il ne s'impose pas et revêt tout au plus un caractère supplétif ; Qu'en statuant ainsi, tout en relevant qu'aucun contrat écrit n'avait été signé entre les parties, ce dont il résultait que leurs relations contractuelles étaient régies par le contrat type et qu'était exclue l'application de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ». Cass. Com., 04 oct. 2011, n°10-20.240, Bull. civ. IV, n°151, J.-D. n°2011-021084. N. MATHEY, Exclusion de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce en présence d'un contrat type LOTI, CCC n°12, déc. 2011, comm. 259. X. DELPECH, Contrat de transport : rupture de la relation commerciale établie, D. 2011, p. 2465. C. PAULIN, Rupture brutale des relations commerciales, Revue de droit des transports n°12, Déc. 2011, comm. 190. M. TILCHE, « Merci le contrat type ! », BTL du 17 oct. 2011, n°3383, pp. 579-580.

¹⁷¹⁹ N. MATHEY, Le contrat-type Loti fait toujours obstacle à l'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, CCC n°11, nov. 2019, 179 : « L'erreur de la cour d'appel, si l'on ose dire, est d'avoir considéré que le caractère supplétif du contrat-type devait céder face au caractère impératif de la loi. Ce qui peut apparaître logique est ici considéré comme incohérent. Il est vrai que cela réduirait considérablement l'effectivité du contrat-type que de faire prévaloir la loi ! ».

¹⁷²⁰ D. n°2019-695 du 1er juillet 2019 relatif au contrat type applicable aux transports publics routiers de marchandises exécutés par des sous-traitants, JORF n°0152 du 03 juill. 2019, texte n°43.

¹⁷²¹ D. n°2021-985 du 26 juill. 2021 harmonisant les dispositions relatives à la durée, à la reconduction et à la reconduction et à la résiliation de divers contrats types relatifs au transport routier de marchandises, JORF n°0173 du 28 juill. 2021, texte n°47, notice : « le code des transports prévoit que tout contrat de transport public routier de marchandises comporte des clauses précisant les obligations respectives des parties dans l'exécution des opérations et qu'à défaut de convention écrite, les rapports entre les parties sont, de plein droit, ceux fixés par des contrats types établis par voie réglementaire. Le décret vise à harmoniser les dispositions relatives à la durée, à la reconduction et à la résiliation du contrat type de commission de transport, du contrat type applicable aux transports publics routiers de marchandises pour lesquels il n'existe pas de contrat type spécifique, du contrat type pour le transport public routier en citernes, du contrat type pour le transport routier d'objets indivisibles, du contrat type applicable aux transports publics routiers d'animaux vivants et du contrat type de location d'un véhicule industriel avec conducteur pour le transport routier de marchandises. Ces contrats types figurent en annexes du code des transports, à l'exception du contrat type applicable aux transports publics routiers d'animaux vivants, qui figure en annexe au code rural et de la pêche maritime ». V. Annexe 1.

500. Les disparités de protection engendrées par l'application du contrat type. Le processus d'homologation du décret ayant donné lieu au contrat type étudié a donné lieu à une phase de négociation¹⁷²² entre des organismes professionnels du secteur et des représentants de la sphère publique, par le truchement du Conseil national des transports. D'aucuns ont fait observer que « *les pouvoirs publics ont, en quelque sorte, validé le caractère équitable et protecteur des intérêts en cause*¹⁷²³ ». La protection des intérêts en cause n'englobe pas ceux de toutes les entreprises et, en cela, l'élaboration en interprofession n'écarte pas totalement le risque de distorsion de protection. L'application du contrat-type en jurisprudence révèle de sérieuses disparités entre entreprises alors qu'elles exercent la même activité, dans le même secteur. L'article L. 1432-4 du Code des transports prévoit qu' « *à défaut de convention écrite et sans préjudice de dispositions législatives régissant les contrats, les rapports entre les parties sont, de plein droit, ceux fixés par les contrats-types prévus à la section 3* ». Les relations entre entreprises agissant en tant que sous-traitant sont donc traitées distinctement selon que les entreprises ont rédigé leur propre contrat ou selon qu'elles ne l'ont pas fait, et c'est en ce dernier cas seulement que leurs relations sont régies par le contrat type applicable. Le contrat type est ainsi d'application supplétive. Des ruptures de relations de sous-traitance de transport peuvent donc être précédées de préavis de durées différentes en toute légalité. Les modifications de 2019 et 2021 vont dans le sens d'un allongement des préavis¹⁷²⁴, mais cela ne règle pas les différences dans les solutions contrariant toujours apparemment la hiérarchie des normes.

501. L'application du contrat-type en contradiction apparente avec la hiérarchie des normes. En doctrine, la Professeure Béhar-Touchais a questionné la légalité du décret¹⁷²⁵. Le contrat-type fixerait des délais de préavis sans tenir compte de l'ancienneté des relations de sous-traitance comme le commande la lettre du dispositif. Mais le contrat type tel qu'il avait été prévu

¹⁷²² L. n°82-1153 du 30 déc. 1982 d'orientation des transports intérieurs, *ibid*, Art. 8, II, al. 2, *in fine* : « *À défaut de convention écrite définissant les rapports entre les parties au contrat sur les matières mentionnées à l'alinéa précédent, les clauses de contrats types s'appliquent de plein droit. Ces contrats types sont établis par décret, après avis des organismes professionnels concernés et du conseil national des transports* ».

¹⁷²³ BRDA 02/09, 20, spéc. 2° : « *Par ce décret, précédé d'une négociation professionnelle entre les différents partenaires, les pouvoirs publics ont, en quelque sorte, validé le caractère équitable et protecteur des intérêts en cause des délais institués et qui sont d'ailleurs modulés au regard de différentes durées de relations commerciales* ».

¹⁷²⁴ D. n°2019-695 du 1er juillet 2019, *ibid.*, spéc. art. 14.2 : « *Chacune des parties peut y mettre un terme par l'envoi d'une lettre recommandée avec avis de réception moyennant un préavis se calculant comme suit : a) Un (1) mois lorsque la durée de la relation est inférieure ou égale à six (6) mois ; b) Deux (2) mois lorsque la durée de la relation est supérieure à six (6) mois et inférieure ou égale à un (1) an ; c) Trois (3) mois lorsque la durée de la relation est supérieure à un (1) an et inférieure ou égale à trois (3) ans ; d) Quatre (4) mois quand la durée de la relation est supérieure à trois (3) ans, auxquels s'ajoute une semaine, par année complète de relations commerciales, sans pouvoir excéder une durée maximale de six (6) mois.* »

¹⁷²⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, Délai de préavis – L'article L. 442-6, I-5° du Code de commerce confronté aux contrats-types et aux accords interprofessionnels, RLC, n°15, 01 avr. 2008, 1074, posant la question suivante : « *Même si le contrat-type a valeur de norme (supplétive de volonté) du fait de son adoption par décret, on peut se demander si ce décret n'est pas illégal quand il ne respecte pas un texte comme celui de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, dès lors que le contrat-type ne fixe pas le délai de préavis, en fonction de la durée antérieure des relations commerciales établies ?* ».

prévoyait des durées de préavis croissantes en fonction de la durée d'exécution dudit contrat¹⁷²⁶. En comparaison avec les durées de préavis octroyées par les juges, celles du contrat-type semblaient bien dérisoires¹⁷²⁷. Mais contraint par l'application du contrat-type, les juges ne peuvent apprécier la durée de préavis nécessaire. « [...] une telle interprétation revient à faire primer un texte réglementaire sur un texte législatif¹⁷²⁸ » ; la prévalence du décret instituant le contrat-type sur le dispositif légal serait ainsi contraire à la hiérarchie des normes¹⁷²⁹. Toutefois, la référence à la Loi LOTI¹⁷³⁰ remet sur la même marche les dispositions applicables. Il n'y a que si les dispositions de la rupture brutale étaient reconnues comme loi de police qu'elles prévaudraient. L'appréciation souveraine des juges du fond devrait alors pouvoir être mise en œuvre même en présence du contrat-type et pas uniquement lorsque les parties stipulent. Leurs prévisions donnent lieu à différentes situations mais qui ne devraient pas toutes se retrouver dans le giron des dispositions applicables même si toutes participent à montrer que l'articulation entre les dispositions est impossible.

2. Le retour contrarié des stipulations supplétives au contrat type dans le giron de la rupture brutale

502. Les différentes stipulations possibles. Les dispositions de la rupture brutale s'appliquent si les parties ont stipulé, encore faut-il savoir ce qu'elles ont stipulé. Plusieurs situations ont été identifiées, pour chacune, l'intitulé du paragraphe peut être lu à l'aide de l'amorce suivante : « *les*

¹⁷²⁶ D. n°2003-1295, *ibid.*, art.12 intitulé : « *Durée du contrat de sous-traitance, reconduction et résiliation* », spéc. art. 12.2 : « *Le contrat de sous-traitance à durée indéterminée peut être résilié par l'une ou l'autre partie par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception moyennant un préavis d'un mois quand le temps déjà écoulé depuis le début d'exécution du contrat n'est pas supérieur à six mois. Le préavis est porté à deux mois quand ce temps est supérieur à six mois et inférieur à un an. Le préavis à respecter est de trois mois quand la durée de la relation est d'un an et plus* ».

Ce préavis est d'un mois quand le temps écoulé depuis le début d'exécution du contrat ne dépasse pas six mois.

Ce préavis est de deux mois quand cette durée dépasse six mois sans excéder un an.

Ce préavis est de trois mois quand cette durée est supérieure à un an. »

¹⁷²⁷ CA Bordeaux, 2^{ème} Ch. civ., 09 fév. 2015, n°10/07124, J.-D. n°2015-002128 : « *La cour, tiendra compte de l'ancienneté importante des relations commerciales, en l'espèce plus de vingt ans, de la taille de l'entreprise C. (6 camions seulement), mais aussi de sa dépendance seulement partielle à l'égard de son client POLYREY, qui a diminué pour parvenir à 17% en moyenne sur les trois années précédant la rupture (...) la cour estime que le temps pour la victime, qui a maintenu ses activités, nécessaire à se rétablir de la rupture brutale de telles relations commerciales est de un an* ».

¹⁷²⁸ D. BAZIN-BEUST, La rupture du contrat de sous-traitance routière ou l'art de combiner le droit des transports et le droit de la concurrence, JCP E n°51-52, 19 déc. 2013, 1704, *in* « I. Le contrat-type de sous-traitance routière, fondement de la règle applicable au préavis » et spéc. *in* « A. L'exclusion du Code de commerce en présence d'un contrat-type ».

¹⁷²⁹ N. MATHEY, Inapplicabilité de l'article L. 442-6, I, 5° au contrat type institué par la LOTI, CCC n°12, déc. 2015, comm. 281 : « *[...] cette solution conduit sans doute à faire prévaloir la règle spéciale sur la règle générale, ce qui peut se concevoir, mais surtout à faire prévaloir le règlement sur la loi dans la mesure où le décret homologuant le contrat type l'emporte sur une loi d'ordre public.* »

¹⁷³⁰ X. DELPECH, Contrat de transport : rupture de la relation commerciales établie, D. 2011, p. 2465 : « *Cet article est écarté au profit du contrat-type, et, plus exactement, pour respecter le principe de hiérarchie des normes, du texte législatif qui sert de fondement aux contrats-types en matière de transport public, à savoir l'article 8, II, de la loi d'orientation des transports intérieurs (LOTI) du 30 décembre 1982, selon lequel les clauses du contrat-type régissant le transport en cause s'appliquent en l'absence de dispositions contractuelles, devenu l'article L. 1432-4 du code des transports* ».

parties ont stipulé (...) ». Elles soulèvent différents problèmes ayant trait, en autres, à la supplétivité et à la prescription.

503. Une référence expresse au contrat type. Les juges de la Cour de cassation ont retenu que les dispositions de la rupture brutale des relations établies ne s'appliquaient pas¹⁷³¹. La portée de cette solution devrait cependant être limitée à la spécificité du cas d'espèce. En l'occurrence, le contrat litigieux a été rattaché au contrat-type alors que ce dernier « *n'était sans doute pas applicable par nature* » ; d'où la référence expresse au contrat-type alors qu'elle n'aurait pas lieu d'être car c'est en l'absence de stipulations particulières (dans le silence des parties) que le contrat type s'applique¹⁷³². Cet arrêt présente l'intérêt de rappeler de devoir vérifier que le contrat type considéré est applicable.

504. Des durées de préavis identiques à celles du contrat type. Les juges du fond retiennent que les dispositions de la rupture brutale sont applicables¹⁷³³. La solution a de quoi surprendre. Dans l'arrêt, les durées de préavis du contrat type sont reproduites *in extenso*¹⁷³⁴, étant ensuite indiqué que « *l'article 2 du contrat type prévoit que ce contrat s'applique de plein droit, à défaut de convention écrite* ». Or en l'espèce les parties sont liées par un contrat, son article 9 prévoyant les conditions de résiliation et les durées de préavis, aussi reproduit en substance dans l'arrêt¹⁷³⁵. Il est impossible de ne pas se rendre compte que les stipulations contractuelles sont en tout point identiques à celles du contrat type, pourtant les juges excluent l'application de ce dernier¹⁷³⁶. Ne faudrait-il pas plutôt considérer que les parties ont souhaité l'application du contrat type en calquant leurs stipulations sur les siennes ? On peut poser la question différemment : les stipulations des

¹⁷³¹ Cass. Com., 22 sept. 2015, n°13-27.726, J.-D n°2015-025792 : « *l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce ne s'applique pas à la rupture des relations commerciales de transports publics routiers de marchandises exécutés par des sous-traitants lorsque le contrat-cadre liant les parties se réfère expressément au contrat type institué par la LOTI, qui prévoit en son article 12.2 la durée des préavis de rupture* ».

¹⁷³² N. MATHEY, Inapplicabilité de l'article L. 442-6, I, 5° au contrat type institué par la LOTI, CCC n°12, déc. 2015, comm. 281.

¹⁷³³ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 12 sept. 2019, n°17/04515, J.-D. n°0,

¹⁷³⁴ *Ibid.* : « *L'article 12.2 du contrat type figurant en annexe I du décret 2003-1295 du 26 décembre 2003 prévoit que le contrat de sous-traitance à durée indéterminée peut être résilié par l'une ou l'autre partie par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception moyennant un préavis d'un mois quand le temps déjà écoulé depuis le début d'exécution du contrat n'est pas supérieur à six mois. Le préavis est porté à deux mois quand ce temps est supérieur à six mois et inférieur à un an. Le préavis à respecter est de trois mois quand la durée de la relation est d'un an et plus* ».

¹⁷³⁵ *Ibid.* : « *En l'espèce, le contrat de sous-traitance en matière de transport conclu le 16 avril 2009 entre les sociétés Schenker et Alliance Pack Express 51 pour une durée indéterminée prévoyait une durée de préavis en cas de résiliation unilatérale par l'une des parties. Il a ainsi été stipulé à l'article 9 que le contrat pouvait être résilié par l'une ou l'autre des parties par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception moyennant un préavis d'un mois quand le temps écoulé depuis le début d'exécution du contrat ne dépassait pas six mois, de deux mois quand cette durée dépassait six mois sans excéder un an et de trois mois quand cette durée était supérieure à un an* ».

¹⁷³⁶ *Ibid.* : « *Compte tenu de ces stipulations contractuelles, le contrat type figurant en annexe I du décret 2003-1295 du 26 décembre 2003 n'a pas vocation à s'appliquer et les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce sont applicables* ».

parties sont-elles supplétives ? Ce n'est qu'à cette condition qu'elles écartent le contrat type¹⁷³⁷. Grâce à l'explicitation du Professeur Petit¹⁷³⁸, on sait que le contrat type s'applique à défaut de stipulations contraires. En l'occurrence, elles ne le sont pas puisqu'elles sont identiques. Il ne suffirait donc pas pour les parties de stipuler, encore faudrait-il que leurs stipulations soient, sinon contraires, du moins différentes de celles du contrat type. C'est pourquoi, la solution des juges ne nous semble pas devoir être admise, et ce, même s'ils retiennent que le délai de trois mois ayant été observé pour mettre fin aux relations établies, pendant cinq années, a été suffisant¹⁷³⁹. Si cela ne change rien car le préavis correspond à celui des stipulations, cela change tout en matière de prescription. Les actions en responsabilité fondées sur l'article L. 442-1, II du Code de commerce sont soumises au délai de droit commun, soit au délai quinquennal¹⁷⁴⁰, tandis que celles fondées sur l'exécution du contrat de transport se prescrivent dans le délai d'un an¹⁷⁴¹. Dès lors, rendre applicables les dispositions de la rupture brutale revient à allonger le délai de prescription de l'action afférente. En l'espèce, la demande d'indemnisation a été formulée par le liquidateur en 2016¹⁷⁴² alors que la relation s'est achevée au 10 janvier 2014¹⁷⁴³. Par conséquent, à défaut de stipulations contraires, le contrat type était applicable et l'action était prescrite. Faute de retenir la solution préconisée, d'autres solutions prétoriennes sont difficilement explicables.

Dans un autre arrêt rendu au fond, les délais stipulés par les parties étaient aussi identiques à ceux du contrat-type mais les juges d'appel ont tenu cela pour indifférent¹⁷⁴⁴. Ils ont donc fait application

¹⁷³⁷ L'article L. 1432-4 du Code des transports est applicable par renvoi de l'article L. 1432-9 du même Code : « *Les rapports entre les parties au contrat de commission de transport sur les matières mentionnées à l'article L. 1432-2 sont régis par les dispositions des articles L. 1432-3 et L. 1432-4* ». L'article L. 1432-4 susvisé dispose qu'« à défaut de convention écrite et sans préjudice de dispositions législatives régissant les contrats, les rapports entre les parties sont, de plein droit, ceux fixés par les contrats-types prévus à la section 3 ». Cette section est formée par un article unique : l'article L. 1432-12, indiquant que les clauses de ces contrats types sont établies par voie réglementaire (« *Les clauses des contrats types de transport de marchandises et des contrats types de commission de transport sont établies par voie réglementaire* »).

¹⁷³⁸ F. PETIT, Commission de transport. – Régime de la commission de transport, JCI Transport, fasc. 613, maj 15 sept. 2021, spéc. 95.

¹⁷³⁹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 12 sept. 2019, *ibid.*, « *En l'espèce, compte tenu de l'ancienneté de la relation commerciale (cinq années), de l'absence de dépendance économique et du secteur concerné permettant une réorganisation rapide, le délai de trois mois observé pour mettre fin aux relations apparaît suffisant* ».

¹⁷⁴⁰ C. com., art. L. 110-4.

¹⁷⁴¹ C. com., art. L. 133-6.

¹⁷⁴² CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 12 sept. 2019, *ibid.* : « *Par jugement du 17 avril 2014, le tribunal de commerce de Châlons en Champagne a prononcé l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'égard de la société Alliance Pack Express 51. Par jugement du 5 février 2015, la société Alliance Pack Express 51 a été placée en liquidation judiciaire et Me François D. a été désigné en tant que liquidateur. Par jugement en date du 13 septembre 2016, le tribunal de La Roche-sur-Yon s'est déclaré incompétent au profit du tribunal de commerce de Rennes, Me D. ayant formulé une demande d'indemnisation au titre de l'article L 442-6 du code de commerce* ».

¹⁷⁴³ *Ibid.* : « *En l'espèce, il est démontré que la relation entre les sociétés Schenker et Alliance Pack Express 51 a duré du 1er janvier 2009, date d'effet du contrat du 16 avril 2009, au 10 janvier 2014, et portait sur un chiffre d'affaires de l'ordre de 200.000 euros représentant environ 20% du chiffre d'affaires réalisé par la société Alliance Pack Express 51. Le caractère établi de la relation est donc avéré* ».

¹⁷⁴⁴ CA Versailles, 12^e ch., 26 juill. 2012, n°11/05276, J.-D. n°2012-033919 : « *Ainsi, peu important que les parties aient adopté, sur la durée du préavis, des dispositions identiques à celles supplétives prévues par le contrat type, elles ont soumis leur relation commerciale de sous-traitance en matière de transports routiers de marchandises, à des dispositions contractuelles et la rupture intervenue en 2009 à l'initiative de la société Chronopost est régie par les dispositions du contrat n°777* ».

des dispositions de la rupture brutale et ont déterminé un préavis suffisant. Mais leur arrêt a été cassé¹⁷⁴⁵, en ces termes : « *la cour d'appel a violé par fausse application le premier des textes susvisés [l'article L. 442-6-I-5°], et, par refus d'application, les deux autres [ensemble les articles 8-II de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982, dite LOTI et 12-2 du contrat type approuvé par le décret n° 2003-1295 du 26 décembre 2003]* ». Le refus d'application desdits textes rejoindrait notre solution mais ce n'est pas ainsi que les juges du droit ont présenté la leur : « *il résulte de la combinaison de ces textes que les usages commerciaux en référence desquels doit s'apprécier la durée du préavis de résiliation du contrat de sous-traitance de transport contractuellement convenu sont nécessairement compris comme conformes au contrat type dont dépendent les professionnels concernés* ». Tout d'abord, la conformité des usages commerciaux au contrat-type est affirmée alors que ce devrait être l'inverse¹⁷⁴⁶. Ensuite, « *quand le contrat type n'est plus applicable, il reste une référence d'appréciation du préavis à titre d'usage*¹⁷⁴⁷ ». Mais, et on l'a fait observer précédemment, même en présence d'usage, les juges du fond conservent leur pouvoir d'appréciation quant à la durée suffisante de préavis. On ne devrait pas alors pouvoir conclure que parce que le délai de préavis est identique à celui du contrat-type, lui-même conforme à un usage commercial, ce délai s'avère suffisant. C'est prendre de larges détours pour faire revenir l'appréciation du préavis aux juges et cela ne convainc toujours pas.

En 2016, les juges du droit ont semblé avoir infléchi leur position, en ayant décidé que les dispositions de la rupture brutale étaient inopposables à l'auteur ayant consenti un préavis conforme tant aux stipulations du contrat type applicable qu'à celles des contrats régissant ses relations avec son sous-traitant¹⁷⁴⁸. Les dispositions de la rupture brutale n'étant plus

¹⁷⁴⁵ Cass. Com., 19 nov. 2013, n°12-26.404, Bull. civ. IV, n°171, J.-D n°2013-026239. N. MATHEY, Rupture brutale de relations commerciales et contrat de transport, CCC n°2, fév. 2014, comm. 39

¹⁷⁴⁶ Ph. GRIGNON, Usages et préavis, AJCA 2018, p. 356 : « *Et, dès lors que le préavis contractuel est conforme au préavis prévu par le contrat-type, en est conclu que « ce préavis est réputé correspondre aux usages commerciaux en référence desquels doit s'apprécier in concreto la durée suffisante du préavis au sens de l'article L. 442-6, I, 5° ». Car, pour les magistrats, le contrat-type « a consacré des usages du commerce en matière de transport ». Cela, en raison du sceau apposé par l'exécutif : « Le décret susvisé, qui a homologué un contrat type, a nécessairement reconnu par-là les usages existant dans le secteur considéré ». Si puissante est cette conviction judiciaire qu'elle détourne, parfois, les Hauts magistrats de la plus élémentaire logique : la Cour de cassation s'est en effet abandonnée à déclarer « que les usages commerciaux en référence desquels doit s'apprécier la durée de préavis de résiliation du contrat de sous-traitance de transport contractuellement convenu sont nécessairement compris comme conformes au contrat type dont dépendent les professionnels concernés ». Si consécration il y a, elle ne peut avoir pour objet que celui des usages par le contrat-type, et point l'inverse sous peine de décréter l'original conforme à sa (supposée) copie... » et note de bas de page n°32 : « Adoptant le bon raisonnement, Aix-en-Provence, 1^{ère} ch. A, 10 nov. 2015, n°14/21853, [J.-D. n°0] : « le délai de préavis du contrat-type de transport est présumé conforme avec celui prévu par les usages commerciaux dans cette activité ».*

¹⁷⁴⁷ N. MATHEY, Rupture de relations commerciales – Rupture brutale de relations commerciales et contrat de transport, CCC n°2, fév. 2014, comm. 39.

¹⁷⁴⁸ Cass. com., 18 oct. 2016, n°15-13.725, J.-D. n°2016-021490 : « *ayant justement retenu que les dispositions de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce ne pouvaient être utilement opposées à la société Chronopost qui avait consenti à la société Safi un préavis conforme tant aux stipulations du contrat type applicable aux transports publics routiers de marchandises exécutés par des sous-traitants, approuvé par le décret du 26 décembre 2003, qu'à celles des contrats n° 794 et 908, la cour d'appel a, par ces seuls motifs et sans être tenue de répondre aux conclusions inopérantes invoquées par les deuxième et troisième branches, et dès lors que le caractère discriminatoire d'une rupture, serait-il établi, n'est pas de nature à la rendre fautive,*

applicables¹⁷⁴⁹, les préavis ne devraient alors pas être jugés suffisants, il faudrait par contre s'assurer qu'ils aient été dûment respectés.

505. Des durées de préavis plus longues que celles du contrat type. Dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 décembre 2018¹⁷⁵⁰, les juges ont d'abord vérifié le rapport de sous-traitance entre le transporteur et le donneur d'ordres. Le contrat conclu pour une durée de deux ans et tacitement reconductible prévoyait la possibilité pour les parties d'y mettre fin avec un préavis de quatre mois. Le contrat type a donc été reconnu inapplicable et les juges ont alors apprécié la suffisance du préavis. Ils décident qu' « *au regard de la faible ancienneté des relations (dix-huit mois), de l'absence de dépendance économique, du secteur concerné (les transports) et de l'absence de preuve de l'impossibilité de réutiliser, avec un autre partenaire, le convoyeur acquis, la durée de préavis observée apparaît suffisante* ». En l'occurrence, la durée de préavis est appréciée sans qu'elle ne soit rapportée, ou confrontée à celle du contrat type, et on pense que c'est la bonne façon de faire : le contrat type excluant l'appréciation du préavis, il ne s'agit pas de vouloir les articuler car c'est alors passer d'un extrême à l'autre, comme on le fait observer dans la dernière situation relevée.

506. Des durées de préavis plus courtes que celles du contrat type. La rupture est-elle forcément brutale ? Une réponse positive est fournie en doctrine eu égard à la précédente solution de cassation *Chronopost* du 19 novembre 2013. Dès lors qu'un préavis est stipulé plus court, alors la rupture devrait automatiquement être brutale compte tenu de la conformité du contrat type aux usages (dans le bon ordre). Ainsi, les préavis du contrat type constitueraient des durées minimales, en deçà desquelles il n'est pas possible de descendre. Mais lorsque le contrat-type est applicable, les durées de préavis sont des maximas, les juges étant empêchés d'apprécier la suffisance du

légalement justifié sa décision » (décision attaquée : CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 18 déc. 2014, n°13/15890, J.-D. n°Ø : « *Mais considérant que la société Chronopost a, par lettre recommandée du 31 mars 2009, résilié le contrat n° 794 du 2 novembre 2006 et qu'elle a accordé à la société Safi un préavis d'une durée de trois mois et six jours ; que par lettre recommandée du 31 juillet 2008, elle a partiellement résilié le contrat n° 908 du 9 juin 2008 avec un préavis d'une durée d'un mois ; que dans l'un et l'autre cas, le préavis accordé était d'une durée conforme tant aux stipulations de ces contrats (article 12 des contrats n° 794 et 908) qu'à celles du contrat type applicable aux transports publics routiers de marchandises exécutés par des sous-traitants approuvés par le décret du 26 décembre 2003, ces stipulations fixant la durée du préavis à, selon le cas, un mois et trois mois lorsque la durée d'exécution du contrat est, respectivement, inférieure à six mois ou supérieure à une année ; que les dispositions de l'article L. 442-6 I 5° ne peuvent donc être utilement opposées à la société Chronopost* »).

¹⁷⁴⁹ N. MATHEY, Prescription annale de l'action en réparation pour rupture fautive d'un contrat de transport, CCC n°1, janv. 2017, comm. 8, soulevant l'alternative suivante : « *Il subsiste donc une ambiguïté sur le statut des dispositions relatives à la rupture brutale de relations commerciales établies : sont-elles inapplicables ou par hypothèse toujours respectées dès lors qu'un préavis conforme au contrat-type est accordé ? Tout au plus serait-il possible de distinguer entre le cas où la rupture du contrat n'est pas envisagée et le cas où le contrat effectivement conclu est conforme au contrat-type. Dans le premier cas, le contrat-type pourrait à la rigueur s'imposer directement en écartant les dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce. Dans le second cas, les dispositions s'appliqueraient mais la conformité du contrat conclu au contrat-type impliquerait par principe que le préavis soit suffisant. Si la solution est identique concrètement, le régime applicable n'est pas tout à fait le même (V. ci-dessous la question de la prescription). Il serait bon que la Cour de cassation précise sa motivation* ».

¹⁷⁵⁰ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 20 déc. 2018, n°16/11192, J.-D. n°2018-025002.

préavis. L'articulation des dispositions applicables achoppe sur les conceptions diamétralement opposées des préavis.

SECTION 2 : UNE APPRÉCIATION ALTERÉE

507. Une appréciation doublement atteinte. Après avoir montré que l'auteur est empêché de déterminer le préavis suffisant, il faut dorénavant savoir s'il est possible pour les juges de le faire. Leur appréciation repose sur une analyse poly-factorielle¹⁷⁵¹, telle qu'elle est commandée par l'adverbe *notamment* des dispositions légales. Pour autant, un rapport est couramment mis en avant pour montrer ce qu'il ressortirait des prétoires. Le préavis suffisant serait ainsi fonction de la durée de la relation établie, à raison d'un mois de préavis par année de relation établie. Mais cette simplification dessert la pratique des juges qui ne s'y résume pas. C'est pourquoi il faut absolument se défaire d'une telle illusion et on abondera dans cette voie. Un premier constat s'affiche : l'appréciation du préavis est déformée d'un fait qui n'est pas à proprement parler celui des juges. Mais on ne peut hâtivement se presser de conclure que l'appréciation du préavis suffisant est déformée de ce seul fait, aussi néfaste soit-il. En effet, les juges y participeraient aussi. En ayant décidé de fixer l'appréciation du préavis suffisant au jour de la notification de la rupture, les juges du droit s'opposent à la prise en considération d'éléments postérieurs par les juges du fait, et cela, quand bien même, ces premiers ont indiqué que le préavis doit permettre à l'entreprise évincée de se réorganiser¹⁷⁵². C'est pourquoi, il faut voir que l'appréciation du préavis suffisant est altérée non seulement par un rapport faux et dissimulateur (§1) mais aussi par le moment inopportun auquel elle a été fixée eu égard du but poursuivi par le préavis suffisant (§2).

¹⁷⁵¹ Cass. Com., 20 juin 2018, n°16-24.163, J.-D. n°2018-010873 : « *Considérant qu'il ressort de l'article L. 442-6-1-5° du code de commerce que la brutalité de la rupture résulte de l'absence de préavis écrit ou de l'insuffisance de la durée de ce préavis au regard des relations commerciales antérieures ; que l'évaluation de la durée du préavis à accorder est fonction de toutes les circonstances de nature à influencer son appréciation au moment de la notification de la rupture, notamment de l'ancienneté des relations, du volume d'affaires réalisé, du secteur concerné, de l'état de dépendance économique de la victime, des dépenses non récupérables engagées par elle et du temps nécessaire pour retrouver un partenaire* ».

¹⁷⁵² Cass. com., 02 oct. 2019, n°17-24.135, J.-D. n°2019-017096 : « (...) *c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel, qui n'avait pas à effectuer une recherche qui ne lui était pas demandée, a estimé que le délai de préavis de quatre mois et onze jours octroyé par [l'auteur] était suffisant pour permettre à [l'entreprise évincée] de se réorganiser* ».

§1. Un rapport faux et dissimulateur

508. La remise en cause du rapport « 1 an = 1 mois¹⁷⁵³ ». Souvent présenté comme un « *point de repère général*¹⁷⁵⁴ », une « *orientation autour d'une moyenne*¹⁷⁵⁵ », le rapport selon lequel une année de relation établie équivaudrait à un mois de préavis à observer est d'apparence pour le moins trompeuse. Retenir qu'« *en pratique, on peut néanmoins considérer qu'à raison d'un mois de préavis par année de relation commerciale, le risque d'une condamnation judiciaire se trouve considérablement atténué*¹⁷⁵⁶ », est illusoire. Retenir encore que « *l'analyse de la jurisprudence nous enseigne qu'en moyenne un mois de préavis est accordé par année de relation commerciale*¹⁷⁵⁷ » n'est pas seulement superficiel, c'est aussi faux car contradictoire avec la lettre des dispositions. Désormais, la plupart des éditeurs ont nettement pris leurs distances avec ce rapport : soit ils n'en plus mention, soit il est présenté comme une « *estimation grossière*¹⁷⁵⁸ ». La CEPC remet aussi dans la bonne voie en expliquant qu'il est pondéré¹⁷⁵⁹, qu'il n'est pas proportionnel¹⁷⁶⁰. Mais ce n'est encore le cas ni de tous¹⁷⁶¹, ni de certains praticiens qui le diffusent encore comme le rapport d'égalité qu'il n'est pas. Le problème relève tant de la fausseté du rapport,

¹⁷⁵³ Le Lamy Droit Économique [en ligne], maj nov. 2021, spéc. n°3136.

¹⁷⁵⁴ F.-X. TESTU, Contrats d'affaires 2010/2011, 1^{ère} éd., 2010, Dalloz, Dalloz Référence, ISBN n°978-2-247-10052-1, spéc. 103.63, pp. 479-480, spéc. p. 480 : « *Un point de repère général est : un mois de préavis par année de relation* ». D. FERRÉ, Rupture du contrat : La Cour de cassation refuse d'accorder une indemnité de préavis au mandant auquel est imputée la rupture du contrat, quand bien même il n'aurait commis aucune faute grave (MNS & CO), 4 février 2014, Concurrences n°2-2014, Art. n°65860, pp. 109-110 : « (...) alors que sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5°, les juges accordent d'une manière générale un mois de préavis par année de relation ».

¹⁷⁵⁵ J.-L. FOURGOUX, Panorama de la rupture brutale des relations commerciales, AJCA 2015, p. 19 : « *L'appréciation souveraine des juges du fond est très casuistique. Certains économistes ont cru discerner une orientation autour d'une moyenne : un mois de préavis par année de relation* ».

¹⁷⁵⁶ M. LANDAIS-PETIT, Rupture brutale des relations commerciales établies, Revue juridique de l'économie publique n°716, fév. 2014, comm. 7.

¹⁷⁵⁷ P. WILHELM, E. DUMUR, 3 Questions Contentieuses de la rupture brutale des relations commerciales : les pratiques établies des juridictions, JCP E n°19, 7 mai 2015, 370.

¹⁷⁵⁸ Le Lamy Droit Économique [en ligne], maj nov. 2021, spéc. n°3136 : « *De cette quasi-linéarité, de nombreux praticiens en ont déduit qu'un mois de préavis devait être accordé par année de relation commerciale (...). La simplicité d'un tel raisonnement se veut en effet fort séduisante et offre aux opérateurs une véritable sécurité juridique face à un supposé arbitraire judiciaire. Force est toutefois de constater que ce calcul ne constitue si une règle légale, ni même un usage. L'article L. 442-1, II du code de commerce, de même que l'ancien article L. 442-6, I, 5°, se contentent d'établir un lien entre la durée de la relation (ainsi que les autres circonstances) et la durée raisonnable du préavis. En l'absence de précisions, il revient aux juges d'apprécier, au cas par cas, la situation. L'assimilation 1 an = 1 mois peut, certes, être utilisée en tant qu'estimation grossière par les parties ; elle ne liera pour autant aucunement le juge (...)* ».

¹⁷⁵⁹ CEPC, Rapport annuel d'activité 2008/2009, spéc. p. 94 : « *Il n'existe pas de barème en la matière puisque les juges déterminent cette durée raisonnable en fonction de nombreux critères, comme nous l'avons vu ci-dessus, qui varient selon les espèces qui leur sont soumises. Cependant, un examen de la jurisprudence permet de dégager des tendances. Ainsi, l'on constate que les tribunaux accordent plus ou moins un mois de préavis par année de relation commerciale (...). Cette moyenne d'un mois par an est cependant pondérée en fonction des nombreux critères cités supra* ».

¹⁷⁶⁰ CEPC, Rapport annuel d'activité 2012/2013, spéc. p. 79 : « *Pour apprécier si la durée du préavis présente un caractère suffisant ou non, les magistrats se réfèrent le plus souvent à la durée de la relation entre les parties, sans que ne soit établie une fonction du type : x année(s) de relations antérieures implique(nt) y mois de préavis* ».

¹⁷⁶¹ Éditions législatives, Franchise, in Dict. permanent Droit des affaires, maj juin 2022, spéc. 76 : « *Même s'il y a dans le contrat une clause de préavis contractuel, le franchiseur doit toujours veiller à ne pas rompre brutalement les relations avec son franchisé, surtout si les relations sont très anciennes. On considère en général qu'il doit donner un mois de préavis par année d'ancienneté des relations commerciales, avec un plafond de 18 mois, depuis le nouvel article L. 442-1, II du code de commerce, issu de l'ordonnance du 24 avril 2019 portant réforme du titre IV du code de commerce* ».

démontrable par modélisations mathématiques (A), que dans ce qu'il dissimule alors : la dépendance économique (B). Cette dernière et la durée sont deux critères essentiels pour apprécier le préavis suffisant, mais celle-ci tend à dissimuler celle-là, et c'est pourquoi il faut redonner à chacune la place qu'il lui revient.

A. La fausseté du rapport démontrée par modélisations mathématiques

509. L'éclairage mathématique. L'inexactitude du rapport peut être démontrée à l'aide de modélisations mathématiques. Elles amènent non seulement à considérer l'absence de proportionnalité entre la durée de la relation établie et la durée de préavis (1) et lorsqu'elles sont approfondies, elles peuvent encore révéler la dégressivité de l'influence de la durée des relations établies dans la durée du préavis (2).

1. L'absence de proportionnalité entre la durée de la relation établie et la durée de préavis

510. Une observation liminaire avec une durée moyenne de préavis par intervalles. La délimitation d'intervalles vise à isoler certaines durées de relations commerciales et de leur attribuer une durée moyenne de préavis. En doctrine, Jean-Louis Fourgoux a proposé d'en retenir quatre, en ayant au préalable prévenu de la difficulté d'une telle généralisation¹⁷⁶². « *Il est cependant possible de considérer que jusqu'à trois ans de relations commerciales, la durée probable de préavis est de l'ordre de 3 mois, que jusqu'à six ans, elle pourrait être de 6 mois jusqu'à dix ans, à partir de dix années, le délai serait d'une année et au-delà de quinze à vingt ans d'environ 18 mois* ». On synthétise sa proposition dans un tableau récapitulatif. La relation établie y est désignée par « R », le préavis par « P » et le signe « \approx » signifie « environ égal », pour tenir compte du caractère approximatif de l'ordre de grandeur retenu.

R < 3 ans	3 ans \leq R < 10 ans	10 ans \leq R < 15 ans	R \geq 15 ans
P \approx 3 mois	P \approx 6 mois	P \approx 12 mois	P \approx 18 mois

On rejoint la mise en garde car les délimitations diffèrent selon les commentaires doctrinaux. Le Professeur Didier Ferrier retenait un plafond de préavis de douze mois au-delà de dix années

¹⁷⁶² J.-L. FOURGOUX, *Transparence et pratiques restrictives de concurrence – Règles de fond*, JCI Contrats – Distribution, fasc. 261, maj 19 janv. 2016, spéc. 240 : « *Il est bien difficile de généraliser une méthode de calcul en raison des écarts liés aux circonstances variées (absence totale de préavis, dépendance, déloyauté dans la rupture...)* ».

d'ancienneté¹⁷⁶³. Cependant, à partir de telles délimitations, il est déjà permis d'observer que le nombre de mois de préavis accordés baisse avec l'allongement de la relation établie. Hormis dans le premier et le dernier intervalle, pour chaque valeur extrême des deux autres, le nombre de mois de préavis est inférieur au nombre d'années de relation établie¹⁷⁶⁴. Aucune stricte correspondance entre le nombre d'années de relation établie et le nombre de mois de préavis ne peut être établie. Pour abonder en ce sens, Jean-Louis Fourgoux, avec d'autres auteurs, proposent l'analyse du ratio correspondant.

511. L'analyse d'un ratio. Dans leur ouvrage collectif consacré aux pratiques commerciales déloyales, les auteurs fournissent les ratios moyens entre la durée de préavis estimée raisonnable (en mois) et la durée de la relation établie (en années)¹⁷⁶⁵, pour les années 2004 à 2020. On les reproduit ci-dessous¹⁷⁶⁶ et on formule plusieurs remarques, différentes de celles des auteurs.

2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
0,79	1,3	1,02	1,18	1,23	1,04	0,98	1,22	1,25	1,37	1,06	0,98	1,06	1,05	1,04	0,85	0,83

512. Un ratio jamais égal à un. L'application des dispositions légales en jurisprudence ne doit pas conduire à retenir un rapport strictement proportionnel entre la durée de la relation établie et la durée de préavis à accorder, sinon le ratio aurait toujours été égal à un. La proportionnalité voudrait qu'un mois de relation établie écoulé corresponde à un mois de préavis. À défaut de pouvoir être observé, ce rapport ne devrait pas servir de référence. Les autres critères pris en compte participent à défaire ce rapport d'égalité. Il s'agirait plutôt de considérer un rapport de corrélation, davantage propre à relever de l'appréciation. Les auteurs indiquent que « *pour l'échantillon observé, le ratio est de 0,98 en moyenne, ce qui signifie que pour une année de*

¹⁷⁶³ D. FERRIER, Concurrence – Distribution juill. 2009 – déc. 2010, D. 2011, p. 540 : « *L'examen des très nombreuses décisions rendues fait apparaître l'exigence d'une durée moyenne de préavis d'un mois par année d'ancienneté dans la relation, avec un seuil d'ancienneté de dix mois en dessous duquel le dispositif n'apparaît pas appliqué et un plafond de préavis de douze mois au-delà de dix années d'ancienneté* ».

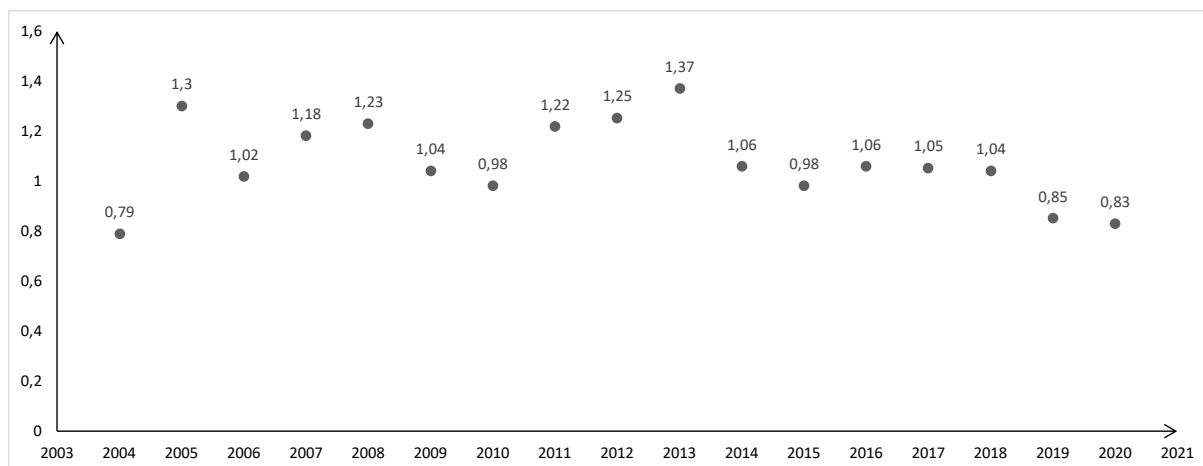
¹⁷⁶⁴ Dans le deuxième intervalle, pour une durée de relation établie de neuf ans, la durée de préavis pourrait être de six mois. Dans cet intervalle, la valeur extrême est de neuf car dix en est exclu. Dans le troisième intervalle, pour une durée de relation établie de quatorze ans, la durée de préavis pourrait être de douze mois. De la même façon que précédemment, dans cet intervalle, la valeur extrême est de quatorze car quinze en est exclu.

¹⁷⁶⁵ E. KERGUELEN, J.-L. FOURGOUX, L. DJAVADI, Les pratiques commerciales déloyales, sept. 2021, Concurrences, ISBN n°979-10-94201-21-3, 298 et s., pp. 70-71, spéc. 298 : « *À partir des données issues de l'étude des décisions portant sur seize années [dix-sept], il a été possible de calculer le ratio moyen entre la durée de préavis estimée raisonnable [nbp associée : en mois] et celle retenue pour la relation commerciale établie [nbp associée : en année]* ». Ils indiquent que le ratio se calcul comme suit : « *durée de préavis raisonnable / durée de relation commerciale* » (nbp n°375).

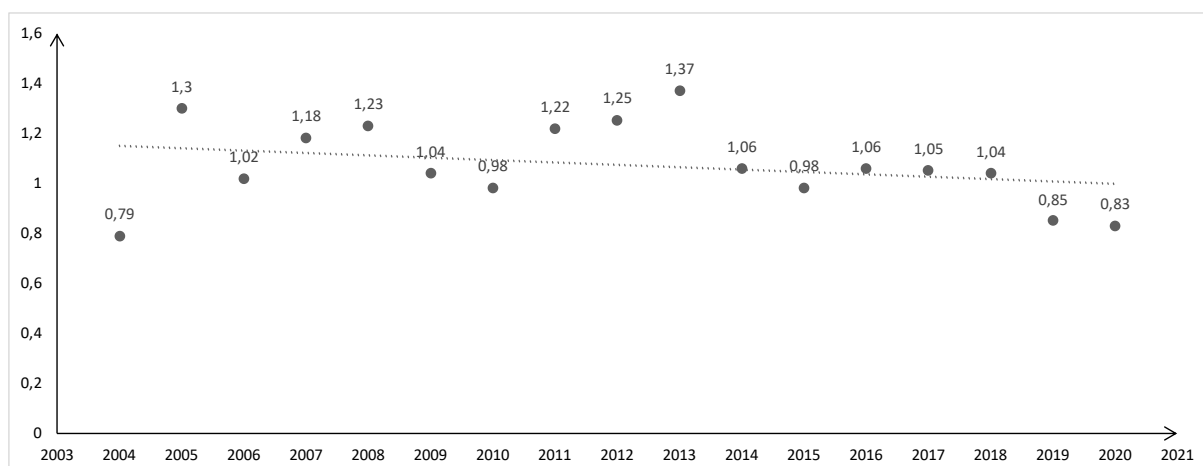
¹⁷⁶⁶ On a seulement reproduit les ratios calculés pour chaque année de la période analysée. Le tableau original n'est pas présenté de la même façon. L'original fait aussi apparaître le nombre d'observations, on ne les a pas reproduites car elles ne feront pas l'objet de commentaire de notre part.

relation commerciale les juges accordent en moyenne 0,98 mois de préavis¹⁷⁶⁷ ». La moyenne s'approche de l'unité¹⁷⁶⁸ mais les variations sont plutôt importantes.

513. Un ratio soumis à variations. Pour les faire plus clairement apparaître, on propose une représentation graphique à partir de leurs données. Elles sont rapportées dans le tableau ci-dessous. Les années sont renseignées en abscisse et les ratios en ordonnée. Les ratios oscillent entre 0,79 pour l'année 2004 et 1,37 en 2013.



Les auteurs font remarquer que « la tendance de la jurisprudence dégagée par l'analyse permet de constater une baisse moyenne de la durée des préavis à moins d'un mois par année¹⁷⁶⁹ ». Elle peut être représentée par une courbe de tendance linéaire. Elle est tracée en pointillés dans la représentation graphique ci-dessous et on observe effectivement qu'elle décroît, selon une pente plutôt douce.

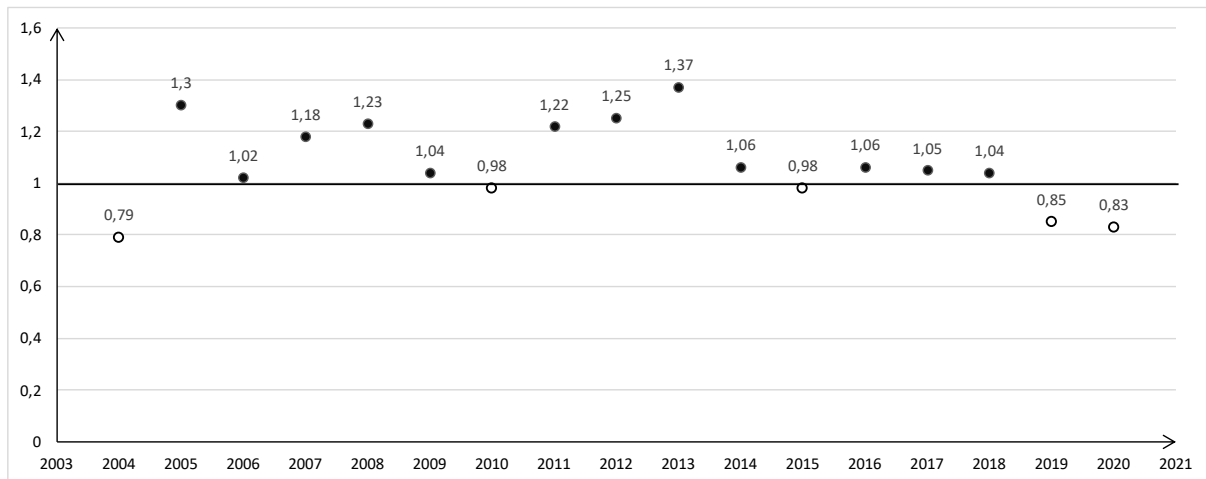


¹⁷⁶⁷ E. KERQUELEN, J.-L. FOURGOUX, L. DJAVADI, *ibid.*, spéc. 298, *in fine*, p. 71.

¹⁷⁶⁸ Le calcul de la moyenne n'est pas fourni. En divisant tous les ratios par le nombre d'année, on en obtient une différente, à 1,07 (arrondi à deux décimales).

¹⁷⁶⁹ E. KERQUELEN, J.-L. FOURGOUX, L. DJAVADI, *ibid.*, spéc. 299, p. 71.

514. Un ratio rarement inférieur à 1. Depuis 2013, année où le ratio est le plus élevé, il ne fait plus que baisser. Mais la moyenne de la durée des préavis s'établit à moins d'un mois par année seulement si on exclut l'année 2013 du calcul¹⁷⁷⁰. Par ailleurs, et malgré la baisse constatée, on fait remarquer que sur les dix-sept années retenues pour l'analyse, dans seulement cinq d'entre elles les ratios sont inférieurs à un. Cela signifie que dans moins d'un tiers des cas, les juges accordent moins d'un mois de préavis pour une année de relation établie. Ainsi, pour le restant – largement donc plus de la moitié – une année de relation établie compterait pour plus d'un mois de préavis suivant les seuls paramètres de l'analyse. On peut aussi le représenter. Dans la représentation graphique ci-dessous, on met en évidence, à partir du quadrillage horizontal, la ligne correspondant au ratio lorsqu'il est égal à un. La plupart des ratios sont situés au-dessus de cette ligne. Les autres sont inversement représentés à l'aide d'un rond blanc.



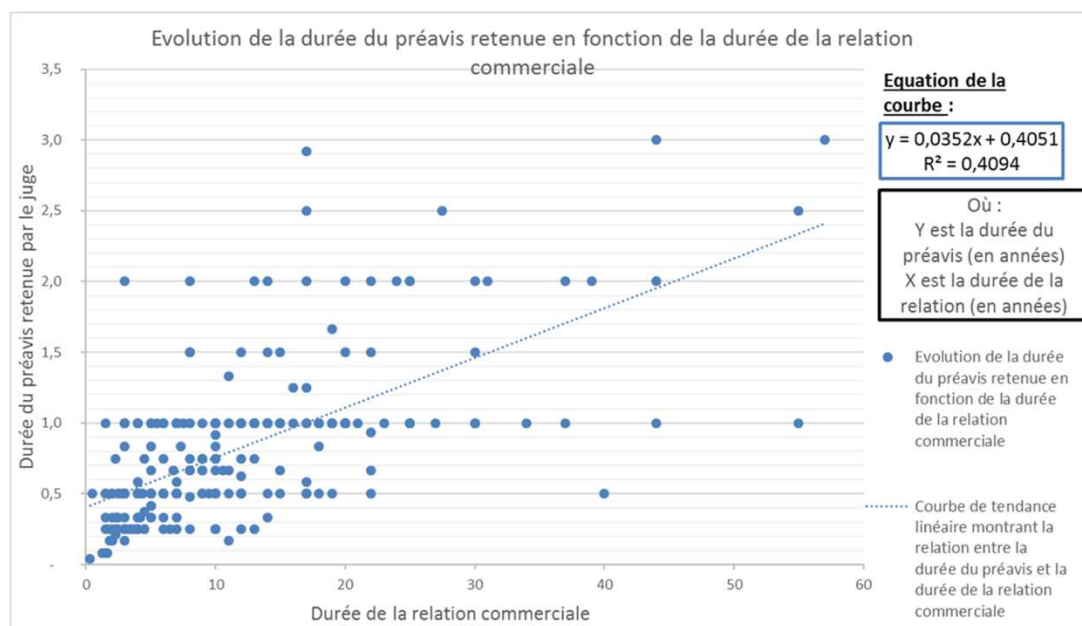
Malgré une moyenne proche du rapport proportionnel et une tendance à la baisse, il faut surtout retenir que dans la majorité des cas le ratio est supérieur à un et cela ne signifie pourtant pas qu'une année de relation établie compte pour plus d'un mois de préavis car la durée du préavis s'apprécie notamment en fonction de la durée de la relation établie.

515. Utilité et limites du ratio. Le calcul du ratio est utile pour mettre en évidence que le rapport d'équivalence entre une année de relation établie et un mois de préavis ne peut servir d'étalon dans la mesure où il n'est pas exact. Mais le ratio ne permet absolument pas de rendre compte de l'influence des autres critères car ils sont absents de son calcul. D'autres modélisations mathématiques se veulent plus précises et contrecarrent aussi l'idée d'une influence prépondérante de la durée des relations établies pour l'appréciation du préavis.

¹⁷⁷⁰ La moyenne des ratios entre 2013 et 2020 est de 1,03 tandis que la moyenne des ratios entre 2014 et 2020 est de 0,98.

2. La dégressivité de l'influence de la durée des relations

516. La confirmation de la fausseté du rapport par régression linéaire. L'économiste Bertrand Thoré a cherché à définir l'influence de la durée de la relation établie sur la durée de préavis¹⁷⁷¹. Son échantillon d'étude est composé de 254 décisions de justice rendues entre 2000 et 2017. Il en tire une représentation graphique en nuage de points, avec en abscisse la durée des relations commerciales et en ordonnées la durée du préavis retenue par le juge, toutes les deux sont exprimée en années ; elle est reproduite ci-dessous :



Il utilise la régression linéaire simple qui « étudie la relation entre une variable quantitative dépendante et une **variable indépendante**. Elle suppose [...] un sens dans la relation entre les deux variables : l'une (**variable indépendante**) explique (ou influence) l'autre (variable dépendante)¹⁷⁷² » ; respectivement, dans notre matière, **la durée de la relation établie** influence la durée du préavis. En les croisant, il est alors possible de « mesurer l'effet d'une variable sur une autre à l'aide la régression linéaire simple¹⁷⁷³ ». « Si les variables sont toutes deux quantitatives, il est tentant de faire passer une droite au milieu du nuage de points¹⁷⁷⁴ ». « Le coefficient directeur de la droite s'analyse comme l'effet de x sur y », soit **l'effet de la durée de la relation établie sur la durée du préavis**. L'équation de la courbe est renseignée dans le graphique ci-dessus. Elle est

¹⁷⁷¹ B. THORÉ, Rupture brutale des relations commerciales : durée de préavis, consulté depuis l'URL : <https://www.alain-bensoussan.com/avocats/rupture-brutale-relations-commerciales/2018/04/24/>, le lun. 27 juin 2022.

¹⁷⁷² C. CORON, « Outil 28. La régression linéaire simple », dans La Boîte à outils de l'analyse de données en entreprise. sous la direction de CORON Clotilde. Paris, Dunod, « Bào La Boîte à Outils », 2020, p. 94-95. URL : <https://www-cairn-info.passerelle.univ-rennes1.fr/-9782100808557-page-94.htm>. Pour mieux identifier les variables de la régression linéaire, on présente l'une en caractères gras, **la variable indépendante**, et on souligne l'autre, la variable dépendante. On fait de même avec ce à quoi chacune se rapporte en notre matière, respectivement **la durée de la relation établie** et la durée du préavis.

¹⁷⁷³ C. CORON, *ibid.*

¹⁷⁷⁴ *Ibid.*

du type : $y = ax + b$. « *Autrement dit, la valeur de y peut être estimée en fonction de la valeur x et de deux constantes a et b*¹⁷⁷⁵ ». Elle permet d'estimer une durée de préavis à partir d'une durée de relation établie avec les constantes calculées dans le cadre de l'échantillon étudié. On prend un exemple : pour une durée de relation de quatre années, on obtient une durée de préavis d'environ six mois et dix-sept jours¹⁷⁷⁶. Il y a davantage de mois de préavis que d'années de relation, si on peut le dire ainsi pour contrer le rapport voulant qu'une année de relation établie équivaille à un mois de préavis. L'analyse de Bertrand Thoré permet encore une fois de montrer l'approximation du rapport, voire sa fausseté, et elle permet d'aller plus loin en mesurant l'influence de la durée de la relation établie dans la durée de préavis.

517. La part de variation de la durée de préavis expliquée par la durée de la relation établie. On poursuit avec l'analyse de Bertrand Thoré, et après s'être intéressé à l'équation de la courbe, il faut s'arrêter sur le coefficient de détermination. Il est aussi renseigné dans le graphique fourni, on le redonne : « $R^2 = 0,4094$ ». « *La valeur du coefficient de détermination R^2 indique qu'environ 41% de la variation de la durée du préavis retenue est expliquée par la durée de la relation commerciale. En d'autres termes, un peu moins de la moitié de la variation de la durée de préavis est expliquée à elle seule par la durée de la relation commerciale* ». Pour le dire autrement, « *le coefficient de détermination peut donc être interprété comme la part de la part de la variance de y qui est expliqué par le modèle*¹⁷⁷⁷ ». On a précédemment déterminé y comme la variable dépendante, soit la durée du préavis, celle-ci varie en fonction de la durée de la relation commerciale, mais seulement à hauteur de 41%. La durée du préavis ne dépend donc pas complètement de la durée de la relation établie. À partir du nuage de points, Bertrand Thoré relève que « *l'évolution de la durée du préavis en fonction de la durée de la relation commerciale n'est pas si linéaire. En effet, l'impact de la durée de la relation sur la durée du préavis retenu semble diminuer lorsque la durée de la relation augmente. Afin de prendre en compte cet effet et d'ajouter une nouvelle dimension à l'analyse, il est possible de mettre en place un modèle de régression quadratique* ». À l'aide des intervalles déterminés précédemment, il est aussi possible de l'observer¹⁷⁷⁸ : pour des durées de relation établie de quatre ou neuf années, la durée de préavis

¹⁷⁷⁵ *Ibid.*

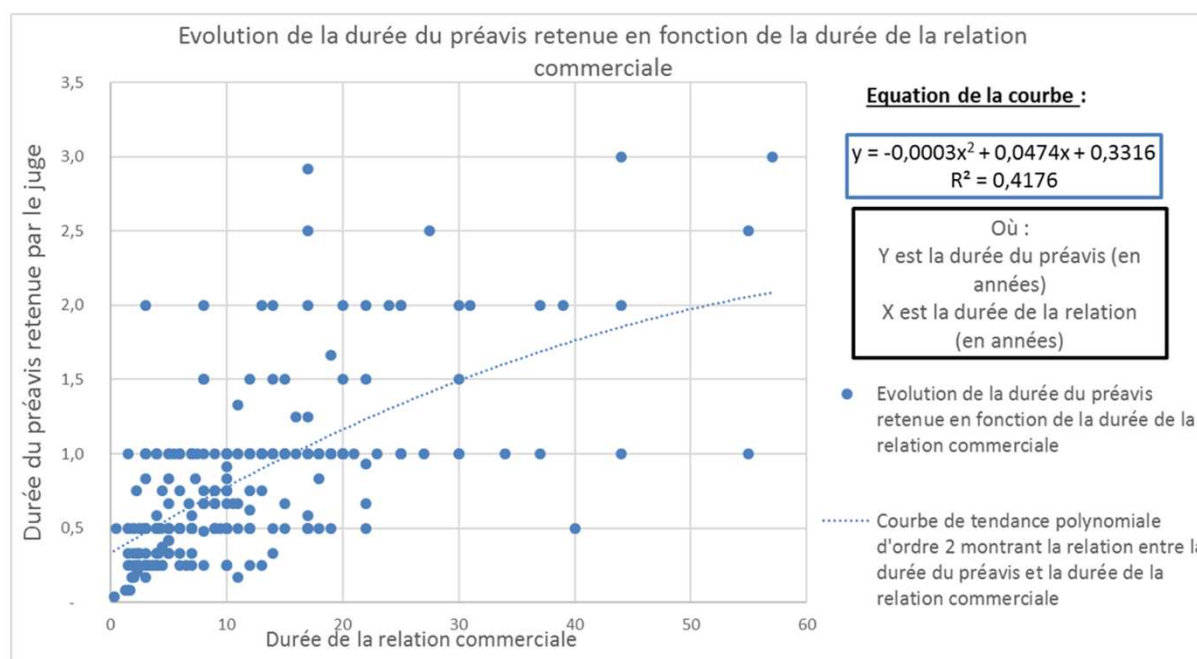
¹⁷⁷⁶ On détaille notre calcul par étapes. On recherche y quand $x = 4$, soit $y = 0,0352x^4 + 0,04051$, soit $y = 0,5459$. Le résultat est exprimé selon l'unité retenue pour l'équation, c'est celle de l'année. Il faut donc le convertir en mois et en jours (en mois : $0,5459 \times 12 = 6,5508$) (en jours : $0,5508 \times 30,41666 = 16,75$, arrondi à deux décimales, on retient 30,41666 jours conformément au « *mois normalisé* », tel qu'il apparaît à l'article R. 314-3 du C. consom.). Par conséquent et dans le cadre de l'échantillon retenu, pour une durée de quatre années de relation établie, le préavis serait de 6 mois et 17 jours (arrondi à l'unité supérieure).

¹⁷⁷⁷ P. BRESSOUX, « Chapitre 2. Modéliser des relations simples », in P. BRESSOUX (dir.) *Modélisation statistique appliquée*, Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, « Méthodes en sciences humaines », 2010, p. 41-96. URL : <https://www-cairn-info.passerelle.univ-rennes1.fr/--9782804157142-page-41.htm>, spéc. 2.3.4, pp. 82 et s., spéc. p. 83, précisant qu'« *un usage commun consiste à multiplier le R^2 par 100 pour fournir le pourcentage de variance expliquée par le modèle* ».

¹⁷⁷⁸ On redonne un exemple à l'appui du propos, et d'après les intervalles déterminés précédemment : pour une durée de relation établie de neuf années, la durée de préavis pouvait être de six mois tandis que pour une relation établie de treize années, la

pouvait être de six mois, cette dernière est plus importante par rapport à la première durée que dans la seconde.

518. L'analyse d'une régression quadratique. Monsieur Thoré renseigne l'interrogation à laquelle ce modèle propose de répondre : « *est-ce que le lien qui existe entre la durée de la relation et durée de préavis retenu est similaire entre une relation de moins de 10 ans (par exemple) et une relation de plus de 50 ans ?* ». La modélisation permet « *non seulement de mesurer l'impact de la durée de la relation sur la durée du préavis, mais aussi de voir comment cet impact évolue avec la durée de la relation* ». Elle est représentée comme suit :



Sans qu'il ne soit besoin de revenir en détails sur l'équation car la représentation graphique suffit, on livre le commentaire de l'auteur s'y rapportant : « *la forme concave de la courbe montre que l'intensité du lien (qui se lit graphiquement par le niveau de pente de la courbe) entre la durée de la relation et la durée du préavis retenu diminue lorsque la durée de la relation augmente* ». En effet, on peut observer comme un léger ralentissement dans la phase ascendante la courbe. Elle croît davantage au départ¹⁷⁷⁹. Une autre façon pour l'auteur de le mettre en évidence a été de comparer les estimations de préavis obtenues en fonction des deux modèles retenus : linéaire et quadratique.

durée de préavis pouvait être de douze mois. Le calcul des ratios correspondant à chaque situation donne 1,5 pour la première et 1,08 pour le second (en divisant des années par des mois, en divisant des mois par des mois, on obtient 18 et 13). Le premier étant supérieur au second, cela signifierait bien que la durée de relation établie influence davantage la durée de préavis jusqu'à une certaine durée de relation établie, à partir de laquelle l'influence de la durée de la relation établie dans la durée de préavis est moins importante.

¹⁷⁷⁹ Pour s'en rendre compte, il est possible de tracer une droite à partir des pointillées du départ de la courbe. Il y a un écart entre cette droite et la courbe représentée, elle se situe au-dessus d'elle. Cela montre que la progression de la courbe *ralentit*.

519. De la comparaison des durées de préavis selon le modèle utilisé. Il fournit les résultats suivants, répartis dans le tableau ci-dessous reproduit.

Durée de la relation (en années)	10	20	50
Préavis modèle linéaire (en mois)	9,1	13,3	26
Préavis modèle quadratique (en mois)	9,4	14,2	24

Il les commente : « *Ces résultats permettent d'illustrer que le modèle quadratique prend en compte l'ampleur de la durée de la relation dans la mesure de son impact sur la durée du préavis. En effet, pour des relations plus courtes, l'impact relatif d'une année supplémentaire de relation est plus important (10 et 20 ans dans le tableau ci-dessus). À l'inverse, pour une relation très longue, une année supplémentaire de relation n'a plus qu'un impact très faible sur la durée du préavis supplémentaire retenue (50 ans dans le tableau ci-dessus)* ». L'influence d'une année supplémentaire de relation est plus importante durant les premières années des relations établies et elle l'est moins à mesure que la relation s'établit dans le temps. Si l'influence de la durée de la relation établie s'estompe c'est que d'autres critères entrent en compte, et au premier rang desquels la dépendance économique.

B. La dissimulation de la dépendance économique

520. Un rapport fallacieux. La diffusion du faux rapport n'envoie pas le bon message quant à ce qu'il faut apprécier pour la durée du préavis suffisant ; pis, il peut aussi induire en erreur. Largement diffusé sans toujours être nuancé, ce problème participe à en générer un autre car l'attention qui lui est portée est ainsi détournée des autres critères de l'analyse poly-factorielle, et notamment de celui de la dépendance économique. Sa définition est dépréciée en la matière par rapport à celle utilisée pour caractériser l'abus de dépendance économique et cela lui réserve un accueil favorable en jurisprudence (1). Lorsqu'il est possible de recouper ces définitions, l'influence de la dépendance économique se démultiplie car elle implique alors de prendre en compte des critères extrinsèques à la relation établie (2).

1. La prépondérance de la dépendance économique par une définition dépréciée

521. L'application des dispositions en l'absence de dépendance économique caractérisée. La victime n'a pas à rapporter la preuve d'une dépendance économique pour l'application des dispositions. Les juges l'affirment clairement : « *la rupture brutale des relations*

*commerciales établies peut être constatée indépendamment de toute situation de dépendance économique*¹⁷⁸⁰ ». L'état de dépendance économique fait figure de proue parmi les facteurs de l'analyse poly-factorielle des juges pour l'appréciation du préavis suffisant. Mais en tant que tel, il diffère sensiblement de celui à rechercher, avant de caractériser l'abus de dépendance économique du deuxième alinéa de l'article L. 420-2 du Code de commerce. On poursuit en montrant en quoi l'un et l'autre diffèrent.

522. Des définitions faussement analogues. Dans les deux cas, la définition de la dépendance économique s'articule autour de la notion d'équivalence. Pour caractériser la pratique anticoncurrentielle, la Cour de cassation définit l'état de dépendance économique comme « *l'impossibilité pour une entreprise, de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations qu'elle a nouées avec une autre entreprise*¹⁷⁸¹ ». Dans les contentieux de la rupture brutale, « *la dépendance économique résulte notamment de la difficulté pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents dans des conditions économiques comparables*¹⁷⁸² ». Les définitions semblent relativement semblables, mais plusieurs éléments marquent d'importantes différences. D'abord, l'aspect temporel change : en notre matière, l'état de dépendance économique est traité comme une conséquence, par l'emploi du verbe « *résulter* ». En cela, il paraît pouvoir être rattaché à certains comportements de l'entreprise évincée. Puis, et surtout, il y a une opposition entre « *l'impossibilité* » et « *la difficulté* ». La première relève de l'empêchement et peu importe ce qui peut être tenté d'être fait, l'impossibilité ne peut être surmontée d'aucune façon. Elle conduit donc à considérer qu'il n'existe pas de « *solution techniquement et économiquement équivalente* ». L'appréciation de l'état de dépendance économique lors d'une rupture brutale est nettement atténuée, puisqu'il s'agit d'appréhender une difficulté et non pas une impossibilité.

523. La recherche de produits substituables. Si l'impossibilité n'est pas surmontable, les difficultés le sont. Et c'est alors qu'il faudrait pouvoir déterminer le temps nécessaire pour les surpasser. Le préavis fait sens puisqu'il peut représenter cette durée. Il doit permettre de rechercher « *des produits équivalents dans des conditions économiques comparables* ». On peut dès lors s'en remettre à la notion de substituabilité. Elle est utilisée pour déterminer les marchés pertinents et permet la comparaison entre produits en raison de leurs caractéristiques, de leur prix

¹⁷⁸⁰ Cass. Com., 17 mars 2004, n°02-17.575, J.-D. n°Ø.

¹⁷⁸¹ Cass. Com., 12 fév. 2013, n°12-13.603, n°2013-002159. Cons. conc., décision n°01-D-42 du 11 septembre 2001 relative à une saisine de la Société anonyme des établissements André Barbot concernant les pratiques de la société BAT et Rebel sur le marché de l'approvisionnement des cigarettes dans l'île de la Réunion, « *Considérant que l'existence d'une situation de dépendance économique s'apprécie en fonction de quatre critères : [1] la notoriété de la marque ou/et du produit ; [2] la part de marché du fournisseur ; [3] la part représentée par les produits du fournisseur dans le chiffre d'affaires du distributeur ; [4] l'absence de solution équivalente* ».

¹⁷⁸² Cass. Com., 04 oct. 2016, n°15-14.025, J.-D. n°2016-020307.

et de l'usage auquel ils sont destinés. En droit de la concurrence, la substituabilité entre produits est appréciée du point de vue de la demande. Ce raisonnement peut être décliné et conduit pour les fournisseurs se fournissant en matières premières, ou transformées, pour leur activité. Pour un acheteur, la cessation d'une relation de fourniture l'amène à rechercher d'autres fournisseurs, dont les produits pourraient se substituer à ceux initialement acquis. Mais l'exigence de « *conditions économiques comparables* » est difficile à soutenir.

524. La recherche vaine de « *conditions économiques comparables* ». S'il est possible de trouver des produits substituables, il semble vain de pouvoir les obtenir aux mêmes conditions tarifaires et économiques que précédemment. Les conditions tarifaires sont notamment composées d'une grille tarifaire faisant varier les prix de vente en fonction des volumes acquis. Les conditions économiques changent d'une entreprise à l'autre : chacune fixe des délais de paiement, des montants d'acompte, etc. Des conditions particulières peuvent avoir été négociées. Des conditions préférentielles peuvent même avoir été concédées, consistant dans l'octroi de rabais supplémentaires ou dans la diminution des acomptes. Elles sont généralement consenties à des partenaires de confiance, avec lesquels les relations sont établies depuis un certain temps. Leur obtention est donc fonction du temps. Cette variable sera forcément absente d'une nouvelle relation d'affaires. C'est pourquoi, il nous semble inenvisageable de soutenir qu'il faille nécessairement trouver des « *conditions économiques comparables* », puisque même sans exiger une équivalence, l'ombre d'une comparaison ne semble pas non plus tenable. Si la logique était poussée à son paroxysme, l'auteur devrait consentir un préavis permettant à son ancien partenaire de retrouver les mêmes conditions favorables. Cela semble inconcevable même si la dépendance économique tend tout de même à accroître la durée des préavis.

525. L'accroissement des préavis en raison de l'état de dépendance économique. L'affaiblissement de la définition de l'état de dépendance économique – de l'impossibilité aux difficultés – rend sa qualification davantage aisée. Les juges sont enclins à reconnaître un tel état pour octroyer des délais de préavis plus longs. Pour asseoir cette position, « *la Cour de cassation rejette les pourvois formés contre les arrêts d'appel qui, entre autres paramètres, se fondent sur cette dépendance économique pour déterminer le préavis raisonnable*¹⁷⁸³. » Cela signifie que les juges du droit approuvent les juges d'appel d'avoir déterminé la durée du préavis en tenant compte de l'état de dépendance économique de la partie victime¹⁷⁸⁴. Ils assoient leur position en refusant

¹⁷⁸³ C.-A. MAETZ, Rupture brutale de relations commerciales établies, JCI Concurrence – consommation, fasc. 300, maj sept. 2019, spéc. 43.

¹⁷⁸⁴ *Ibid*, citant plusieurs arrêts à l'appui : Cass. Com., 15 juin 2010, n°09-66.761, J.-D. n°2010-009424 : « *c'est sans méconnaître les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce que l'arrêt, statuant par motifs propres et adoptés, prend en compte pour apprécier la durée du préavis qui aurait dû être respecté par la société GLS pour rompre les relations contractuelles, tant la durée de ces relations que l'état de dépendance économique de la société TSL* » ; Cass. Com., 02 nov. 2011, n°10-25.323,

d'accueillir les moyens de défense de l'auteur développés autour de l'idée principale qu'il n'y a que l'ancienneté de la relation à prendre en considération pour déterminer la durée de préavis. L'analyse poly-factorielle lui ferme cette voie. Cette position est favorable aux victimes mais quelques arrêts se montrent plus sévères à leur égard.

526. La prescription de diversification. Après avoir relevé les différences entre les définitions de la dépendance économique, elles pourraient regagner un point de jonction. Il aurait trait au « *choix délibéré de politique commerciale* » de l'entreprise évincée. Rejoignant la jurisprudence de l'Autorité de la concurrence¹⁷⁸⁵, les juges du fond considèrent la propension des parties victimes à diversifier leurs activités, d'une part, en l'absence de liens d'exclusivité et, d'autre part, face à leurs propres stratégies. D'abord, lorsqu'une entreprise ne réserve pas seulement à un bénéficiaire ses prestations ou produits, alors il a été jugé qu'elle est libre d'« *assurer la diversification de ses activités*¹⁷⁸⁶ ». En fonction de son objet social, la société peut exercer plusieurs activités pour parvenir à sa réalisation. Leur variété peut ainsi suppléer certains risques inhérents à la versatilité de la demande par exemple. Ensuite, dans un autre arrêt¹⁷⁸⁷, les juges d'appel ont refusé de considérer qu'il revient à un commanditaire la charge d'informer son partenaire du « *péril*

J.-D. n°2011-023979, « *l'existence d'un accord interprofessionnel ne dispense pas la juridiction d'examiner si le préavis, qui respecte le délai minimal fixé par cet accord, tient compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances de l'espèce, notamment de l'état de dépendance économique de l'entreprise évincée* » ; Cass. Com., 03 mai 2012, n°11-10.544, J.-D. n°2012-009119 : « *l'existence d'usages professionnels ne dispense pas la juridiction d'examiner si le préavis, qui respecte le délai minimal fixé par ces usages, tient compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances de l'espèce, notamment de l'état de dépendance économique de l'entreprise évincée* » ; Cass. Com. 06 nov. 2012, n°11-24.570, J.-D. n°2012-025179 : « *la durée du préavis doit être appréciée au regard de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances au moment de la notification de la rupture ; que la cour d'appel, qui a relevé que la relation commerciale avait duré près de quinze ans et que la part moyenne de chiffre d'affaires réalisé par la société Limongi avec les produits Claas avait représenté un pourcentage de 79,80 % durant la période de 2006 à 2008, n'a pas méconnu l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce en retenant que, compte tenu de l'ancienneté de la relation et de la dépendance économique de la société Limongi envers son fournisseur, le préavis de sept mois qui lui a été accordé était insuffisant, peu important qu'elle ait pu reprendre, en octobre 2008, le panneau d'une marque concurrente en procédant à l'acquisition d'un autre fonds de commerce* ».

¹⁷⁸⁵ Cons. Conc., Décision n°01-D-49 du 31 août 2001 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Concurrence concernant la société Sony, « *Considérant que la dépendance économique, au sens de l'article L. 420-2 alinéa 2 précité, résulte de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de la part de marché du fournisseur, de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, à condition que cette part ne résulte pas d'un choix délibéré de politique commerciale de l'entreprise cliente, enfin, de la difficulté pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents ; que ces conditions doivent être simultanément vérifiées pour entraîner cette qualification* ». Cons. Conc., Décision n°02-D-77 du 27 déc. 2002 relative à une saisine de la société anonyme Daniel Grenin à l'encontre des sociétés Imphy Ugine Précision, Spint-Métal et Usinor Achats.

¹⁷⁸⁶ Cass. Com., 12 mai 2004, n°01-12.865, J.-D. n°2004-023745 : « *la société Geaix n'était pas contractuellement liée à titre exclusif à la société Auchan, faisant ainsi ressortir la liberté qu'avait la société Geaix d'assurer la diversification de ses activités, et constaté qu'un précédent contrat avait lié les parties depuis le 24 mars 1989, la cour d'appel qui a souverainement estimé que la durée du préavis fixée à six mois était suffisante, s'est prononcée au regard des relations commerciales antérieures entre les parties et a ainsi légalement justifié sa décision* ».

¹⁷⁸⁷ CA Paris, Pôle 05, Ch. 02, 14 sept. 2012, n°11/10263, J.-D., n°2012-021856 : « *les risques liés à la gestion d'une entreprise reposent exclusivement sur ses dirigeants et ne peut comme le soutient à tort la société WORLD TRICOT rejaillir sur le client qu'elle a au surplus personnellement choisi et démarché ; que la diversification des fournisseurs et des clients ainsi que la recherche de nouveau débouché constituent l'une des conditions nécessaires pour parvenir à développer une entreprise afin de lui assurer une prospérité économique et financière* ». M. BEHAR-TOUCHAIS, De la rupture de relations commerciales déjà dégradées, RLC n°34, 1^{er} janv. 2013, 2207, pp. 42-43 : « *Mais la dépendance économique ne suffit pas. Si la rupture n'est pas brutale en tenant compte de cette dépendance, et si le fournisseur s'est mis lui-même dans cette situation de dépendance économique, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même* ».

*économique imminent*¹⁷⁸⁸ » que ce dernier court s'il venait à interrompre ses commandes. Le fait de n'avoir qu'un client majoritaire doit raisonnablement conduire à évaluer les risques subséquents¹⁷⁸⁹. Il ne saurait pas être reproché à l'auteur sa non-ingérence dans les affaires d'autrui.

527. Le renoncement volontaire à la liberté d'entreprendre. Il appartient à chaque entreprise d'assurer la poursuite de son activité en opérant les arbitrages nécessaires. La mesure des risques afférents à chaque option relève de choix de gestion, fonction eux-mêmes d'une trésorerie, d'investissements, d'adaptation à une demande plus ou moins versatile, etc. La liste des paramètres de choix est complexe à établir tant elle dépend des secteurs d'activités. En en faisant abstraction, et conformément au paradigme choisi de libre concurrence dans une économie de marché, il faut revenir à la préservation de la liberté d'entreprendre, dont seuls les abus sont proscrits. Or l'abus ne correspond pas au non-usage de cette liberté. Il ne peut être imputé à une autre entreprise que celle qui est à l'initiative de ce renoncement. L'état de dépendance engendré par une orientation de production vers une seule entreprise ne saurait être reproché à cette dernière. Dans ces conditions, la création d'un état de dépendance artificiel est du seul fait de l'entreprise évincée. Mais le fait de ne pas avoir diversifié l'activité ne fait pas varier le préavis à la baisse. Il n'est pas retranché de temps même si cette absence est constatée. La situation inverse s'observe : l'état de dépendance économique ne peut en réalité qu'accroître la durée de préavis. Ce critère joue donc seulement du côté de la victime. Rares sont les décisions s'arrêtant sur la prescription de diversification, elles font davantage varier le préavis en fonction du volume d'affaires propre à la relation rompue et de critères propres au marché, correspondant aux autres critères de la dépendance économique.

¹⁷⁸⁸ CA Paris, Pôle 05, Ch. 02, 14 sept. 2012, *ibid.* : « *il ne saurait être imputé aux sociétés CHANEL et CHANEL COORDINATION une faute pour ne pas s'être immiscée dans la gestion de la société WORLD TRICOT et pour ne pas l'avoir informée du risque qu'elle prenait et du péril économique engendré par le fait qu'elles étaient le client majoritaire qui, s'il venait à cesser toutes relations commerciales, aurait des conséquences catastrophiques pour la pérennité de l'entreprise* ».

¹⁷⁸⁹ Cass. com., 18 nov. 2020, n°18-25.709, J.-D. n°2020-019005 : « *10. L'arrêt retient ensuite que l'état de dépendance économique invoqué par la société Apodiss, n'est pas fondé dès lors qu'il n'est pas la conséquence de circonstances juridiques ou économiques imposées par la société Urban State Group mais, résultant d'une démarche personnelle de la société Apodiss qui avait toute liberté pour rechercher d'autres partenaires, relève de sa propre responsabilité* ». CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 15 janv. 2020, n°16/17051, J.-D. n°2020-000387 : « *Pour fixer à quatre mois la durée de préavis manquante, le jugement entrepris retient, après avoir relevé que la société Renault Retail Group a respecté un préavis de deux mois, d'une part que la rupture a été brutale compte tenu du secret gardé par la société Renault Retail Group sur le projet de cession pourtant porté à la connaissance des représentants du personnels dès le 5 juin 2014, d'autre part, que la dépendance économique de la société Autobel vis-à-vis de cette société relève d'un choix stratégique de sa part qu'elle doit assumer, enfin, que l'activité de la société Autobel ne revêt ni caractère d'exclusivité imposée, ni expertise quelconque ce qui lui permettait de se diversifier. Toutefois, si la cour adopte ces motifs, elle considère néanmoins que la durée de préavis manquante est de six mois comme demandé par la société Autobel, (...)* ».

2. L'ajout de critères extrinsèques par des définitions recoupées

528. Le recoupement des définitions. En jurisprudence, les juges précisent en quoi l'analyse poly-factorielle consiste l'analyse et à partir de laquelle ils fixent la durée de préavis suffisant. Dans un arrêt, on lit qu'elle a tenu compte « *de sa durée, du volume d'affaires réalisé et de la notoriété du client, du secteur concerné comme du caractère saisonnier du produit, de l'absence d'état de dépendance économique du fournisseur et du temps nécessaire pour retrouver un autre partenaire*¹⁷⁹⁰ ». On retrouve peu ou prou les quatre critères de la dépendance économique édictés par l'Autorité de la concurrence les a édictés. On les énumère en leur faisant correspondre les éléments de la solution susvisée qui, selon nous, s'y rapportent. Le premier concerne la notoriété, que ce soit celle de la marque ou/et du produit ou « *du client* », cela se rejoint. Le deuxième consiste dans la part de marché du fournisseur, soit celle qu'il détient sur le marché « *du secteur concerné* ». Le troisième se rapporte à la part représentée par les produits du fournisseur dans le chiffre d'affaires du distributeur, ce à quoi le « *volume d'affaires réalisé* » peut correspondre, étant entendu comme celui réalisé avec le client, par comparaison avec ses autres clients. Enfin, le quatrième, et dernier critère, est l'absence de solution équivalente : elle se retrouve plus largement compris dans « *l'absence d'état de dépendance économique* » dont elle est l'une des conditions ; ce qui forcerait à considérer de nouveau une absence, une impossibilité, en lieu et place des difficultés d'obtenir « *d'autres fournisseurs des produits équivalents dans des conditions économiques comparables* ». Le recoupement des critères entre matières forcerait à admettre que l'appréciation du préavis pourrait résulter d'une analyse concurrentielle, menée à l'aide de critères extrinsèques, en plus des critères intrinsèques (soit ceux propres à la relation). On le vérifie en examinant si ces premiers peuvent être mobilisés.

529. L'entrée de concurrents potentiels ou l'expansion de concurrents en place¹⁷⁹¹. Les barrières à l'entrée sur un marché peuvent aussi en être lorsque l'entreprise évincée est à la recherche d'alternatives pour la continuation de son activité. Dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 février 2022, un distributeur sélectif d'articles de joaillerie et d'horlogerie de luxe a vu les différents contrats, qui le liaient au fournisseur, résiliés par lui. Ce dernier a observé différents préavis. Pour les juges d'appel, cela est pleinement justifié « *compte tenu de l'ancienneté des flux d'affaires pour chacune des marques et la spécificité incontestable du marché de l'horlogerie de luxe* ». Deux groupes notoires semblent se le partager. Il semble plus vraisemblable qu'ils étoffent leur portefeuille de marques plutôt que d'autres entreprises parviennent aisément à pénétrer ce marché. Dans ces conditions, le distributeur sélectif va nécessairement être confronté à

¹⁷⁹⁰ Cass. Com., 20 juin 2018, n°16-24.163, J.-D. n°2018-010873.

¹⁷⁹¹ C. PRIETO, Fondamentaux du droit européen de la concurrence, Synthèse in JCI Europe Traité, maj 30 nov. 2021, spéc. 19.

d'importantes difficultés dans la poursuite de son activité. D'autres barrières réglementaires et structurelles peuvent aussi venir s'ajouter.

530. L'influence des barrières réglementaires et structurelles. « *Les barrières de nature réglementaire sont toutes les autorisations requises pour exercer une activité, et qui a un impact sur le nombre de concurrents*¹⁷⁹² ». Même si elles ne sont pas désignées en tant que telles dans les contentieux de la rupture brutale, des arrêts y font directement référence, en autres avec la certification nécessaire à la fourniture pour certains produits de santé¹⁷⁹³ ou encore lorsqu'il s'agit d'« *une activité réglementée et de niche exercée par six sociétés agréementées*¹⁷⁹⁴ ». Et il en va encore de même pour les barrières d'ordre structurel. Les caractéristiques propres d'un marché influent directement sur la possibilité pour une entreprise de poursuivre son activité après la cessation d'une relation établie. Indépendamment de toute dépendance économique, les juges ont ainsi pris en considération les « *produits très spécifiques* » et « *un marché particulièrement concentré*¹⁷⁹⁵ ». La structure en duopole¹⁷⁹⁶, ou en oligopole, peut aussi être retenue, qu'elle se déduise des faits rapportés¹⁷⁹⁷, ou soit expressément visée¹⁷⁹⁸ pour la seconde. Il peut aussi s'agir

¹⁷⁹² C. PRIETO, *ibid.*, spéc. 20.

¹⁷⁹³ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 24 juin 2020, n°18/03495, J.-D. n°2020-009002 : « *Au regard des relations commerciales établies entre les parties entre le 5 juillet 2012 et le 14 avril 2015, soit 2 ans et 9 mois, ainsi que des contraintes spécifiques s'agissant de la fourniture de produits de santé nécessitant une certification, un préavis de 3 mois, porté à 6 mois s'agissant d'une production vendue sous MDD, devait être accordé à l'appelante* », on souligne.

¹⁷⁹⁴ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 06 juin 2019, n°17/01229, J.-D. n°2019-009737 : « *Il convient de tenir compte de l'ancienneté de la relation commerciale établie nouée entre la société Bourgogne Hélicoptères et la société Enedis, de 8 ans au moment de la rupture, de la situation de dépendance économique de la société Bourgogne Hélicoptères qui avait pour seul client la société Enedis, du chiffre d'affaires annuel moyen de 273.689 euros réalisé par la société Bourgogne Hélicoptères au cours des trois dernières années précédant la rupture, et non pas des huit dernières années comme le sollicite la société Bourgogne Hélicoptères, enfin du secteur d'activité concerné, qui constitue une activité réglementée et de niche exercée par six sociétés agréementées dont fait partie la société Bourgogne Hélicoptères* », on souligne.

¹⁷⁹⁵ CA Dijon, Ch. civ. B, 04 déc. 2007, n°06/02172, J.-D. n°2007-354371 : « *Attendu qu'en l'espèce les relations entre les parties ont duré de novembre 2000 à janvier 2005, que le chiffre d'affaires réalisé par la société Serge Cheveau sur les produits Vidriera Rovira était en augmentation et qu'il représentait 10% de son chiffre d'affaires total ; que l'intimée ne verse aucune pièce de nature à justifier des difficultés rencontrées pour retrouver un fournisseur mais que ses affirmations à ce titre peuvent être admises s'agissant de produits très spécifiques et d'un marché particulièrement concentré* », on souligne.

¹⁷⁹⁶ Cass. com., 04 oct. 2016, n°15-14.025, J.-D. n°2016-020307 : « *l'arrêt relève, par une appréciation souveraine des éléments de preuve produits, que l'état de dépendance de la société Meyrieux résulte non pas de sa volonté mais de la structure du marché du verre de bouteille, caractérisé par le contrôle du duopole Owen-Illinois et Saint Gobain et de l'existence d'autres fournisseurs trop spécialisés ou disposant d'une gamme peu étendue (...)* »

¹⁷⁹⁷ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 23 mai 2019, n°17/06134, J.-D. n°2019-008664 : « *Ainsi que l'ont jugé avec pertinence les premiers juges, le délai de préavis de 7 mois et demi qui a été appliqué était insuffisant, compte tenu, d'une part, de l'ancienneté de la relation commerciale, de 20 ans au moment de la rupture, d'autre part, de l'importance de l'activité de distribution des produits P. pour la société Établissements G., qui représentait en moyenne 27,05% de son chiffre d'affaires au cours des trois dernières années précédant la rupture, sans toutefois caractériser une situation de dépendance économique, enfin du secteur d'activité concerné, qui est partagé entre trois principaux constructeurs de machines à vendanger, dont la société P.. Au vu de ces éléments, un délai de préavis supplémentaire de 4 mois et demi aurait dû être respecté, soit un préavis total de 12 mois, afin de permettre à la société Établissements G. de se réorganiser et de trouver d'autres débouchés* », on souligne.

¹⁷⁹⁸ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 04 avr. 2013, n°10/23071, J.-D. n°2013-006495 : « *Mais c'est également à juste titre que les premiers juges ont souligné la spécificité du marché du transport des bitumes, qui nécessite le respect de réglementations particulières et un équipement spécialisé pour maintenir à isotempérature le bitume transporté, et son caractère oligopolistique dans la mesure où les donneurs d'ordre sont de très grandes entreprises pétrolières* », on souligne.

de prendre en compte les caractéristiques géographiques d'un marché comme l'insularité¹⁷⁹⁹. D'autres caractéristiques propres aux différents types de marché pourraient aussi être relevées, en termes de technologies, de coûts, de demande.

531. Les spécificités des marchés. Chaque marché a un fonctionnement propre et différents modes d'organisation en résultent. Les industries lourdes diffèrent en cela du fonctionnement des plateformes numériques. Chaque activité requiert une part de technologie, dont l'accès et la maîtrise passent par des investissements dédiés en recherche et développement. La maturité de certaines technologies indique une pénétration relativement aisée sur le marché ; inversement, les marchés susceptibles de connaître des ruptures technologiques demeurent difficilement accessibles. La détention de titres de propriété industrielles par les uns excluent nécessairement le développement de certaines activités par d'autres. Les entreprises connaissent les caractéristiques de leur marché, toutefois si leur partenaire se situe sur un autre marché, les informations en possession des parties à l'initiative de ruptures seraient seulement partielles. Effectivement, dans une relation verticale entre un producteur et un fournisseur, les marchés se situent à des stades différents du cycle de commercialisation. L'auteur détient indirectement les informations propres à caractériser le marché de son partenaire ; il en collectera certaines en cherchant à se fournir chez les concurrents de son ancien producteur-partenaire. L'intégration d'informations incomplètes et approximatives rend leur conversion en temps de préavis très complexe et incertaine.

532. Les coûts spécifiques distincts des autres coûts. Les coûts de fonctionnement d'un marché sont divers et recourent pour partie les caractéristiques structurelles de celui-ci. Toutefois, même différents, certains marchés ont des traits communs en termes de coûts. Des investissements sont nécessaires pour les industries lourdes comme pour les plateformes numériques ; leur nature diffère mais les enjeux et les risques demeurent. Pour d'autres entreprises, ce sont les accès à certaines matières premières, les organisations en réseaux de distribution et les différentes zones géographiques d'activité qui généreront d'autres coûts. Certains coûts sont nécessaires au maintien d'une activité mais d'autres pourraient être qualifiés de secondaires. Le redéploiement d'une activité commande une certaine adaptation, entraînant des coûts apparaissant donc postérieurement à la rupture. Un nouveau partenariat pourra être amené à être formalisé. La préparation et l'écriture de contrats subséquents donneront lieu à des coûts, variables selon la technicité des documents et du recours à des conseils. L'ensemble de ces coûts de l'après rupture ne devraient pas, pour nous, être pris en considération. Ils sont

¹⁷⁹⁹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 28 fév. 2018, n°16/01101, J.-D. n°0 : « Il convient de prendre en compte les particularités du marché insulaire, le secteur d'activité de la société GT Procar étant restreint à la réparation automobile dans la zone de Basse Terre ».

inhérents à chaque activité. Les coûts pouvant influencer à la hausse le temps de préavis à accorder sont donc seulement ceux se rapportant à l'activité et au secteur de l'entreprise évincée.

§2. Le moment inopportun d'appréciation du préavis suffisant

533. Un choix inadéquat. Avoir retenu la notification de la rupture retenue comme moment d'appréciation du préavis suffisant amène à la situation paradoxale de ne pas tenir compte des reconversions des entreprises évincées si reconversion il y a eu. En établissant le parallèle avec les procédures de sauvegarde, pour lesquelles les juges ont fixé l'appréciation de la réunion des conditions d'ouverture au jour où l'ouverture de cette procédure est demandée, le moment d'appréciation du préavis suffisant semble d'autant plus inopportun. Ce choix prétorien est dénué de logique (A), compte tenu des prolongements qui s'en suivent en la matière, et aussi comparé au choix alternatif fait pour préserver les mesures prises par l'entreprise qui est en difficulté mais pas en cessation de paiement. (B).

A. Un choix dénué de logique

534. De premières conséquences. En fixant l'appréciation du préavis suffisant au moment de la notification de la rupture, les juges du droit empêchent les juges du fond de prendre en considération tout élément postérieur. Le préavis servant la reconversion de l'entreprise évincée, il semble peu logique, voire ubuesque, de ne pas en tenir compte (1). Pour nourrir la critique, et appréhender une des autres conséquences du moment choisi, il faut encore ajouter que le préavis se déroule aux conditions antérieures (2), celles-là mêmes qui ont possiblement mener l'auteur à décider de cesser la relation.

1. Des reconversions ignorées

535. La détermination du moment de la notification de la rupture à l'aide du point de départ du préavis. Les juges de cassation affirment que « *l'adéquation du préavis écrit qui est consenti (...) s'apprécie à la date à laquelle l'auteur de la rupture notifie son intention d'y mettre fin*¹⁸⁰⁰ ». Ils poursuivent en faisant figurer dans leur solution l'un des faits relevés par les juges du fond, consistant dans la notification par l'auteur à son partenaire, de la caducité de leur convention,

¹⁸⁰⁰ Cass. com., 29 janv. 2013, n°11-23.676, J.-D. n°2013-001149. Cass. com., 09 juill. 2013, n°12-20.468, J.-D. n°2013-014585, « *le délai du préavis suffisant s'apprécie (...) au moment de la notification de la rupture* ».

« par une lettre reçue le 13 décembre 2007 ». Le moment de la notification diffère de celui de sa réception. Or la notification correspond au point de départ du préavis¹⁸⁰¹. En doctrine, une proposition est faite « de retenir la réception plutôt que l'émission de la notification, la première correspondant plus étroitement à l'esprit du texte¹⁸⁰² (...) ». Faut-il la suivre ? D'emblée, elle pourrait l'être. Il semble en effet plus logique de retenir la réception dans la mesure où le destinataire ne sera véritablement informé de la rupture que lorsqu'il en aura pris connaissance. En matière de correspondance, l'émission et la réception ne peuvent pas être synchrones. Il faudrait donc rejoindre la solution suggérée même si l'on sait toutefois que ce n'est pas celle des juges, puisqu'ils retiennent aussi le jour d'envoi de la lettre (par laquelle l'auteur fait part de son intention univoque de mettre fin à la relation avec son partenaire, destinataire de la missive¹⁸⁰³). La réception demeure ainsi une date de référence théorique car il est impossible de savoir si le destinataire en a pris connaissance à réception. Il pourrait même s'en défendre pour faire décaler le point de départ du préavis à une date ultérieure. Dans cette situation, il est en fait plus judicieux de retenir l'émission. La solution paraît être en faveur de l'auteur et c'est à souligner. Désormais, les correspondances peuvent être dématérialisées, notamment sous forme de lettres recommandées électroniques¹⁸⁰⁴. Elles continuent d'être asynchrones mais la différence entre le temps de l'émission et celui de la réception a été considérablement réduit : « la présentation est consécutive à l'envoi¹⁸⁰⁵ ». Lors d'une notification dématérialisée, l'émission et la réception pourraient ainsi être indifféremment retenues puisqu'elles se rapprochent l'une de l'autre, en un moment de temps. Mais c'est ajouter un régime différencié là où il n'y a pas lieu qu'il le soit. On préconise donc retenir l'émission, pour protéger l'auteur quel que soit le type de notification qu'il choisira d'utiliser. En

¹⁸⁰¹ Cass. com., 06 juin 2001, n°99-20.831, Bull. civ. IV, n°112, J.-D. n°2001-010141 : « Attendu qu'en fixant le point de départ du délai de préavis à la date de notification de l'échec de la société Charpentier Armen à l'appel d'offres organisé par le GIE Elis, alors que la notification par le GIE Elis à la société Charpentier Armen, de son recours à un appel d'offres pour choisir ses fournisseurs, manifestait son intention de ne pas poursuivre les relations contractuelles dans les conditions antérieures et faisait ainsi courir le délai de préavis ».

¹⁸⁰² C.-A MAETZ, *ibid.*

¹⁸⁰³ CA Nancy, 2^e ch. com., 11 fév. 2004, n°00/02960, J.-D. n°2004-264738 : « Attendu ainsi que c'est par une juste appréciation des faits que les premiers juges ont retenu que la lettre du 4 novembre constituait le point de départ du délai de préavis de rupture imposé tant par l'article L. 442-6 5° du Code de commerce que par l'article 11 du contrat du 16 novembre 1990 ».

¹⁸⁰⁴ Sur les conditions d'application visant à garantir l'équivalence de l'envoi d'une lettre recommandée électronique avec l'envoi d'une lettre recommandée sur support papier, précisées par le D. n°2018-347 du 09 mai 2018 relatif à la lettre recommandée électronique, JORF n°0108 du 12 mai 2018. Il fixe les modalités d'application de l'article 93 de la loi pour une République numérique (L. n°2016-1321 du 07 oct. 2016, JORF n°0235 du 08 oct. 2016). C. des postes et des communications électroniques, art. L. 100. J. HUET, Contrats électroniques, Synthèse in JCI Contrats – Distribution, maj 15 mars 2021, spéc. 17. É. A. CAPRIOLI, Lettre recommandée électronique, Communication Commerce électronique n°7-8, juill. 2018, comm. 60. Guide pratique édité par le Ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance, en nov. 2021, entreprises.gouv.fr/files/files/secteurs-d-activite/services/services-postaux/lettre-recommandee-electronique-guide-pratique.pdf.

¹⁸⁰⁵ « la présentation est consécutive à l'envoi » ar24.fr/questions/quels-sont-les-avantages-concrets/, prestataire AR24, prestataire de services de LRE qualifié au sens du « règlement eIDAS, Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE. Prestataire figurant sur la « liste nationale de confiance », présente sur le site internet de l'agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (« ANSSI), <https://www.ssi.gouv.fr/uploads/tl-fr.pdf>.

¹⁸⁰⁵ C. VILMART, Rupture brutale de relations établies : la Cour de cassation sanctionne la prise en compte d'éléments postérieurs à la rupture, JCP E n°37, 12 sept. 2013, 1499.

sachant désormais plus précisément que le moment de la notification de la rupture correspond à son émission, on détermine ce que cela implique pour l'appréciation du caractère suffisant du préavis.

536. L'incomplétude du préavis suffisant. Quand les juges se replacent au moment où l'auteur fait part, par écrit, de son intention univoque de rompre et l'envoie, ils se posent la question suivante : est-ce que le préavis accordé est suffisant ? La question s'avère être incomplète faute de savoir en quoi le préavis est suffisant. Il faut se demander, très prosaïquement, à quoi le préavis sert. Dans leur arrêt du 2 octobre 2019, les juges de cassation ont indiqué que « *le délai de préavis (...) était suffisant pour permettre à [l'entreprise évincée] de se réorganiser*¹⁸⁰⁶ ». Le préavis suffisant est donc celui qui doit le lui permettre, de telle sorte à ce qu'elle puisse poursuivre son activité, sans l'auteur. Mais comment dès lors s'en assurer ? Pour le savoir, on a adopté plusieurs points de vue.

537. Est-ce que *du point de vue de l'auteur*, le préavis qu'il accorde permet à son partenaire de poursuivre son activité ? Étant donné qu'en ce cas l'auteur a accordé une durée de préavis inférieure à dix-huit mois (sinon il n'y aurait pas d'action en justice), il faut qu'il puisse en justifier. On l'explique : il devrait pouvoir justifier du fait qu'il accorde moins de dix-huit mois de préavis mais que la durée accordée est tout de même suffisante pour permettre à son partenaire de se réorganiser, sans lui, pour poursuivre son activité. De tous les critères identifiés, et entrant en considération pour l'appréciation du préavis, on sait d'ores-et-déjà que l'auteur n'est pas mis en mesure de tous les connaître. Il ne sait pas en outre quelle est la part du volume d'affaires qu'il représente pour son partenaire, hormis en cas d'exclusivités. Cela revient pour l'auteur à devoir justifier le préavis accordé de façon nécessairement imparfaite ; d'autant que ses justifications ne doivent pas avoir à voir avec une forme de motivation de la rupture qui n'est absolument pas requise. On est possiblement au seuil du contenu des litiges soulevés sur le fondement de l'article L. 442-1, II du Code de commerce dès lors que l'auteur n'aura pas respecté le préavis légal de dix-huit mois. À l'opposé, lorsque le délai légal est respecté, la responsabilité de l'auteur ne peut plus être engagée, mais est-ce alors dire que le délai légal de préavis est suffisant ? On ne le pense pas, ce n'est pas là la raison d'être du mécanisme exonératoire. Mais le préavis légal pourrait se concevoir autrement, pourrait-il aussi signifier qu'en l'espace de dix-huit mois, l'entreprise évincée doit s'être réorganisée, de façon à considérer que le préavis a été suffisant, que la rupture n'a pas été brutale et que la responsabilité de l'auteur ne peut dès lors pas être engagée ? On laisse la question en suspens pour reprendre celle que les juges se posent eu égard au caractère suffisant

¹⁸⁰⁶ Cass. com., 02 oct. 2019, n°17-24.135, J.-D. n° J.-D. n°2019-017096

du préavis accordé : ils ne se remettent pas vraiment à la place de l'auteur car ils sont inversement dans une position d'omniscient.

538. Du point de vue des juges, les abstractions. On complète la question de départ que les juges pourraient se poser : est-ce qu'en égard à la relation établie entre les parties, le préavis accordé par l'auteur est suffisant pour permettre à l'entreprise évincée de se réorganiser ? L'appréciation du préavis suffisant suppose les démonstrations préalables de la relation établie et de la brutalité de sa rupture. Certains des faits y ayant participé seront aussi utiles pour apprécier le caractère suffisant du préavis accordé. Outre évidemment la durée de la relation établie, on pense aussi à tout ce qui a trait au marché sur lequel l'entreprise évincée est présente. D'autres s'ajoutent encore, apportés cette fois par la victime dans le cadre du procès. Elle révèle la part du volume d'affaires qu'elle réalise avec l'auteur au moment où il lui a annoncé la rupture, mais pas seulement. Dans les contentieux, on se rend compte que ce n'est pas le seul chiffre versé, l'entreprise évincée fournit aussi les chiffres liés à des exercices antérieurs. Ils ont d'ailleurs déjà pu l'être pour caractériser la stabilité et l'intensité du courant d'affaires. Le moment de la notification de la rupture semble ainsi plus englobant qu'il n'y paraît. Il est permis de penser qu'il s'étend au-delà d'un instant t car en ayant pris connaissance de tous les éléments ayant trait à la relation établie, les juges ne pourront s'abstraire de certains pour n'en retenir que certains autres, utiles pour apprécier le caractère suffisant du préavis. Cependant, les juges fixent une limite : seuls ceux antérieurs à la notification de la rupture doivent être pris en compte. D'un côté, ils ne peuvent plus faire abstraction de tous les éléments portés à leur connaissance jusqu'au moment de la notification de la rupture et, de l'autre, ils font abstraction de tout ce qu'il lui est ultérieur. Le moment de l'appréciation du caractère suffisant du préavis est isolé de ce qu'il s'est passé postérieurement à l'information envoyée et reçue par l'entreprise évincée. La vision est aussi tronquée du point de vue de l'entreprise évincée et d'un point de vue plus concret, malgré l'analyse menée *in concreto* pour apprécier le préavis suffisant.

539. Du point de vue de l'entreprise évincée. Les juges ne se mettent pas à la place de l'entreprise quand elle a reçu l'information. À cet instant, l'entreprise a d'abord pris connaissance de la rupture, puis de la durée qui la sépare du moment où cette rupture sera véritablement effective. Au même moment, est-elle déjà en mesure de savoir si sa réorganisation est possible de-là à la rupture ? Si elle l'est déjà, c'est que la rupture ne représente pas pour elle un obstacle dans la poursuite de son activité, sans ce partenaire. Si elle est en mesure de l'être dans un court terme, c'est qu'elle sait déjà quelles mesures prendre pour pallier la rupture qu'elle vient d'apprendre. Si elle peut encore l'être d'ici à ce que la relation avec son partenaire prenne fin, cela voudrait dire que le délai accordé va être suffisant à atténuer, voire à complètement neutraliser, les conséquences de la rupture. Enfin, si l'entreprise évincée n'est pas en mesure de savoir si le

délai accordé est suffisant pour lui permettre de poursuivre son activité cela ne veut pas directement signifier qu'il est insuffisant. Au travers des situations précédemment évoquées pour cerner les possibles différentes attitudes de l'entreprise évincée, on comprend que ses comportements vont aussi importer. Pourtant ni eux, ni ce qu'il s'est passé depuis la notification jusqu'à la rupture effective n'est pris en compte par les juges. En dépit de tout cela, la solution des juges du droit semble invariable.

540. Une solution ferme. On prend un exemple en jurisprudence qui semble avoir profondément divisé les juges du fond et les juges du droit. En l'espèce, une entreprise confie à une autre des prestations de commissionnaire de transport¹⁸⁰⁷. Leur relation a duré dix-sept années. C'est la première qui y a mis fin en respectant le préavis d'un mois stipulé au contrat. Les juges d'appel ont considéré que « *si la durée du préavis s'apprécie au moment de la rupture, il n'en demeure pas moins que dès lors que la rupture a été notifiée par un écrit et avec un préavis, il appartient au juge d'apprécier si celui-ci est suffisant en ce qu'il est destiné à permettre à la société victime de la rupture de se réorganiser, de sorte que la réalité de cette réorganisation est un élément à prendre en compte* ». En l'occurrence, l'entreprise prestataire avait noué, « *dès après la rupture* », une autre relation avec un partenaire. Par ailleurs, elle n'a démontré ni l'amointrissement du nouveau volume d'affaires par rapport au précédent ni n'a établi que la rupture était la cause des pertes et des licenciements allégués. En conséquence, les juges d'appel apprécient le délai d'un mois comme suffisant et retiennent que la rupture n'a pas été brutale. Leur arrêt est cassé par les juges du droit affirmant « *qu'en statuant ainsi, alors que la brutalité de la rupture d'une relation commerciale établie s'apprécie à la date de la notification de cette rupture, la cour d'appel, qui s'est fondée sur des éléments postérieurs à celle-ci, a violé le texte susvisé* ». La cassation pour violation signifie que « *la décision attaquée a adopté une interprétation que la Cour de cassation juge non conforme au sens réel du texte*¹⁸⁰⁸ ». L'arrêt d'appel s'est écarté de l'interprétation de la Cour de cassation et les juges du droit l'interdisent¹⁸⁰⁹, en rappelant expressément et fermement que le caractère suffisant du préavis accordé s'apprécie uniquement à la date de la notification de la rupture.

541. Une solution non prescrite par l'application des principes de la responsabilité civile. Au départ, on a posé la question telle que les juges peuvent se la poser : est-ce que le préavis accordé par l'auteur est suffisant ? Qu'est-ce qui empêche désormais les juges de poser la

¹⁸⁰⁷ Cass. com., 05 juill. 2017, n°16-14.201, J.-D. n°Ø.

¹⁸⁰⁸ J. BORÉ, L. BORÉ, Pourvoi en cassation, in S. GUINCHARD (dir.), Rép. de procédure civile, Dalloz, maj avr. 2022, spéc. 346.

¹⁸⁰⁹ M. LE BESCOND de COATPONT, Rupture brutale de relations commerciales établies, JCI Contrats – Distribution, fasc. 262, maj mars 2022, spéc. 67 : « *La suffisance du délai de préavis devant s'apprécier au moment de la notification de la rupture, la Cour de cassation interdit, en principe, aux juges du fond de se fonder sur des éléments postérieurs à cette notification pour apprécier sa brutalité (...)* ».

question suivante : est-ce que le préavis accordé par l'auteur a été suffisant ? Laquelle de ces deux questions est la plus à même de permettre de savoir si l'entreprise évincée a poursuivi son activité, malgré la rupture intervenue, mais grâce au préavis accordé par l'auteur ? Le problème que l'on a ici détecté est de savoir si l'un des principes de la responsabilité civile contraint les juges d'apprécier la brutalité de la rupture au moment de la réception du préavis par l'entreprise évincée. N'en ayant pas trouvé on peut reformuler la question différemment : est-ce que les principes de la responsabilité civile permettent au juge d'apprécier le caractère suffisant du préavis au moment où celui-ci a pris fin ? mais sans que cela n'apporte d'élément de réponse supplémentaire.

2. Le déroulement du préavis aux conditions de la relation établie

542. Un décalque statique et dynamique. Le préavis correspond à la période qui s'étend de l'émission de la notification par l'auteur à la fin effective de la relation établie. Il se présente ainsi comme sa continuation. Il en conserve les caractéristiques dès lors que les juges exigent qu'il se déroule dans les conditions qui étaient celles de la relation établie. Ce temps, enfermé entre deux bornes, et décalque d'une relation qui va prendre fin, se rapporte à sa conception statique. L'opposition avec sa conception dynamique se retrouve dans le préavis : conçu de façon statique, il permet à l'entreprise évincée de pouvoir compter sur sa stabilité afin de réorganiser son activité sans l'auteur. L'inconvénient de cet avantage réside dans le fait de faire perdurer des conditions, qui ont pu être celles qui ont mené à la rupture, et en ce cas cela ne résout rien de les maintenir. Les entreprises peuvent alors souhaiter faire évoluer les conditions dans lesquelles le préavis se déroule, les juges n'y sont pas sourds mais veillent à ce que cela soit favorable pour elles deux.

543. La protection de l'effectivité du droit au préavis. Les dispositions de la rupture brutale des relations établies édictent une obligation de préavis : à charge pour son débiteur de l'octroyer et de le respecter. L'entreprise évincée en est créancière, et doit à ce titre, pouvoir effectivement en bénéficier pour réorganiser son activité. Les juges protègent aussi bien le droit au préavis que son effectivité, en exigeant que les conditions de la relation établie soient maintenues durant cette période¹⁸¹⁰. La protection offerte par le préavis doit être garantie durant son exécution¹⁸¹¹. Le

¹⁸¹⁰ Cass. Com. 07 oct. 2014, n°13-21.086, Bull. n°08, oct. 2014, IV, 143, J.-D. n°2014-023154, H. BARBIER, Le droit à la stabilité juridique et économique des relations contractuelles durant la période de préavis ? RTD Civ. n°02 du 30 juin 2015, p. 381.

¹⁸¹¹ A. SONET, Le préavis en droit privé, F. BUSSY (préf.), PUAM, Coll. Institut de Droit des Affaires, déc. 2003, ISBN n°978-2-7314-0352-7, 404 p, spéc. p. 316 n°1. Le maintien du contrat, [extraits n°724] « *il est nécessaire de permettre que le contrat qui va subir l'acte juridique unilatéral reste le même pendant le délai qui précède sa prise d'effet. La protection offerte par le délai serait en effet illusoire si le contrat n'était pas maintenu à l'identique. Le locataire doit continuer à bénéficier du logement le temps d'en trouver un autre, le distributeur doit pouvoir satisfaire ses clients le temps de trouver de nouveaux fournisseurs, l'employeur doit pouvoir compter sur ses salariés qui lui ont annoncé leur intention de faire grève avant qu'elle soit effective, etc. Ce n'est donc qu'à l'expiration du délai de préavis que le contrat sera modifié, suspendu ou privé d'effets* ».

préavis se pare de stabilité, caractère identiquement reconnu à la relation établie pour faire application des dispositions. A titre d'illustration, un distributeur a été condamné à verser des dommages et intérêts à son producteur car il avait intentionnellement et considérablement réduit ses commandes durant le préavis¹⁸¹². La baisse drastique a entraîné une baisse du chiffre d'affaires du fournisseur. Pour les juges, ce manque à gagner affecte négativement sa réorganisation¹⁸¹³. Ils contraignent donc l'auteur à conserver le même volume d'activité malgré l'absence d'engagements contractuels pris en ce sens. Pour eux, la bonne foi commande l'adoption d'un comportement loyal de la part de l'auteur. Sans en faire directement une « *obligation positive d'assistance*¹⁸¹⁴ », en faveur du partenaire éconduit, les juges sévissent s'ils observent une certaine déloyauté durant le préavis. En exigeant la continuation de la relation aux conditions antérieures, les juges suppléent l'absence d'engagements contractuels, à moins toutefois que les parties aient autrement prévu la cessation de leur relation. Leur souhait de prévisibilité est cependant strictement apprécié et encadré en jurisprudence.

544. De possibles prévisions contractuelles organisant le préavis. Un contentieux a surgi à propos d'une clause d'exclusivité insérée dans un contrat de concession ; son effet est paralysé pour les six derniers mois du préavis, en comptant douze. Les juges résolvent la question de savoir ce qu'il devrait advenir des prévisions des parties relativement à la poursuite de leur contrat durant le préavis. Ils indiquent que « *l'abandon réciproque de l'exclusivité conformément aux stipulations contractuelles n'est pas assimilable à une rupture partielle des relations commerciales*¹⁸¹⁵ ». À certaines conditions, les partenaires pourraient donc prévoir comment ils entendent organiser leur préavis. D'aucuns y voient la résurgence de la liberté contractuelle. Néanmoins, celle-ci semble pour le moins contenue par des impératifs d'équilibre dans les droits et obligations des parties.

545. La réciprocité requise pour les modifications durant le préavis. L'abandon d'une exclusivité de part et d'autre d'un partenariat se révèle mutuellement favorable. Pour le distributeur, précédemment tenu de distribuer exclusivement les produits du fournisseur, sa reconversion est facilitée car il recouvre la possibilité de distribuer les produits d'autres fournisseurs. Du côté du fournisseur, il peut également commencer à fournir d'autres distributeurs, concurrents de son distributeur historique. La continuation des activités pour chacun d'eux est ainsi assurée. Toutefois, il faudrait prendre garde à ce qu'une telle clause ne soit rédigée ni sous la menace ni ne contienne

¹⁸¹² Cass. Com. 07 oct. 2014, n°13-21.086, *ibid.* Durant le préavis, les commandes représentent seulement 12% du volume commandé, sur une même période, de l'année précédente.

¹⁸¹³ Les faits d'espèce – une production d'œufs – justifient pour partie la décision des juges de sanctionner les baisses de commandes de la part du distributeur. En effet, la fermeture d'un tel canal de distribution fait encourir le risque pour le producteur de perdre complètement ses marchandises. La gestion d'un stock périssable a des conséquences comptables et fiscales.

¹⁸¹⁴ H. BARBIER, Le droit à la stabilité juridique et économique des relations contractuelles durant la période de préavis ? RTD Civ. n°02 du 30 juin 2015, p. 381.

¹⁸¹⁵ Cass. Com., 09 juill. 2013, n°12-20.468, Bull. Civ. Juill. Sept. 2013, n°115, J.-D. n°2013-014585

des prévisions propres à caractériser un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. De tels éléments pourraient rouvrir la voie aux contentieux et amener à considérer que des ruptures partielles puissent avoir lieu durant l'exécution du préavis.

B. Le choix alternatif en matière de sauvegarde

546. La mise en évidence d'une protection et des périls d'une surprotection. La connaissance du moment d'appréciation de la réunion des conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde permet, en la matière, la préservation des mesures prises par le débiteur, et par rapport à la solution prévalant en cas de ruptures brutales, de se rendre compte que la procédure sert la procédure. L'appréciation dynamique des mesures prises en matière de sauvegarde s'avère protectrice (1), dans la limite, toutefois, de ne pas formuler des souhaits amenant à une protection excessive du débiteur, du fait de la coordination complexe des actions entre les deux matières (2).

1. L'appréciation dynamique des mesures prises en matière de sauvegarde

547. Un moment d'appréciation préservant la logique de la sauvegarde. Le droit des entreprises en difficulté fait montre d'adaptation pour ce qui est de fixer la date à laquelle les conditions d'ouverture des procédures doivent être appréciées en fonction du type de procédure¹⁸¹⁶. « *Une jurisprudence constante exige des juges qu'ils apprécient l'état de cessation des paiements au jour où ils statuent, même en cause d'appel (...). Si bien que le tribunal doit refuser d'ouvrir la procédure lorsque l'entreprise est sortie de la cessation des paiements entre la première et la seconde instance*¹⁸¹⁷ ». Il n'en va pas de même en matière de sauvegarde. Par deux arrêts de cassation en date du 26 juin 2007, les juges du droit ont affirmé que « *les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde doivent être appréciées au jour où il est procédé à cette ouverture*¹⁸¹⁸ ». Leur solution s'explique par la logique différente et propre à cette procédure, qu'il faut préserver au risque d'aboutir à une situation paradoxale¹⁸¹⁹. Pour la résumer, si les juges

¹⁸¹⁶ B. GRIMONPREZ, L'entreprise en difficultés insurmontables, RLDA n°21, 1^{er} nov. 2007, 1266, pp. 18-22, spéc. 20 : « *De manière générale, le tribunal apprécie les conditions d'existence d'une action en justice en se plaçant au moment de la demande (Cass. com., 6 déc. 2005, no 04-10.287, Bull. civ. IV, no 245, D. 2005, p. 67, obs. Lienhard A., RTD com. 2006, p. 141, obs. Le Cannu P., Rev. sociétés 2006, p. 570, note Cerati-Gauthier A. : « l'existence du droit d'agir en justice s'apprécie à la date de la demande introductive d'instance et ne peut être remise en cause par l'effet de circonstances postérieures » ; Cass. 2^e civ., 13 févr. 2003, no 01-03.272, Bull. civ. II, no 34, D. 2003, p. 805). Mais au droit commun, le droit des procédures collectives déroge ».*

¹⁸¹⁷ B. GRIMONPREZ, *ibid.*

¹⁸¹⁸ Cass. com., 26 juin 2007, n°06-17.821, Bull. civ. IV, n°176, J.-D. n°2007-039783, n°06-20.820, Bull. civ. IV, n°177, J.-D. n°2007-039782.

¹⁸¹⁹ G. SONIER, N. GHALIMI, La Cour de cassation livre ses premiers arrêts sur les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde issue de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005, Revue des procédures collectives n°1, janv. 2008, ét. 9, « *Il est donc*

devaient apprécier les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde au jour où ils statuent, ils pourraient constater la disparition des difficultés (grâce aux mesures mises en place par le débiteur), mais en l'absence desquelles la procédure n'aurait pu être ouverte. Cela les conduirait en définitive à décider que la procédure de sauvegarde « *n'a plus lieu de se poursuivre. Une telle analyse ruinerait évidemment l'utilité de la procédure de sauvegarde en l'exposant à être remise en cause à l'occasion d'un appel lorsque la qualité des mesures déjà prises depuis l'ouverture de la procédure aura eu pour résultat de rendre les difficultés moins pressantes*¹⁸²⁰ ». Il est donc pleinement concevable d'assurer l'efficacité de la procédure de sauvegarde en retenant une date différente pour l'appréciation de ses conditions d'ouverture par rapport à celle qui est retenue en matière de redressement et de liquidation judiciaire¹⁸²¹. Le débiteur est ainsi assuré que les mesures qu'il a mises en place pour tenter de juguler au moins une partie des difficultés auxquelles il a dû faire face ne seront pas réduites à néant par l'aspect procédural. En la matière, les juges ont fait en sorte d'aménager ce qui leur était possible d'aménager pour préserver la procédure de sauvegarde. À l'opposé, en matière de rupture brutale, ils tiennent pour indifférents les éléments postérieures à l'émission de la notification de la rupture pour apprécier le caractère suffisant du préavis. Pour le dire autrement, ils ne prennent pas en compte la possible reconversion de l'entreprise évincée alors que le préavis doit lui *servir* à se reconvertir. Et tant que l'appréciation du caractère suffisant du préavis sera ainsi figée au jour où la rupture est notifiée, alors il sera vain de prétendre que le préavis sert la reconversion de l'entreprise évincée s'il n'est pas possible de l'apprécier.

548. La prise en compte de l'évolution de la situation du débiteur entre le jour de la demande d'ouverture de la procédure et le jour du jugement d'ouverture. Notre ultime remarque pour montrer que c'est la dimension dynamique qui prime dans la procédure de sauvegarde. Le choix pour l'appréciation des conditions d'ouverture de la procédure a pris la forme d'une alternative entre le jour du jugement d'ouverture et le jour où le tribunal statue. Or il est

plus que probable que, au jour où la juridiction saisie du recours statue, la situation de la société se soit notablement améliorée et ait permis au chef d'entreprise de mettre en place des mesures destinées à assurer la pérennité de la société. Autant de circonstances de nature à faire reculer et réduire le spectre de la cessation des paiements. Or, si la juridiction saisie du recours avait le pouvoir d'apprécier les conditions d'ouverture de la sauvegarde au jour où elle statue, et non au jour où il fut procédé à cette ouverture, la prise en compte de ces circonstances favorables pourrait exclure le constat de difficultés insurmontables de nature à conduire à la cessation des paiements. Situation paradoxale s'il en est, où l'ouverture d'une sauvegarde serait compromise, non par son échec, mais au contraire par son succès probable ! Une telle solution ruinerait les efforts du chef d'entreprise, gratifié, pour sa prudence et pour l'anticipation de ses difficultés, par une remise en cause pure et simple de la procédure dans laquelle il avait placé tous ses espoirs ».

¹⁸²⁰ F.-X. LUCAS, Critères d'ouverture de la procédure de sauvegarde, in F.-X. LUCAS, P.-M. LE CORRE, Droit des entreprises en difficulté, déc. 2006 – nov. 2007, D. 2008, p. 570.

¹⁸²¹ *Ibid.* : « Autrement dit, lorsqu'il revient à une cour d'appel de se prononcer sur les mérites d'une décision d'ouvrir une sauvegarde, le moment auquel elle doit se placer pour apprécier la situation de l'entreprise n'est ni celle à laquelle la demande a été formée (ce qu'avait à tort retenu l'un des deux arrêts attaqués) ni celle à laquelle elle statue mais celle du jour où les premiers juges ont ouvert la procédure, analyse bien différente de celle qui prévaut en matière de redressement ou de liquidation judiciaire, procédures pour lesquelles l'état de cessation des paiements doit être apprécié en se plaçant « au jour où statue la juridiction » et ce même en cause d'appel (Com. 7 nov. 1989, Bull. civ. IV, n° 273 ; 6 oct. 1992, Bull. civ. IV, n° 290) ».

encore une autre date qui aurait pu être choisie : celle du jour de la demande d'ouverture de la procédure. Le bien-fondé de la solution de la Cour de cassation tel qu'il a été exposé précédemment n'est pas du tout remis en cause par les propos qui suivent. Le Professeur Lienhard explique que le chef d'entreprise présente sa demande de procédure de sauvegarde dès qu'il « *sent que les difficultés s'aggravent, que le mouvement s'accélère, qu'il ne parvient à les juguler, que la cessation des paiements se rapproche*¹⁸²² ». Mais c'est le tribunal qui décidera s'il y a lieu d'ouvrir la procédure, preuve s'il en est que les juges peuvent aussi prendre en compte l'amélioration de la situation entre le jour de la demande d'ouverture de la procédure et le jour du jugement d'ouverture. Sans se leurrer sur cette possibilité qui tient du « miracle », pour reprendre le terme du Professeur Lienhard (compte tenu de « *la brièveté des délais entre la demande et le jugement : dans ces affaires, quatre et seize jours*¹⁸²³ »), mais si même cette probabilité infinitésimale peut être prise en compte, la solution en matière de ruptures brutales trouve de moins à moins à s'expliquer.

549. Des ponts entre matières. L'appréciation du préavis suffisant est déformée à cause du moment retenu par les juges pour son appréciation : le faire correspondre au moment de la notification de la rupture est inopportun. Cela semble encore moins justifié depuis que l'on sait que l'effectivité des mesures prises par le débiteur, pendant la procédure de sauvegarde, est garantie par les juges, qui ont fait en sorte de retenir le jour du jugement d'ouverture pour l'appréciation de la réunion des conditions d'ouverture de la procédure. Pour poursuivre, on s'est demandé si le moment d'appréciation du préavis suffisant était d'autant plus inopportun eu égard aux entreprises évincées lorsque celles-ci sont en difficultés. Des praticiens ont soulevé la possibilité de coordonner les actions en matière de rupture brutale et de procédures collectives car, de leur point de vue, tant qu'elles s'ignorent cela ne pourrait qu'aggraver les difficultés chez l'entreprise évincée¹⁸²⁴. S'il faut assurément jeter des ponts pour préserver l'efficacité des différentes mesures, cette construction s'accompagne de plusieurs mises en garde.

2. La coordination complexe des actions

550. Décourager l'intégration des relations établies parmi les contrats en cours. Les auteurs observent d'abord que les relations établies échappent au pouvoir de l'administrateur

¹⁸²² A. LIENHARD, Premières décisions de la Cour de cassation sur la procédure de sauvegarde, D. 2007, p. 1864.

¹⁸²³ *Ibid.*

¹⁸²⁴ J.-E. KUNTZ, J. CAVELIER, Rupture des relations commerciales établies et procédures collectives, Bulletin Joly Entreprises en difficulté, mars-avr. 2016, pp. 131-135.

judiciaire lorsqu'il s'agit pour lui d'opter pour la continuation¹⁸²⁵. Durant la période d'observation, l'administrateur judiciaire a la faculté d'opter pour la poursuite de contrats en cours. Le choix opéré assure le maintien d'un certain niveau d'activité ; il comprend positivement la continuation de certains contrats et négativement la cessation d'autres contrats. L'article L. 622-13 du Code de commerce vise « *les contrats en cours* ». La jurisprudence est venue préciser quels contrats pouvaient être continués, procédant ainsi à la délimitation de cette catégorie¹⁸²⁶. Conformément aux dispositions légales, elle retire certains contrats¹⁸²⁷ et en inclut d'autres, parfois à certaines conditions¹⁸²⁸. Après avoir généralisé l'application du principe des contrats en cours aux contrats conclus *intuitu personae*¹⁸²⁹, va-t-elle s'étendre aux relations établies ? L'interrogation est légitime. Les dispositions de la rupture brutale s'appliquent à des relations qui ne sont pas nécessairement formalisées. Leur interprétation en jurisprudence a participé à l'extension de la notion et a concomitamment révélé l'importance de relations non-contractuelles. Il y aurait dès lors une contradiction pour les juges de la rupture brutale de considérer l'importance de ces relations et pour l'administrateur judiciaire de ne pas pouvoir les faire continuer. Les praticiens proposent dès lors d'intégrer les relations établies dans la discipline collective¹⁸³⁰. Pour nous, cette préconisation a une portée très incertaine, voire délétère.

¹⁸²⁵ *Ibid.* : « Lorsque la rupture est intervenue en amont de l'ouverture de la procédure collective, et que le principe de la rupture de la relation est acquis, le contrat n'a pas la qualification de contrat en cours au sens de l'article L. 622-13 du Code de commerce et l'administrateur judiciaire est dépourvu de tout pouvoir d'opter pour la continuation ». M.-H. MONSÉRIÉ-BON, *Entreprise en difficulté : période d'observation*, in V. MAGNIER, *Rép. de droit des sociétés*, Dalloz, oct. 2014, maj mai 2022, spéc. 125, « Le contrat en cours est un contrat en cours d'existence par lequel des prestations peuvent encore être mises à la charge du cocontractant du débiteur en sauvegarde ou en redressement judiciaire ; il ne doit pas être définitivement exécuté avant l'ouverture de la procédure ». D. ROBINE, M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, Coll. Précis, Fév. 2020, éd. n°8, ISBN n°978-2-247-14041-1, 594 et s., spéc. 598 intitulé « Toutes les procédures collectives ».

¹⁸²⁶ D. ROBINE, M. JEANTIN, P. LE CANNU, *ibid.*, 594 et s. M.-H. MONSÉRIÉ-BON, *ibid.* spéc. 129 et s.

¹⁸²⁷ C. Com., art. L. 622-13, VI : « Les dispositions du présent article ne concernent pas les contrats de travail. Elles ne concernent pas non plus le contrat de fiducie, à l'exception de la convention en exécution de laquelle le débiteur conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire ».

¹⁸²⁸ D. ROBINE, M. JEANTIN, P. LE CANNU, *ibid.*, spéc. 605 s'agissant des ouvertures de crédit, maintenues : « (...) l'administrateur tient de l'article L. 622-13 le pouvoir d'exiger de la banque la poursuite des conventions d'ouverture de crédit qu'elle avait consenties à l'entreprise. Cette affirmation doit cependant être nuancée à un triple point de vue. D'abord, le maintien du découvert n'est accordé que dans la limite des concours non utilisés avant l'ouverture de la procédure collective. Ensuite, l'administrateur ou le débiteur qui exige le maintien de la convention d'ouverture de crédit doit en respecter toutes les stipulations à l'exception, bien entendu, de celles qui prétendraient mettre fin au contrat pour cause d'ouverture de la procédure collective. Il est enfin possible que l'établissement de crédit invoque les dispositions de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier. Ce texte permet en effet de résilier, sans avoir à respecter le moindre préavis, une ouverture de crédit dès lors que la banque démontre que la situation de l'entreprise est irrémédiablement compromise ». Il faut lire en parallèle : Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *ibid.*, spéc. 3331.70, in fine : « Du fait de l'existence de l'article précité du code monétaire et financier, la Cour de cassation a jugé que les dispositions du code de commerce relatives à la responsabilité encourue pour rupture brutale d'une relation commerciale établie (...) ne s'appliquent pas à la rupture ou au non-renouvellement de crédits consentis par un établissement de crédit à une entreprise », jurisprudence citée dans la note associée : Cass. com., 25 oct. 2017, n°16-16.839, J.-D. n°2017-021038, « les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce relatives à la responsabilité encourue pour rupture brutale d'une relation commerciale établie ne s'appliquent pas à la rupture ou au non-renouvellement de crédits consentis par un établissement de crédit à une entreprise, opérations exclusivement régies par les dispositions du code monétaire et financier ».

¹⁸²⁹ D. ROBINE, M. JEANTIN, P. LE CANNU, *ibid.*, spéc. 603 et 604.

¹⁸³⁰ J.-E. KUNTZ, J. CAVELIER, *ibid.*, spéc. p. 134 : « (...) l'option de l'administrateur judiciaire doit être étendue à ces relations non formalisées sous réserve qu'elles soient suffisamment « régulières, stables et significatives ».

La continuation des contrats en cours, comme système, « *met à rude épreuve le droit des contrats, notamment le respect des engagements*¹⁸³¹ ». Il en va de même pour notre matière : la fiction juridique de la poursuite de certaines relations en l'absence des partenaires, voire des cocontractants, d'origine, défie la liberté contractuelle. S'agissant des procédures collectives, la délimitation de l'option offerte à l'administrateur judiciaire serait calquée sur la définition prétorienne donnée à la relation établie. En d'autres termes, il pourrait opter pour la poursuite des relations « *régulières, stables et significatives* ». Il devrait alors rapporter la preuve que ces relations, bien que non formalisées, sont nécessaires pour le maintien d'un certain niveau d'activité. L'application de la notion de relation établie pourrait-elle être transcendante ? Pourrait-elle être appliquée en dehors des dispositions étudiées ? Dans l'affirmative, cela attesterait de ses caractères de fixité et de plasticité, qu'elle ne présente pourtant pas. On amende en ce sens après avoir démontré que la jurisprudence pondère chaque élément du trinôme en fonction de la casuistique. En l'état, on ne peut que décourager l'utilisation d'une notion encore instable dans une autre matière, d'autant que ce serait mettre à mal la dialectique probatoire de la démonstration de la relation établie. L'autre préconisation des auteurs intéresse le maintien temporaire des relations fondamentales à la survie du débiteur mais le rapport de causalité que cela suppose se discute.

551. Un rapport de causalité trop incertain. Les difficultés rencontrées par des débiteurs sont parfois imputées au fait qu'ils aient subi des ruptures brutales¹⁸³². Suite à la cessation d'une relation établie, l'activité de la partie évincée se dégrade au point qu'elle doive engager des mesures relevant du droit des entreprises en difficultés. À quelle condition, une telle situation peut-elle être imputée à l'auteur de la rupture ? Il faudrait d'abord prouver la faute de l'auteur de la rupture, soit la brutalité de celle-ci. De surcroît, le rapport de causalité reviendrait semble-t-il à rapporter la preuve d'un état de dépendance économique entre l'entreprise évincée et l'auteur. Cet état pourrait justifier l'origine des difficultés engendrées par une rupture d'avec l'auteur. Compte tenu des différences relevées à propos de la condition d'équivalence, dans chacune des définitions proposées de la dépendance économique, en matière de pratiques anticoncurrentielles et en pratiques restrictives de concurrence, un choix devrait être opéré. S'orienter vers le « *grand* » droit de la concurrence est d'appréciation plus stricte. Toutefois, même dans l'appréciation la plus

¹⁸³¹ D. ROBINE, M. JEANTIN, P. LE CANNU, *ibid.*, spéc. 596.

¹⁸³² J.-E. KUNTZ, J. CAVELIER, *ibid.*, spéc. p. 131 : « (...) *les ruptures brutales de relations commerciales et les procédures collectives sont, en pratique, souvent liées puisque, dans de nombreux cas, la rupture constitue la cause de la défaillance du débiteur et, sa réparation, un élément déterminant de l'issue de la procédure collective* ». En ce sens et par ex., CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 07 janv. 2016, n°14/08542, J.-D. n°Ø. En l'espèce, le sous-traitant d'un commissionnaire de transport lui reproche l'insuffisance du préavis au regard de l'ancienneté de leur relation commerciale établie et consécutivement, sa déclaration de cessation des paiements. De nombreuses actions sont élevées sur le fondement des ruptures brutales dans un contexte de procédures collectives. La présence des organes des procédures collectives dans les arrêts y afférent en témoigne. Mais même ne nombre, les arrêts ne font pas tous expressément référence à un potentiel lien de causalité entre la naissance des difficultés et la rupture brutale de relations établies. Les actions menées par les organes des procédures collectives suggèrent la prégnance de difficultés, qui n'ont pas été surmontées, et pour lesquelles l'action indemnitaire de l'article L. 442-1, II du Code de commerce peut être fructueuse.

pragmatique, il serait inopportun et injustifié d'imputer un ensemble de difficultés insurmontables à une entreprise. Inhérentes à des choix de gestion¹⁸³³ n'appartenant qu'à la seule demanderesse, il n'est pas certain que les difficultés disparaîtront en exigeant de l'auteur de la rupture le maintien d'une relation établie. Pour nous, en certains cas, ce ne pourrait être que retardé l'inévitable. Cela pose un problème supplémentaire car maintenir des relations qui ont été rompues, sans savoir si elles l'ont été brutalement, c'est une façon de d'engager la responsabilité de l'auteur sans avoir caractérisé de faute de sa part. Les principes de responsabilité civile, des droits de la défense seraient tous à la fois atteints par une telle prérogative dévolue à l'organe de la procédure collective. Il faut reconnaître une faute avant d'engager la responsabilité de son auteur. En l'occurrence, compte tenu de la spécialisation des juridictions et des délais de traitement des contentieux, la reconnaissance de la brutalité avant l'ouverture de procédures collectives semble manifestement impossible. Il est dès lors inconcevable de maintenir une relation établie pour laquelle son auteur n'a pas été reconnu comme responsable de sa rupture brutale.

*

**

Conclusion du chapitre 1

552. Révéler le caractère inatteignable des préavis suffisants pour quiconque. Ils sont d'abord *hors de portée de l'auteur*. Lorsqu'il envisage de rompre une relation établie, il doit arbitrer entre respecter le préavis de dix-huit mois ou déterminer lui-même le préavis suffisant. L'un et l'autre des choix se révèlent tout aussi coûteux. Dans le premier, la durée peut être excessive eu égard à la relation établie à rompre. Elle l'est absolument car elle a été fixée sur la base de jurisprudences ayant progressivement allongé les préavis. Si elle l'est aussi relativement pour nombre d'entreprises qui se refusent alors à l'observer, cela en fait une durée de préavis inadéquate. Dans le second, l'auteur est empêché de déterminer le préavis car il est dans l'impossibilité de connaître l'ensemble des éléments pris pour son appréciation. Cela a révélé un défaut de conception des dispositions car le débiteur de l'obligation de respecter un préavis suffisant n'est pas mis en mesure de pouvoir le faire. Et ce n'est pas le seul. Par comparaison avec le préavis dû en cas de résiliation du contrat à durée indéterminée d'un contrat d'agence commerciale, il manque aux dispositions de l'article L. 442-1, II du Code de commerce plusieurs précisions. La déficience informationnelle provient de dispositions incomplètes, rendant les préavis

¹⁸³³ A. FOURMENT, D. BATUDE, Préjudice découlant de la rupture brutale de relations commerciales établies, CCC déc. 2015, 16, spéc. 4, intitulé « La prime à la dépendance » : « [...] hormis les cas particuliers tenant notamment à la nature de l'activité, à l'importance des actifs productifs nécessités par celle-ci ou à l'exclusivité de la relation commerciale imposée par le donneur d'ordre, la jurisprudence, en augmentant la réparation au profit de celui qui subit la rupture à mesure de sa dépendance économique, récompense le plus souvent une faute de gestion, caractérisée par une insuffisance de diversification allant parfois jusqu'à la « monoculture [...] Pour quelle raison doit-on mettre à la charge de celui qui prend l'initiative de la rupture, des dommages-intérêts dont le montant croît à mesure de l'imprévoyance de son partenaire, alors au surplus qu'il ignore généralement la situation de dépendance de ce dernier ? ».

suffisants ***hors de portée de l'auteur et de l'entreprise évincée***. Il serait possible d'y remédier, en les plaçant dans une position de sachants : en fixant le point de départ du préavis au jour de l'émission. Mais cette préconisation paraît bien insuffisante quand le problème majeur concerne le moment auquel les juges apprécient la brutalité de la rupture. En le fixant à la date à laquelle l'auteur a notifié son intention d'y mettre fin, ils sont dans l'impossibilité d'apprécier si le préavis accordé par l'auteur a permis à l'entreprise évincée de se réorganiser alors que c'est l'objet même du préavis reconnu par les juges du droit. Le préavis suffisant est ainsi ***hors de portée des juges*** eux-mêmes. En définitive, il l'a aussi été ***globalement de tous*** puisqu'il a un temps été méconnu par la large diffusion d'un rapport faux et dissimulateur. Si cela tend peu à peu à se résorber, cela ne suffit pas à rétablir la notion même de préavis suffisant dans les limites de l'entendement. Il y échappe de façon complètement paradoxale et telles qu'elles sont conçues les dispositions semblent elles-mêmes impuissantes à permettre quelque résolution, qui reste au pouvoir des seuls juges.

553. La délimitation incertaine de la réparation aux conséquences de la brutalité de la rupture. Les préavis suffisants sont hors de portée : le respect du préavis de dix-huit mois est exonératoire de responsabilité mais peut se révéler coûteux pour l'auteur ; s'il préfère fixer lui-même la durée de préavis suffisant, il est en fait dans l'impossibilité de le faire à défaut d'avoir connaissance de tous les éléments requis pour sa détermination. Dans un cas comme dans l'autre, l'auteur supporte des coûts. S'il s'agit désormais de savoir les chiffrer, on ne s'intéressera qu'à l'hypothèse dans laquelle l'auteur a pris le risque d'accorder le préavis qu'il estimait suffisant, mais qui n'a pas été reconnu comme tel lors de l'action contentieuse de l'entreprise évincée. Dans le cadre de cette action engageant la responsabilité de l'auteur, la jurisprudence a tôt reconnu qu'il s'agissait d'indemniser les conséquences de la brutalité de la rupture et non de toutes celles découlant globalement de la rupture¹⁸³⁴. Mais cette frontière est-elle aussi aisée à mettre en œuvre qu'à énoncer ? Plusieurs éléments peuvent en faire douter. L'accueil des victimes indirectes semble d'abord s'y opposer car sont-elles victimes de la brutalité ou des conséquences entraînées par ce qu'il peut être considéré comme des ruptures en chaîne ? Puis, à la réparation du gain manqué s'ajoute celle des pertes subies. En déterminant ce à quoi chacun correspond, il faudra se reposer la question de savoir s'ils restent tous les deux dans les limites définies et comment les juges s'en assurent. L'examen de l'indemnisation des conséquences de la brutalité de la rupture doit s'étendre à son évaluation. Certains de ses éléments semblent approximatifs et laissés à l'appréciation souveraine des juges du fond. Or l'évaluation devrait se concevoir doublement avec, d'un côté, ce qui correspond à la base du calcul du préjudice¹⁸³⁵ et est invariable, et, de l'autre, l'évaluation en tant que telle avec les éléments appréciés par les juges, et qui varient d'un cas d'espèce à un autre. En conséquence, après avoir analysé les modalités de la réparation qui sont apparemment étroites pour rester dans les limites fixées (section 1), il faudra s'intéresser aux éléments qui font que l'évaluation est latitudinaire et apporter ceux qui pourraient permettre d'affiner le calcul (section 2).

¹⁸³⁴ Not. Cass. com., 11 juin 2013, n°12-20.846, J.-D. n°2013-011878 : « *Mais attendu qu'ayant exactement énoncé que seuls sont indemnisables, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, les préjudices résultant de la brutalité de la rupture et non de la rupture elle-même* »

¹⁸³⁵ A. FOURMENT, D. BATUDE, Préjudice découlant de la rupture brutale de relations commerciales établies – Plaidoyer pour une prévisibilité des calculs prétoriens, CCC déc. 2015, 16, spéc. 10 : « *Ainsi sur la résiliation abusive d'un contrat de concession automobile par le concessionnaire, celui-ci, auteur du pourvoi, indique qu'il convient de défalquer de la marge brute « les frais directs d'exploitation [...] pour ne retenir que les frais fixes » donc, en d'autres termes, de tenir compte de la marge sur coûts variables. La Chambre commerciale balaie le moyen qui selon elle ne vise qu'à soumettre à la Cour de cassation des éléments souverainement appréciés par les juges du fond. Cette absence de contrôle de la Cour de cassation a été largement développée en matière de responsabilité contractuelle par Andrea Pinna dans sa thèse sur la mesure du préjudice contractuel où l'auteur suggère fort habilement de différencier la base de calcul du préjudice, qui est une question de droit, de l'évaluation du préjudice qui est une question de fait* ».

SECTION 1 : DES MODALITÉS APPAREMMENT ÉTROITES

554. Une limitation doublement mise en tension. L'indemnisation des conséquences de la brutalité est limitée puisqu'il ne s'agit pas d'indemniser toutes les conséquences entraînées par la rupture brutale d'une relation commerciale établie. Mais cette limitation est doublement mise en tension, du fait d'abord que les demandeurs sont pluraux, comme le sont d'ailleurs leurs actions (§1), et du fait ensuite de l'addition des pertes subies au gain manqué (§2) pour ce qui est de ce qui est réparé.

§1. Les différents titulaires de plusieurs actions

555. Une pluralité de titulaires et d'actions. La rupture d'une relation établie est ce moment paroxysmique, qui exacerbe les tensions. L'auteur et la victime, engagés dans un contentieux, vont chacun apporter les éléments au soutien de leurs demandes. Tous ne se rapporteront pas strictement à la relation car ils peuvent aussi être liés aux contrats. Des inexécutions contractuelles pourront alors fonder des demandes complémentaires à celle visant à reconnaître la brutalité de la rupture. Les actions sont plurales (A) de même que les victimes, qui ne sont pas forcément les victimes directes s'il faut considérer que la brutalité de la rupture puisse avoir pour conséquence d'en entraîner d'autres (B).

A. Les responsabilités encourues par les contractants-auteurs

556. L'élection d'une responsabilité et la possibilité d'un cumul d'actions. À défaut de savoir à partir des dispositions quelle est la nature de la responsabilité engagée, c'est aux juges qu'il est revenu de la préciser (1). Ils se sont aussi favorablement prononcés pour le cumul d'actions, à l'encontre du contractant-auteur, mais dans des limites qui tiennent autant au droit qu'à la pratique (2).

1. L'affirmation du caractère extra-contractuel de la responsabilité

557. Une reconnaissance d'abord indirecte. L'article L. 442-1, II du Code de commerce est muet – tout comme l'était son prédécesseur – quant à la nature de la responsabilité de l'auteur. Avant que la jurisprudence n'y supplée explicitement, les juges ont reconnu qu'il s'agissait de la responsabilité délictuelle en faisant application des dispositions intéressant la compétence

territoriale des juridictions, en matière de réparation du dommage causé par un délit ou un quasi-délit. En 2005, les juges de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation¹⁸³⁶ décident que le tribunal de commerce, dans le ressort duquel la rupture brutale a été subie, est compétent. Ils font application de l'article 46 du Code de procédure civile, faisant exception au principe selon lequel la juridiction territorialement compétente est celle du lieu où demeure le défendeur¹⁸³⁷. En l'occurrence, les juges font correspondre le dommage à la rupture brutale et en déduisent que celle-ci a été subie au lieu de l'activité de l'entreprise évincée. Par conséquent, en faisant application des règles de compétence territoriales en matière délictuelle, les juges renseignent indirectement la nature de la responsabilité liée à l'action de la rupture brutale. Cette solution a par la suite été réaffirmée¹⁸³⁸, puis la responsabilité délictuelle a été explicitement reconnue.

558. Une reconnaissance explicite. Dans leur arrêt en date du 06 février 2007, c'est sans détour que les juges citent *in extenso* la lettre des dispositions et y ajoutent « *engage la responsabilité délictuelle de son auteur*¹⁸³⁹ ». Les juges de la chambre commerciale de la Cour de cassation affirment que l'auteur d'une rupture engage sa responsabilité délictuelle si elle est brutale. Si aujourd'hui la solution paraît acquise, en 2007, ses fondements n'en sont qu'aux balbutiements, d'autant qu'en l'occurrence c'est une modification substantielle du contrat qui a donné lieu à la rupture. La prégnance du cadre contractuel aurait pu conduire à faire application de la responsabilité contractuelle dans la mesure où lorsque toutes ses conditions sont réunies, seul ce régime trouve à s'appliquer¹⁸⁴⁰. Toutefois, ce choix aurait nié la spécificité du dispositif qui entend s'extraire du contrat pour ne s'intéresser qu'aux relations. C'est donc logiquement que la chambre commerciale de la Cour de cassation poursuit dans cette voie.

559. La sanction d'une obligation légale. « *L'obligation de ne pas rompre brutalement des relations commerciales établies est une obligation légale qui doit être sanctionnée par une action de nature délictuelle*¹⁸⁴¹ ». L'obligation vise à encadrer le droit de rompre, elle l'organise de façon à ce que la séparation ne soit pas brutale. Le droit de rompre n'est pas remis en cause¹⁸⁴², il est ordonné de façon à garantir des conditions loyales de rupture. L'obligation légale est déliée du

¹⁸³⁶ Cass. Civ. 2^{ème}, 06 oct. 2005, n°03-20.187, Bull. Civ. II n°236, J.-D. n°2005-030072. M. MALAURIE-VIGNAL, Une entreprise qui cesse son activité du fait de la rupture brutale d'une relation commerciale (déréférencement) peut saisir le tribunal du lieu de cette activité, CCC n°2, fév. 2006, comm. 34. E. CHEVRIER, Rupture d'une relation commerciale établie : tribunal compétent, D. n°38 du 03 nov. 2005. JCP n°43 du 24 oct. 2005, IV 3349.

¹⁸³⁷ S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage, Dalloz, 36e éd., 2022, spéc. 1545.

¹⁸³⁸ Not. Cass. Com., 21 oct. 2008, n°07-12.336, J.-D. n°2008-045498

¹⁸³⁹ Cass. Com., 06 fév. 2007, n°04-13.178, Bulletin 2007, IV, N° 21, J.-D. n°2007-037247.

¹⁸⁴⁰ A. BALLOT-LENA, E. CLAUDEL, B. THULLIER et F.-X. TRAIN, Droit civil de l'entreprise, spéc. A. BALLOT-LENA, II – Responsabilité de droit commun et régimes spéciaux, D. n°24 du 28 juin 2007, p. 1688.

¹⁸⁴¹ A. BALLOT-LENA, E. CLAUDEL, B. THULLIER et F.-X. TRAIN, Droit civil de l'entreprise, spéc. A. BALLOT-LENA, II – Responsabilité de droit commun et régimes spéciaux, D. n°24 du 28 juin 2007, p. 1688.

¹⁸⁴² Sauf à considérer qu'il soit altéré par un encadrement trop liberticide qui découragerait toute rupture, puisque trop risquée et trop coûteuse.

contexte contractuel en ce qu'elle s'applique aux relations établies. L'objectif du texte est de pouvoir surpasser certaines dérives contractuelles, à l'instar de succession de contrats à durée déterminée, ne conférant qu'une protection limitée et limitée par la partie en position de force. En outre, l'encadrement du droit rompre est à rapprocher de l'abus, pour lequel la jurisprudence retient une action en responsabilité délictuelle. Enfin, une justification supplémentaire apportée concerne l'action du ministre de l'Économie. Celle-ci ne peut se concevoir que dans le cadre d'une action délictuelle. Si la chambre commerciale considère l'action de nature délictuelle, la première chambre civile s'y oppose.

560. La divergence des chambres de la Cour de cassation. A plusieurs reprises, la première chambre civile de la Cour de cassation a reconnu l'application de clauses, qu'il s'agisse de clause attributive de juridiction¹⁸⁴³ ou de clause compromissoire¹⁸⁴⁴. Les juges s'étaient gardés de se prononcer sur la nature de la responsabilité en jeu. Il résulte de l'application des stipulations contractuelles, la mise en jeu de la responsabilité contractuelle¹⁸⁴⁵, conformément à la *summa divisio* des responsabilités, l'une excluant nécessairement l'autre. La solution des juges de la première chambre civile appelle à analyser le jeu des clauses lorsqu'elles sont contenues dans un contrat international. L'internationalité des litiges convoque les problématiques de compétence des juges étrangers en la matière et la reconnaissance de l'article L. 442-1, II du Code de commerce en tant que loi de police. Toutefois, nous réservons un traitement d'ensemble aux interrogations sous-jacentes dans le second chapitre, du second titre de la seconde partie. La détermination de la nature de la responsabilité invoquée sur le fondement de l'article L. 442-1, II ressort de la jurisprudence. La réécriture du dispositif n'a pas renseigné la nature de la responsabilité. Aucune décision de formation plénière n'a tranché entre les positions divergentes des chambres de la Cour de cassation. Les solutions coexistent, de surcroît : il est possible pour la partie évincée de cumuler les actions.

2. Un cumul d'actions possible

561. Les choix de l'entreprise évincée. Avant même d'envisager la possibilité pour la victime de rupture de cumuler les actions, il convient d'explicitier les choix qui s'offrent à elle : entre le droit commun et le droit spécial. Pour la suite, on va considérer qu'elle relève du champ d'application

¹⁸⁴³ Cass. Civ. 1ère, 06 mars 2007, n°06-10.946, Bull. 2007, I, n° 93, p. 82, J.-D. n°2007-03778. Cass. Civ. 1ère, 22 oct. 2008, n°07-15.823, Bull. 2008, I, n° 233, J.-D. n°2008-045459

¹⁸⁴⁴ Cass. Civ. 1ère, 08 juill. 2010, n°09-67.013, Bull. 2010, I, n° 156, J.-D. n°2010-012390.

¹⁸⁴⁵ D. MAINGUY, La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre, D. n°22 du 09 juin 2011, p. 1495.

des dispositions, à défaut, la demanderesse n'aurait pas d'autre choix que celui d'agir sur le fondement de droit commun.

562. L'existence du choix en présence d'un contrat à durée indéterminée. D'emblée, la partie évincée n'a le choix entre le droit commun et le droit spécial qu'à la condition d'être partie à un contrat à durée indéterminée. En effet, c'est celui-ci que l'article 1211 du Code civil vise¹⁸⁴⁶. Dans l'hypothèse inverse, où il s'agit d'un contrat à durée déterminée, l'article 1212 du Code civil impose que « *chaque partie doit l'exécuter jusqu'à son terme* » et ajoute que « *nul ne peut exiger le renouvellement du contrat*¹⁸⁴⁷ ». Si le cocontractant d'un contrat à durée déterminée souhaite agir sur le fondement du droit spécial¹⁸⁴⁸, il devra à démontrer avoir été partie à une relation établie. Ce peut être le cas si les cocontractants ont formalisé leur relation après avoir déjà procédé à des échanges, et surtout si les contrats à durée déterminée se sont succédés¹⁸⁴⁹. En définitive, la partie à un contrat à durée déterminée n'aura pas d'autre choix que de recourir à l'article L. 442-1, II du Code de commerce pour tenter de faire constater une rupture brutale, tandis que la partie à un contrat à durée indéterminée aura le choix entre le droit commun et le droit spécial. En dépit du choix offert à cette dernière, les recours sont massivement élevés sur le fondement du droit spécial.

563. Le choix du droit de la rupture brutale des relations établies. D'apparence, l'article 1211 du Code civil et l'article L. 442-1, II du Code de commerce contiennent des dispositions similaires. Mais ils se distinguent non seulement par leur champ d'application, et aussi par le préavis requis, préalablement à la cessation envisagée. Sans revenir sur le champ d'application *rationae personae* de chacune des dispositions, l'examen se focalise sur le préavis. Les dispositions étudiées font du préavis une condition *sine qua non* d'application. À défaut de préavis écrit, ou en cas de préavis insuffisant, la brutalité est caractérisée. L'impérativité du préavis du droit spécial est reconnue tandis que celle du droit commun est discutée¹⁸⁵⁰. À la lecture de l'article 1211 du Code civil, le « *préavis raisonnable représente le droit supplétif*¹⁸⁵¹ », venant après le « *préavis contractuellement prévu* ». Priorité est donnée aux stipulations des parties pour organiser leur préavis. C'est seulement en leur absence que le « *préavis raisonnable* » entre en jeu. En

¹⁸⁴⁶ C. civ., art. 1211 : « *Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable.* »

¹⁸⁴⁷ C. civ., art. 12112 : « *Lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, chaque partie doit l'exécuter jusqu'à son terme. Nul ne peut exiger le renouvellement du contrat.* »

¹⁸⁴⁸ Pour cette hypothèse, il s'agit bien de considérer la seule interruption du courant d'affaires et non une inexécution contractuelle.

¹⁸⁴⁹ La prolongation informelle de la relation, après le terme du contrat à durée déterminée, n'ouvre pas systématiquement la voie à la caractérisation d'une relation commerciale établie. Dans un arrêt récent, les juges de la Cour d'appel de Paris décident que « *le caractère provisoire des relations commerciales à l'issue du terme du contrat à durée déterminée sans possibilité de tacite reconduction les fait nécessairement échapper à l'application de l'article L. 442-6, I-5° du Code de commerce* », CA Paris, 10 janv. 2018, n°15/02432.

¹⁸⁵⁰ Le Lamy Droit du Contrat [en ligne], maj juin 2022, spéc. n°2484.

¹⁸⁵¹ *ibid.*

matière de ruptures brutales de relations établies, le juge n'est aucunement lié par les stipulations des parties ; il lui revient, et à lui seul, d'apprécier la durée du préavis suffisant. La préférence pour les dispositions spéciales pourrait venir de l'appréciation prétorienne de la durée du préavis suffisant d'après les critères pléthoriques. Les interrogations quant au caractère d'ordre public de l'article 1211 du Code civil sont présentes parmi la doctrine¹⁸⁵². La Cour de cassation n'a vraisemblablement pas encore eu l'occasion d'y répondre. Quant au cumul des actions fondées sur le droit commun et sur le droit spécial, la jurisprudence s'est prononcée positivement.

564. La possibilité de cumuler les actions des droits commun et spécial. L'arrêt de la Cour de cassation qui a donné lieu à la possibilité de cumuler les deux actions oppose un éditeur et une association¹⁸⁵³. Après le refus de l'association d'attribuer un stand à l'éditeur pour la tenue de son prochain congrès, l'éditeur engage des poursuites à son encontre ; plusieurs griefs parmi lesquels on retiendra seulement l'inexécution contractuelle et la rupture brutale des relations établies. En l'occurrence, le problème est de savoir s'il est possible de fonder cumulativement ces deux actions tout en restant dans les limites imposées par le principe de non cumul des responsabilités. Pour le résoudre, il faut identifier les faits à l'origine des deux actions, s'il s'avère qu'il n'y en qu'un seul pour les deux cas alors le cumul s'envisagera ; si à l'inverse, plusieurs faits peuvent être décelés alors les actions peuvent vraisemblablement être introduites ensemble. En l'occurrence, les juges indiquent que deux demandes peuvent être fondées distinctement pour le cas d'espèce. Dès lors, une inexécution contractuelle et une rupture brutale des relations commerciales établies pourraient fonder deux actions. Mais l'inexécution contractuelle et la survenance de la rupture brutale des relations commerciales ne sont-elles pas imputables au même fait ? En d'autres termes, la rupture brutale ne découlerait-elle pas de l'inexécution contractuelle ? En l'absence du refus d'attribution d'un stand de l'association, y aurait-il eu cessation du courant d'affaires noué entre les deux parties depuis treize ans ? En doctrine, le scepticisme des commentateurs de l'arrêt monte, d'aucuns cherchent à dissocier la défaillance contractuelle de la rupture brutale¹⁸⁵⁴. Si une partie semble réticente à la retenir, certains pourtant s'y essayent¹⁸⁵⁵. Ces derniers considèrent que le refus d'attribution caractérise une inexécution contractuelle dans la mesure où l'éditeur avait déjà versé un acompte. Par ailleurs, le refus n'a pas été précédé d'un quelconque préavis observé par l'association, ce qui pourrait alors conduire à caractériser la brutalité de la rupture de l'entière relation commerciale établie depuis plus d'une douzaine d'années. En l'espèce, les juges du droit n'ont pas retenu que le cas d'espèce donnait lieu à un cumul des responsabilités, le principe est sauf. Toutefois, il revient aux parties d'alléguer les éléments fondant distinctement les deux actions,

¹⁸⁵² *ibid.*

¹⁸⁵³ Cass. Com., 24 oct. 2018, n°17-25.672, Bull. 2018, I, n°853, J.-D. n°2018-018692.

¹⁸⁵⁴ F. BUY, Responsabilité contractuelle et responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale : la Cour de cassation valide le cumul, D., n°43 du 13 déc. 2018, p. 2396, I. La justification du cumul.

¹⁸⁵⁵ N. DISSAUX, Comment sanctionner le refus d'admission à un congrès professionnel ? AJCA n°02 du 19 fév. 2019, p. 86.

devant les juges de la cour d'appel de renvoi. Retenir la « *juxtaposition*¹⁸⁵⁶ » des responsabilités, plutôt que leur cumul, présente pourtant une limite : celle d'établir deux préjudices distincts.

565. La distinction des préjudices subis. S'il faut considérer qu'il est possible d'engager, et la responsabilité contractuelle, et la responsabilité délictuelle, du cocontractant-auteur de la rupture brutale, il ne faut pas perdre de vue que les préjudices afférents seront réparés distinctement. Il n'y a pas lieu d'indemniser la victime deux fois pour le même préjudice. En ce cas, les juges précipitent les parties à atteindre un autre principe cardinal : celui de la réparation intégrale¹⁸⁵⁷. En l'occurrence, il est impossible pour la victime d'obtenir d'un côté, l'indemnisation correspondant à la période contractuelle qui n'a pas été exécutée, et de l'autre, la réparation du gain manqué correspondant à la durée de préavis suffisant dont elle a été privée, si les deux périodes sont identiques¹⁸⁵⁸. Dans cette situation, les indemnisations se recoupent nécessairement. En conséquence, en dépit de l'accueil favorable réservé au cumul desdites actions, en demande, la partie devra tout de même faire un choix ; elle obtiendra la réparation intégrale de son préjudice, mais il ne sera jamais possible pour elle d'obtenir deux fois l'indemnisation d'un même dommage.

566. La complexification des choix procéduraux. La pluralité d'actions, ainsi que leur possible cumul, amènent à considérer une complexification des choix procéduraux. Le cocontractant d'un contrat à durée indéterminée ou la partie à une relation établie n'est plus devant une alternative : qui la conduirait à choisir entre le droit spécial et le droit commun ; elle se trouve confrontée à un triple choix : le droit spécial, le droit commun ou le cumul des deux. De surcroît, en demande, la partie peut combiner les actions au principal et au subsidiaire. Cela fait écho à une jurisprudence dans laquelle la résiliation d'un contrat fonde une action en responsabilité contractuelle au principal et une rupture brutale des relations commerciales à titre subsidiaire¹⁸⁵⁹. En l'espèce, le contrat résilié s'est poursuivi au-delà de son terme. Pour les juges d'appel, les

¹⁸⁵⁶ N. DISSAUX, *ibid.*

¹⁸⁵⁷ H. BARBIER, Une rupture fautive doublée de l'inexécution du contrat emporte double indemnisation en cas de dommages distincts, RTD Civ. n°01 du 16 avr. 2019, p. 103 : « *chacun comprendra que la limite du raisonnement tient dans la difficulté de caractériser deux préjudices distincts, sous peine sinon de se heurter à un autre principe général, celui de la réparation intégrale qui interdit d'indemniser deux fois le même préjudice* ».

¹⁸⁵⁸ F. BUY, Responsabilité contractuelle et responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale : la Cour de cassation valide le cumul, D. n°43 du 13 déc. 2018, p. 2396, II. La portée du cumul « *Aujourd'hui comme hier, un juge ne pourrait donc pas allouer à la victime, à la fois, au titre de la défaillance contractuelle, la compensation du gain manqué pour la période résiduelle (par ex. des gains sur sept mois), et, au titre de la rupture brutale, l'indemnisation de la perte de marge pendant la durée de préavis jugée nécessaire, pour autant, bien sûr, que cette durée ne soit pas supérieure au temps contractuel qui restait à courir (par ex. un préavis de six mois)*. » Pour conforter ses propos : l'auteur renvoie à la jurisprudence suivante : Cass. Com., 16 fév. 2016, n°14-22.914, J.-D. n°2016-002766, cassation de l'arrêt des juges d'appel ayant indemnisé deux fois le même dommage. Pour le synthétiser différemment, il faut concevoir que si le préavis contractuel est plus long que le préavis suffisant de la rupture brutale, alors le préavis contractuel a nécessairement réparé l'ensemble des gains manqués. Dans le cas inverse, si le préavis contractuel est plus court que le préavis suffisant de la rupture brutale, alors le préavis résiduel (obtenu en faisant la différence du second par le premier) doit donner lieu à réparation.

¹⁸⁵⁹ Cass. Com., 17 janv. 2018, n°16-22.253, J.-D. n°2018-000355. N. MATHEY, Droit spécial et droit commun, CCC n°04, avr. 2018, comm. 69. L'auteur met en garde sur les motifs disciplinaires qui ont conduit les juges de la Cour de cassation à casser l'arrêt des juges de la cour d'appel ; ils ne doivent pas conduire à extrapoler la solution au fond « *au-delà du raisonnable* ».

relations se sont donc poursuivies dans le cadre de contrats à durée indéterminée. En ce cas, chacune des parties peut y mettre fin en respectant un préavis suffisant. A défaut de préavis respecté par l'auteur de la rupture, les juges d'appel ont retenu qu'il devait en être respecté un, conformément aux dispositions du droit commun¹⁸⁶⁰. En cassation, les juges indiquent que c'est sur le fondement des dispositions du droit spécial, invoquées à titre subsidiaire, que le préavis suffisant doit être déterminé¹⁸⁶¹. Menées différemment en fonction de chaque d'espèce, les stratégies procédurales ont inévitablement des conséquences sur le fond de chaque litige. Le succès des prétentions tient dans l'articulation idoine des différentes possibilités offertes à chaque litigant.

B. L'action des victimes mêmes indirectes

567. La pluralité des détenteurs de l'action en responsabilité. La réponse à la question de savoir qui peut agir en responsabilité contre l'auteur d'une rupture brutale peut apparaître faussement simple. D'emblée, il faut considérer la partie écartée de la relation établie. Les liens établis entre elle et l'auteur peuvent néanmoins trouver des prolongements dans d'autres relations. Il convient donc de considérer les relations d'affaires présentant pour certaines la caractéristique d'être interdépendantes. C'est le cas, par exemple, de chaînes de distribution composée d'importateurs, de distributeurs, tous placés sous l'égide d'un fabricant qui les approvisionne. La rupture en amont de la chaîne va nécessairement provoquer des modifications dans les relations nouées en aval. Dans ce contexte, des victimes indirectes se sont faits connaître. Les juges n'ont d'abord pas accédé à leurs demandes indemnitaires, puis ils les ont progressivement accueillies, à l'instar des victimes par ricochet reconnues par le droit de la responsabilité civile (1). Il conviendra donc d'examiner les actions dont disposent les victimes indirectes à l'aune de leurs chances de succès d'aboutir (2).

¹⁸⁶⁰ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 12 mai 2016, n°14/02903 : « que la cour estime que la durée du préavis conforme aux usages devait être fixée à 6 mois »

¹⁸⁶¹ Cass. Com., 17 janv. 2018, n°16-22.253, J.-D. n°2018-000355 : « la cour d'appel qui, dès lors, qu'elle infirmait le jugement en retenant que les contrats étaient des contrats à durée indéterminée pouvant être rompus à tout moment sous réserve d'un préavis suffisant, devait déterminer la durée du préavis suffisant et le préjudice subi, non pas au regard du droit commun de la réalisation contractuelle ainsi qu'elle l'a fait, mais au regard de l'article L.442-6 I 5° du Code de commerce, invoqué à titre subsidiaire, a méconnu les termes du litige et violé le texte susvisé ». La Cour d'appel de renvoi procède à l'appréciation du préavis en considération de la relation commerciale établie : CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 22 nov. 2018, n°18/05362 : « Considérant que, compte tenu de l'ancienneté de la relation - de dix ans - et de la part de chiffre d'affaires qu'elle réalisait avec les sociétés [à l'initiative de la rupture] – [...] – [la société victime] aurait dû bénéficier d'un préavis de rupture de huit mois »

1. Un accueil progressif

568. L'intérêt à agir dévolu aux parties d'une relation commerciale établie directement entre elles. Les relations commerciales établies s'entendent de relations directement nouées entre, au moins, deux parties. Les chaînes d'approvisionnement et la distribution réticulaire font pourtant état d'une multiplicité d'acteurs, présents aux différents stades du processus production-distribution. Dans cette configuration, la rupture brutale d'une relation établie en amont, peut provoquer des réactions en chaîne en aval. À titre d'illustration, la cessation d'un approvisionnement, de la part du producteur, va non seulement directement impacter le grossiste, mais aussi indirectement les distributeurs détaillants. En ce cas, est-ce que les distributeurs, en tant que derniers maillons de la chaîne de distribution, peuvent se prévaloir de la brutalité de la rupture au même titre que le grossiste qui la subit directement ?

569. Le refus d'accueillir les demandes de victimes indirectes. Dans le secteur de la distribution sélective, la Cour de cassation refuse qu'un distributeur agisse contre un fabricant, alors que ce distributeur s'approvisionnait par l'intermédiaire d'un importateur¹⁸⁶². Le rapport commercial entre le fabricant et le distributeur sélectif n'est pas établi. La solution de la Cour de cassation laisse pourtant entrouverte la possibilité de considérer l'intérêt à agir de la victime lorsqu'une relation commerciale serait établie directement entre maillons d'une même chaîne de production-distribution¹⁸⁶³. La jurisprudence évolue. Dans certaines circonstances, les juges accueillent les sous-traitants comme les victimes indirectes d'une rupture brutale intervenue entre un donneur d'ordres et un commanditaire.

570. L'admission circonstanciée de sous-traitants. La jurisprudence livre des solutions équivoques¹⁸⁶⁴ sur le point de déterminer si une partie tierce à une relation commerciale établie peut invoquer la rupture brutale de celle-ci. Dans l'affirmative, elle considère d'abord qu'une partie sous-traitante a intérêt à agir contre le donneur d'ordres¹⁸⁶⁵. Dans la solution de l'arrêt du 18 mai 2010, l'emploi des adverbes renseigne sur la nature du lien unissant la partie à laquelle une partie de la tâche principale a été confiée et le commanditaire. En l'occurrence, les contrats liant la chaîne

¹⁸⁶² Cass. Com., 03 nov. 2004, n°02-17.078, M.-C. MITCHELL, Rupture brutale des relations commerciales : La Cour de cassation apporte quelques précisions s'agissant du lien entre l'auteur et la victime de la rupture et sur la durée du préavis à respecter (Ronyl c/ Breitling), 3 novembre 2004, Concurrences n° 1-2005, art. n° 1529, pp. 71-72.

¹⁸⁶³ M.-C. MITCHELL, *ibid*, dans le cas d'espèce, « la Cour de cassation laisse entendre a contrario que l'article L. 442-6-I-5 n'exige pas la preuve de relations de vente directes entre l'auteur et la victime de la rupture brutale, mais pourrait se satisfaire de l'existence d'une relation entre l'un et l'autre portant sur l'usage de la marque, à travers par exemple la licence octroyée par le premier au second ».

¹⁸⁶⁴ Le Lamy Droit Économique [en ligne], maj sept. 2022, spéc. n°3291, à propos de la victime par ricochet des pratiques restrictives de concurrence. N'accueillant pas les demandes d'une victime n'entretenant directement pas une relation commerciale établie avec l'auteur : Cass. Com., 08 juin 2017, n°16-15.372, J.-D. n°2017-010949 et Cass. Com., 07 oct. 2014, n°13-20.390, J.-D. n°2014-024186.

¹⁸⁶⁵ Cass. Com., 18 mai 2010, n°08-21.681, J.-D. n°2010-006545 ; Cass. Com. 25 sept. 2012, n°11-24.425, J.-D. n°2012-021740.

de télévision et le concepteur-producteur de programmes reconnaissent « *expressément* » l'agence de presse, en sa qualité de sous-traitant. A ce titre, il fournit des éléments d'information complémentaire et participe ainsi à la réalisation de la tâche principale. Au surplus, selon les stipulations contractuelles convenues entre les parties, le sous-traitant reçoit ses rémunérations « *directement* » du donneur d'ordres. Enfin, les parties en charge de la production de programmes ont mené leur action contre la chaîne de télévision ensemble. En conséquence, en l'espèce, les juges reconnaissent au sous-traitant un intérêt à agir contre la partie à l'initiative de la rupture brutale. Cette solution ne s'est pourtant pas généralisée et semble fluctuer au gré des affaires. Cela indiquerait que les modalités de reconnaissance expresse et de rémunération directe du sous-traitant seraient davantage des circonstances que des conditions. A défaut de conditions explicitées en jurisprudence, les juges outrepassent parfois l'exigence d'un lien direct entre les parties jusqu'à admettre les victimes par ricochet.

571. L'accueil des victimes par ricochet. La Cour de cassation affirme, dans un attendu de principe, univoque qu'« *un tiers peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, la rupture brutale d'une relation commerciale établie dès lors que ce manquement lui a causé un préjudice*¹⁸⁶⁶ ». Cette décision fait date pour au moins deux raisons. En premier lieu, les juges se prononcent sur la nature délictuelle de l'action menée par la victime indirecte et conforte enfin l'application de l'ensemble des principes découlant de la responsabilité délictuelle, même si pour y parvenir les juges empruntent un raisonnement contestable. En second lieu, la solution consacre la relation commerciale en tant que véritable concept juridique. Examinons successivement ces deux avancées opérées par la solution.

572. La réparation intégrale des préjudices d'une faute délictuelle. En dépit de sa réécriture en 2019, l'article L. 442-1, II du Code de commerce ne précise pas la nature de l'action engagée par les potentielles victimes de ruptures brutales. La jurisprudence y avait déjà suppléé. En l'état, la solution de la Cour de cassation du 06 septembre 2011 ne fait que s'inscrire dans une voie tracée, mais pourtant pas complètement suivie. En refusant dans un premier temps d'accueillir les victimes indirectes de ruptures brutales, les juges ont « *inscrit en faux* » leurs solutions, pour reprendre l'expression utilisée par Le Professeur Pignarre¹⁸⁶⁷. En droit de la responsabilité délictuelle, la jurisprudence reconnaît l'admission générale de la réparation des préjudices subis par ricochet¹⁸⁶⁸. En refusant d'accueillir les victimes par ricochet de ruptures brutales, les juges amputaient délibérément la responsabilité délictuelle de l'un de ses principes cardinaux : la réparation intégrale des préjudices découlant d'un comportement ayant été caractérisé comme une

¹⁸⁶⁶ Cass. Com., 06 sept. 2011, n°10-11.975, P+B.

¹⁸⁶⁷ L.-F. PIGNARRE, Rupture brutale de la relation commerciale et tiers victime, RLDC n°89, 1^{er} janv. 2012, 4486, pp. 7-12.

¹⁸⁶⁸ Cass. Crim., 20 fév. 1863.

faute délictuelle. En y remédiant, les juges offrent une cohérence d'ensemble de la matière. Toutefois pour y parvenir le raisonnement employé est critiquable. La rédaction de la solution est calquée sur celle rendue par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation consacrant l'identité des fautes délictuelle et contractuelle¹⁸⁶⁹. Une partie de la doctrine rejette le rapprochement de ces deux arrêts¹⁸⁷⁰. Il fait rejaillir la responsabilité contractuelle là où il n'est nul besoin d'y avoir recours pour trancher la problématique relative aux victimes par ricochet. En effet, la rupture d'une relation commerciale ne peut en rien s'assimiler à un manquement contractuel. La brutalité de la rupture est une faute délictuelle, et, de là, les principes de la responsabilité délictuelle sont à même de s'appliquer et de répondre à toutes les suites de ce contentieux.

573. La reconnaissance de la relation commerciale établie comme concept juridique. La lecture parallèle des solutions des arrêts du 06 octobre 2006 et du 06 septembre 2011 révèle une construction similaire permettant la transposition de l'une à l'autre. Un manquement contractuel permet au tiers qui en pâtit d'agir, tout comme il est possible pour un tiers d'agir si la rupture brutale d'une relation commerciale lui cause un préjudice. L'identité entre le manquement contractuel et la rupture conduit à conférer la même existence au contrat qu'à la relation commerciale. Celle-ci n'est plus seulement à considérer comme une superposition à un contrat s'il existe, la relation commerciale existe par elle-même. Toutefois, pour nous, la solution est incomplète car il manque l'épithète « *établi* ». Les dispositions étudiées procèdent de la « *relation commerciale établie* ». Ce caractère importe puisqu'il conditionne, pour partie, l'application de l'article L. 442-1, II du Code de commerce à certaines relations. Son omission entrave l'élaboration d'un régime unifié. En considérant que l'épithète est implicitement intégré à la solution des juges de la Cour de cassation, il convient à présent de déterminer quelles sont les actions des victimes indirectes à l'encontre de l'auteur, et leur chance d'aboutir.

2. La compromission des chances de succès de leurs actions

574. Le traitement des ruptures en chaîne : les actions de la victime indirecte contre l'auteur. L'accueil des victimes indirectes s'ajoute à l'action généralement menée par la victime directe et impose de discerner précisément leurs fondements respectifs. La victime directe est titulaire de l'action sur le fondement de l'article L. 442-1, II du Code de commerce et la tierce victime peut engager la responsabilité délictuelle de l'auteur de la rupture sur le fondement du droit

¹⁸⁶⁹ Cass. A.P., 06 oct. 2006, n°05-13.255

¹⁸⁷⁰ N. MATHEY, Rupture brutale et préjudice par ricochet, CCC mai 2014, 116 : « *on pourrait d'ailleurs douter de la pertinence du rattachement de la question à la jurisprudence écartant la théorie de la relativité aquilienne [...]. Bien que la formule retenue par la chambre commerciale de la Cour de cassation soit une évidente adaptation de celle forgée par l'Assemblée plénière, les questions sont sans doute moins proches qu'on ne le pense.* »

commun : l'article 1240 du Code civil. Comment ces actions sont-elles menées ? Dans un premier temps, il faut envisager l'hypothèse dans laquelle la victime directe et la victime indirecte agissent ensemble contre l'auteur de la rupture. Dans un second temps, si les actions des victimes sont menées individuellement par chacune d'elles, la chronologie des affaires aura une importance telle qu'elle conditionnera véritablement le succès de l'action de la victime indirecte.

575. L'action conjointement menée par les victimes de la rupture brutale. Les jurisprudences relevées précédemment font état d'actions menées conjointement par les victimes. Parties au même litige, la reconnaissance de la brutalité de la rupture vaut aussi bien pour la victime directe que la victime indirecte. Ainsi, les droits de la victime tierce sont directement « *liés à l'existence de ceux de la victime directe*¹⁸⁷¹ ». La victime indirecte pourra être accueillie dans ses demandes si la brutalité de la rupture est effectivement caractérisée. En d'autres termes, la brutalité doit d'abord être qualifiée de faute pour qu'ensuite la victime indirecte s'en prévale. La victime directe doit rapporter les éléments attestant soit d'une absence de préavis, soit d'une insuffisance de celui-ci, afin que la rupture brutale soit retenue. La responsabilité délictuelle de l'auteur est engagée lorsque la brutalité est caractérisée : la faute est rapportée, le dommage existe et le lien de causalité entre les deux premiers éléments est établi. L'auteur doit alors réparer le préjudice subi par la partie évincée. Du côté de la victime indirecte, si elle n'a pas à prouver une quelconque faute distincte, il lui faut cependant démontrer qu'elle a subi un préjudice personnel et découlant directement de la brutalité de la rupture et établir le lien de causalité entre le préjudice et la rupture brutale. À ces conditions, la victime indirecte pourra être accueillie en ses demandes sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Les chances de succès de l'action de la victime indirecte, outre le fait d'être directement liées au succès de l'action de la victime directe, sont suspendues à la pertinence des éléments pouvant attester qu'elle subit un préjudice personnel et concourant à matérialiser le lien de causalité. La victime indirecte dispose-t-elle des mêmes possibilités si elle agit individuellement contre l'auteur de la rupture ?

576. Les actions en rupture brutale menée séparément par chacune des victimes. Lorsque la victime indirecte agit contre l'auteur de la rupture brutale, elle se heurte à plusieurs difficultés. Les plus importantes d'entre elles sont d'ordre temporel et procédural. La victime indirecte peut assigner le défendeur dès lors que celui-ci a rompu la relation commerciale établie avec la victime directe et lorsqu'elle en déplore les conséquences. Les poursuites élevées contre l'auteur de la rupture peuvent être menées séparément, rien n'oblige les victimes à agir de front. Les deux actions en responsabilité civile extracontractuelle peuvent d'ailleurs être portées devant des

¹⁸⁷¹ Le Lamy Droit Économique [en ligne], maj sept. 2022, spéc. n°3291.

tribunaux de commerce différents en première instance¹⁸⁷². En conséquence, les actions sont menées séparément mais quasi-simultanément. En ce cas, l'action de la victime indirecte « *intervient alors que la rupture brutale des relations commerciales établies n'a pas donné lieu à une décision de justice devenue définitive*¹⁸⁷³ ». De là, tout reste à prouver pour la victime indirecte : la relation commerciale établie entre l'auteur et la victime directe, la brutalité de la rupture survenue entre eux, ce qui l'a lie à la victime directe ou à l'auteur, son préjudice personnel et un lien de causalité entre la brutalité de la rupture et le préjudice qu'elle a subi. Cette démonstration ne peut vraisemblablement pas aboutir : trop d'éléments factuels viendraient à lui manquer. Acculée par les difficultés probatoires, la victime indirecte devrait attendre qu'une décision de justice reconnaisse la brutalité de la rupture. Si l'autorité de la chose jugée peut vraisemblablement être dépassée, on n'est pas certains que la brutalité, telle qu'elle a été reconnue au sein de l'action menée par la victime directe, puisse être de nouveau opposer à l'auteur de la rupture, mais cette fois par la victime indirecte.

577. L'autorité négative de la chose jugée. Elle ne semble pas être un obstacle à une nouvelle action menée à l'encontre de l'auteur par la victime indirecte. Envisagée comme une « *présomption de vérité*¹⁸⁷⁴ », elle confère au jugement un caractère immuable. Toutefois, l'autorité de la chose jugée est un attribut du jugement, sa fonction est purement procédurale en ce qu'elle évite le recommencement de l'action déjà jugée. Pour notre cas de figure, l'identité des parties¹⁸⁷⁵ fait défaut et fait ainsi échec à l'autorité de la chose jugée. Cela signifie donc qu'il n'y a pas d'obstacle procédural à ce qu'une action soit menée par la victime indirecte à l'encontre de l'auteur de la

¹⁸⁷² Rupture brutale des relations commerciales établies, Thémexpress, éd. Francis Lefebvre, n°54 : « *En cas d'action en responsabilité civile extracontractuelle, le Code de Procédure Civile énonce que le demandeur à l'action [la victime directe ou indirecte] peut opter pour la compétence soit du tribunal du lieu où demeure le défendeur [auteur de la rupture], soit du lieu du fait dommageable [lieu de la rupture brutale], soit encore du lieu où le dommage a été subi [lieu où le dommage a été subi par la victime directe ou par la victime indirecte]* ». CPC, art. 46. Il faut impérativement ajouter à cette première règle de compétence territoriale, une seconde règle s'agissant de la spécialisation des juridictions pour l'application de l'article L. 442-1, II C. Com. C. A. MAETZ, Rupture brutale de relations commerciales établies, JCI Concurrence – consommation, fasc. 300, maj sept. 2019, spéc. 66 : « *En application de l'article 442-4, III du Code de commerce, les litiges doivent être portés en première instance devant les juridictions désignées dans les annexes aux articles D. 442-3 et D. 442-4 du même code (huit tribunaux de commerce ou de grande instance : Marseille, Lille, Paris, Fort-de-France, Bordeaux, Nancy, Lyon, Rennes (...))* ». L'article L. 442-4, III C. com., a été modifié par l'ord. n°2019-359 du 24 avr. 2019 (ex-art. L. 442-6, III-5° C. Com.). Les articles D. 442-3 et D. 442-4, ainsi que l'annexe 4-2-1 du livre IV ont été modifiés par le D. n°2019-599 du 17 juin 2019). À titre d'illustration, l'application combinée des règles présentées, peut donner lieu à ce que le litige élevé par la victime directe ait lieu à Lyon et que le litige élevé par la victime indirecte ait lieu à Rennes. Nous ne sommes pas certains qu'une telle situation amène à considérer l'exception de litispendance dans la mesure où, même si la saisine de juridictions différentes et compétente est avérée, il ne s'agit pas du même litige. Les litiges afférents aux actions menées d'une part par la victime directe, et d'autre part par la victime indirecte, ne sont pas élevés sur le même fondement, respectivement sur les fondements de l'article L. 442-1, II du Code de commerce et de l'article 1240 du Code civil.

¹⁸⁷³ D. DE LAMMERVILLE, Rupture brutale de relations commerciales et réparation du préjudice d'un tiers, JCP E n°45 du 10 nov. 2011, 1788.

¹⁸⁷⁴ S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage, 36^e éd., Dalloz, 2022, 1198 et s. à propos de « l'autorité de la chose jugée », spéc. 1200 quant à « *la présomption de vérité légale* » et 1205 et s. relativement « *la dimension négative de l'autorité de la chose jugée, le principe non bis in idem* ».

¹⁸⁷⁵ C. BOUTY, Chose jugée – Effets de l'autorité de la chose jugée, in S. GUINCHARD (dir.), Rép. de procédure civile, Dalloz, mars 2018, maj fév. 2020, spéc. 686.

rupture brutale. Cependant, si l'action est possible, la victime indirecte ne va probablement pas parvenir à démontrer la brutalité de la rupture survenue entre la victime directe et l'auteur. Par conséquent, en l'absence de décision de justice établissant la brutalité de la rupture, l'action de la victime indirecte n'a que peu de chance d'aboutir. C'est pourquoi on poursuit avec une voie alternative pour la victime indirecte qui pourrait agir contre la victime directe sur le fondement d'une rupture partielle.

578. L'action de la victime tierce contre la victime directe. Les conséquences d'une rupture brutale peuvent atteindre les activités de parties intéressées à l'exécution de la commande principale. Les cas relevés en jurisprudence incluent notamment les sous-traitants. Ces acteurs ont le point commun de traiter avec un partenaire, qui se trouve être dans une position intermédiaire entre eux et un donneur d'ordres. Serait-il opportun que les victimes tierces se retournent contre la victime directe plutôt que contre l'auteur de la rupture brutale ? Une telle action de la part de la victime tierce semble envisageable, dans la mesure où elle-même subit : soit une diminution de commandes, soit la modification substantielle de sa relation avec la victime directe. Cette dernière peut répercuter les conséquences de la rupture qu'elle subit sur ses propres partenaires. En cela, la victime directe peut elle-même se retrouver auteur d'une rupture partielle. Ainsi, la victime tierce pourrait donc agir sur le fondement de la rupture brutale partielle et dirigée cette action contre la victime directe. Cette solution, si elle peut être théoriquement envisagée, ne semble pas refléter parfaitement la réalité des partenariats noués. La victime tierce peut évidemment souhaiter continuer de traiter avec son partenaire direct. Le maintien d'une telle relation se détache d'une quelconque action en justice dirigée contre elle. Aucune relation ne saurait perdurer dans un climat contentieux. L'action de la victime tierce contre la victime directe apparaît dès lors comme un cas d'école, hormis dans le cas où la victime tierce souhaite définitivement se séparer de son partenaire.

§2. L'addition des pertes subies au gain manqué

579. Des préjudices réparables. Il est rappelé que « *pour ouvrir droit à réparation, [le préjudice] doit traditionnellement présenter certains caractères, régulièrement rappelés par la jurisprudence : « la seule preuve exigible est celle d'un préjudice personnel, direct et certain*¹⁸⁷⁶ ». Ayant clos les

¹⁸⁷⁶ Ph. LE TOURNEAU, Responsabilité : généralités, in E. SAVAUX (dir.), Rép. de droit civil, Dalloz, mai 2009, maj janv. 2020, spéc. 23, jurisprudence citée en référence : Cass. civ. 2^e, 16 avr. 1996, n°94-13.613, Bull. civ. II, n°94, J.-D. n°1996-001701 : « *Attendu que pour débouter les oncles et tantes de la victime de leurs demandes en réparation d'un préjudice moral, l'arrêt énonce qu'ils ne font pas preuve de liens affectifs particuliers les unissant à la victime avant son décès ; qu'en statuant ainsi, alors que la seule preuve exigible était celle d'un préjudice personnel direct et certain, la cour d'appel a violé par refus d'application le texte susvisé [article 1382 du Code civil]* ».

développements dédiés aux titulaires de l'action en responsabilité, on ne reviendra pas sur le caractère personnel du préjudice, les prochains concernent l'entreprise évincée, seule demanderesse. Il faut désormais se demander si les préjudices subis présentent les autres caractères requis. Ceux relevés en jurisprudence consistent dans le gain manqué et les pertes subies¹⁸⁷⁷. Ils sont réparés seulement s'ils découlent de la brutalité et non de la rupture elle-même¹⁸⁷⁸. Si cela semble davantage exiger de s'assurer du lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité et les préjudices, ces derniers n'en sont pas moins concernés. En effet, en doctrine, on avertit que « *l'indemnisation de la victime de la brutalité applique « en apparence » les concepts de la responsabilité civile, mais les dote d'une coloration propre*¹⁸⁷⁹ ». Il faudra donc non seulement révéler le ou les concept(s) atteint(s) mais alors aussi examiner ce que les modifications impliquent quant au gain manqué (A) et aux pertes subies (B).

A. Le gain manqué

580. Le moment décisif de l'appréciation prétorienne de la brutalité. Fixé au moment de la notification de la rupture, les juges se replacent dans le passé. Ce n'est absolument pas anodin et il faut savoir ce que cela entraîne quant à l'appréciation des caractères requis pour la reconnaissance d'un préjudice. Faut-il considérer qu'il est actuel, qu'il est certain ? Le choix prétorien de ce moment en ferait un préjudice futur mais dans le passé (2), ce qui devrait davantage amener les juges à concevoir des éventualités plutôt que d'avoir la certitude que la victime a manqué un gain (1).

1. Un préjudice automatique

581. Pas de place pour une démonstration. L'illicéité de la brutalité de la rupture d'une relation établie ne crée pas nécessairement un préjudice pour l'entreprise évincée¹⁸⁸⁰. Il lui revient donc le

¹⁸⁷⁷ M. LE BESCOND de COATPONT, Rupture brutale de relations commerciales établies, JCI Contrats – Distribution, fasc. 262, maj mars 2022, spéc. 99-103. C.-A. MAETZ, Rupture brutale de relations commerciales établies, JCI Concurrence – consommation, fasc. 300, maj sept. 2019, spéc. 89-96.

¹⁸⁷⁸ Not. Cass. com., 10 fév. 2015, n°13-26.414, Bull. civ. IV, n°19, J.-D. n°2015-002352 : « Vu l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce ; Attendu qu'il résulte de ce texte que seuls sont indemnisables les préjudices découlant de la brutalité de la rupture et non de la rupture elle-même ».

¹⁸⁷⁹ Cf. MOULY-GUILLEMAUD, L'indemnisation d'une rupture brutale : retour à la normale ? RLDA 2019/149, n°6741, spéc. 1, p. 35.

¹⁸⁸⁰ M. LE BESCOND de COATPONT, *ibid.*, spéc. 99 : « Nécessité de preuve du préjudice – Le Code de commerce prévoit que la rupture brutale d'une relation commerciale établie "engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé" (C. com., art. L. 442-1, II). Contrairement aux solutions retenues en matière de concurrence déloyale (V. [D. Legeais, Concurrence déloyale et parasitaire, JCI Commercial, fasc. 254, maj août 2021]), un préjudice ne découle pas nécessairement

démontrer. Mais d'après certaines jurisprudences, pas si anciennes, elles semblent pouvoir s'en passer. En 2010, les juges rouennais ont affirmé qu' « *il est certain que la rupture sans préavis fin 2008 de la relation commerciale par [l'auteur], avec laquelle [la victime] réalisait la quasi-totalité de son chiffre d'affaires depuis huit années, lui a causé un préjudice*¹⁸⁸¹ ». En 2011, les juges parisiens ont déclaré « *que contrairement à ce que soutient [l'auteur], il importe peu que le chiffre d'affaires de [la victime] n'ait pas ou peu diminué après la rupture dès lors que ce chiffre d'affaires a nécessairement été amputé de celui qui aurait dû être réalisé avec elle durant le préavis*¹⁸⁸² ». Entre la certitude qu'une rupture sans préavis crée un préjudice et que le chiffre d'affaires diminue nécessairement de la part de celui qui aurait dû être dégagé durant le préavis suffisant, il n'y a plus vraiment de place pour la démonstration. Le préjudice correspond au gain manqué, son caractère automatique a été révélé en doctrine¹⁸⁸³. On a aussi souhaité le vérifier, avec les fiches méthodologiques de la Cour d'appel de Paris, consacrées à la « *réparation du préjudice économique* », republiées en 2020¹⁸⁸⁴.

582. Une présomption contraire « pour faciliter la tâche probatoire de la victime ». Dans la deuxième fiche, intitulée à l'aide de la question : « *Quelle appréciation du lien de causalité ?*¹⁸⁸⁵ », on lit que « *pour faciliter la tâche probatoire de la victime, la jurisprudence et le législateur ont posé, en certaines matières, des présomptions permettant l'établissement du lien de causalité* ». Parmi les présomptions légales, une présomption contraire a été prévue pour les ruptures brutales des relations établies. En quoi consiste-t-elle et en quoi facilite-t-elle la tâche probatoire de la victime ? On y répond d'abord à partir des développements de la Cour d'appel de Paris, puis on établira un parallèle avec une autre matière.

de la brutalité de la rupture mais doit être prouvé par la victime (Cass. com., 3 mars 2004, n° 02-17.623) ». C.-A. MAETZ, ibid., spéc. 87 : « Preuve d'un préjudice – La rupture brutale de relations commerciales établies, bien qu'illicite, ne crée pas nécessairement un préjudice pour le partenaire délaissé. Il revient donc à ce dernier, en premier lieu, de rapporter la preuve de l'existence d'un préjudice. Doit être ainsi rejetée la demande en réparation de la société qui ne démontre ni le montant du chiffre d'affaires perdu depuis la rupture ni l'atteinte à son image de marque (Cass. com., 3 mars 2004, n° 02-17.623) ».

¹⁸⁸¹ CA Rouen, Ch. civ. et com., 09 déc. 2010, RG n°10/00274, J.-D. n°2010-027292 : « *Si la société Transloc a effectivement réalisé sur l'ensemble de l'année 2009 un bénéfice supérieur à celui de l'année 2008, il est certain que la rupture sans préavis fin 2008 de la relation commerciale par la société Lesens, avec laquelle elle réalisait la quasi-totalité de son chiffre d'affaires depuis huit années, lui a causé un préjudice au moins durant les premiers mois suivant cette rupture puisqu'elle s'est trouvée brutalement privée d'activité et a dû rechercher de nouveaux clients pour compenser la perte de chiffre d'affaires en résultant* ».

¹⁸⁸² CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 04 mars 2011, n°09/22982, J.-D. n°2011-008239.

¹⁸⁸³ Le Lamy Droit du Contrat [en ligne], maj juin 2022, spéc. n°2624 : « *Le principal chef de préjudice réparable est constitué par un gain manqué, correspondant à une perte de marge. Révélant la nature automatique de l'indemnisation (voir Cl. MOULY-GUILLEMAUD, L'indemnisation d'une rupture brutale : retour à la normale ?, RLDA 2019/149, n°6741), celui-ci est en pratique toujours réparé (fiche n°2 « Quelle appréciation du lien de causalité ? », in La réparation du préjudice économique, d'Alès Th. et a., ca-paris.justice.fr).* »

¹⁸⁸⁴ CA Paris, fiches sur la « Réparation du préjudice économique » 2020, toutes téléchargeables depuis la page accessible à l'aide de l'URL : <https://www.cours-appel.justice.fr/paris/fiches-sur-la-reparation-du-prejudice-economique-2020>, consultée le mar. 05 juill. 2022.

¹⁸⁸⁵ *Ibid*, n°2 : « *Quelle appréciation du lien de causalité ?* ».

583. Un préjudice sans dommage ? Les rédacteurs de la fiche indiquent que « *dès lors que la rupture n'est pas accompagnée d'un préavis suffisant notifié par écrit, son auteur engage sa responsabilité et est tenu de réparer le préjudice subi par le partenaire évincé du fait de la brutalité de la rupture* ». En d'autres termes, en l'absence de préavis suffisant notifié par écrit, la rupture est brutale. La brutalité de la rupture est constitutive d'une faute pour celui qui en est à l'initiative et l'oblige conséquemment à réparer le préjudice de l'entreprise évincée. Pour nous, dans cette présentation, il manquerait l'étape de la caractérisation du dommage. Préjudice et dommage sont la plupart du temps tenus pour synonymes alors que leurs significations sont différentes¹⁸⁸⁶. Le dommage tient dans la lésion subie, que l'on pourrait exprimer ici comme l'atteinte à l'intégrité de l'activité de l'entreprise brutalement évincée. Elle devrait être « *objectivement perceptible*¹⁸⁸⁷ ». Quant au préjudice, il est consécutif au dommage et représente alors en quelque sorte ses conséquences. Il est constitué par les effets entraînés, ou encore toutes les suites engendrées, par le dommage. En quoi est-ce utile d'ajouter cette étape ? La focalisation sur le préjudice peut donner l'impression de reléguer la brutalité, non comme constitutive d'une faute, mais en ce qu'elle est à l'origine d'un dommage. Exprimé ainsi, on ne se rend pas encore compte de ce que cela implique alors qu'en écrivant que la brutalité, consistant dans l'absence ou l'insuffisance de préavis, est à l'origine d'une atteinte à l'intégrité de l'activité de l'entreprise qui la subit, cela prend une tout autre dimension. Le défaut d'avertissement préalable peut-il vraiment ainsi lui porter atteinte ? En cas de préavis insuffisant, les mois de préavis non accordés peuvent-ils de la même façon porter atteinte à l'activité de l'entreprise qui n'en a pas bénéficié ? La brutalité joue insuffisamment son rôle de pivot pour l'application des dispositions étudiées et ce serait aussi le cas pour l'appréciation du préjudice car, et à première vue, il semble comme y avoir une certaine démesure à considérer que l'absence ou l'insuffisance de préavis puisse être à l'origine d'un dommage engendrant de telles conséquences. En allant déjà en avant avec les préjudices subis, on se prive d'une réflexion à propos du dommage qu'il convient désormais de garder à l'esprit pour poursuivre.

¹⁸⁸⁶ C. BLOCH, « Le préjudice » in Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats 2021/22*, 12^e éd., Sept. 2020, Dalloz, Dalloz Action, ISBN n°978-2-247-20137-2, spéc. 2122.11 : « *Les auteurs saisissent le préjudice à travers ses multiples variétés (préjudice matériel, moral, corporel, commercial...) plutôt que dans son essence, sauf à affirmer qu'il peut être défini d'une façon large comme étant l'atteinte à un intérêt, ce qui ne fait que déplacer la difficulté conceptuelle sans la résoudre. L'incertitude est accrue du fait qu'il est d'usage, en droit français, de tenir pour synonyme les termes de dommage et de préjudice* », et 2122.12. P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, éd. n°10, 2021, Dalloz, Sirey, Connaissance du droit, ISBN n°978-2-247-20956-9, spéc. p. 131 : « *On a déjà dit que le dommage ou préjudice est une condition indispensable de la responsabilité civile. Si ces termes sont habituellement considérés comme synonymes tant par le Code civil, qui les emploie indifféremment, que par les tribunaux, une doctrine récente, qui a influencé les auteurs des projets de réforme de la responsabilité civile, préfère distinguer le dommage, qui représente l'atteinte à un bien ou à une personne, et le (ou les) préjudice(s) qui en découlent (on parle aussi des conséquences préjudiciables de l'atteinte). Si l'on adhère à cette distinction, dont les intérêts n'apparaissent guère, ce sont les préjudices, plutôt que le dommage, qui sont réparables. Ils consistent en la lésion d'intérêts patrimoniaux ou extrapatrimoniaux de la victime* ».

¹⁸⁸⁷ C. BLOCH, *ibid.*, spéc. 2122.12.

584. Le mécanisme tortueux de la présomption contraire. On établit un parallèle avec l'article L. 122-4 du Code des assurances prévoyant aussi une présomption contraire¹⁸⁸⁸. Le Professeur Perdrix en charge des commentaires fournis dans l'une des éditions dudit Code précise que l'article doit être lu à la lumière d'un autre¹⁸⁸⁹. Dans l'ordre : l'article L. 122-2 limite la garantie de l'assureur aux dommages matériels résultant directement d'un incendie ou d'un commencement d'incendie¹⁸⁹⁰ et l'article L. 122-4 étend la garantie à la perte ou à la disparition d'objets assurés pendant l'incendie¹⁸⁹¹. Le commentaire ajoute que « *pour bénéficier de cette garantie, l'assuré doit donc démontrer l'existence d'un bien avant le sinistre et sa perte ou sa disparition pendant le sinistre. En revanche, il n'a pas à démontrer que sa perte ou sa disparition a pour cause l'incendie, puisque l'article L. 122-2 établit une présomption de causalité*¹⁸⁹² ». En notre matière, l'entreprise évincée a dû d'abord démontrer avoir été liée à l'auteur par une relation établie, puis rapporter les éléments de preuve attestant d'une absence ou d'une insuffisance de préavis. Mais a-t-elle encore dû démontrer que le gain manqué avait pour cause la brutalité de la rupture ? La fiche méthodologique fournit une réponse négative : « *la perte de marge escomptée durant la période de préavis qui n'a pas été exécutée est systématiquement indemnisée*¹⁸⁹³ ». L'entreprise évincée n'aurait donc rien à démontrer : dès lors que l'absence ou l'insuffisance du préavis a été caractérisée par les juges, ils vont s'employer à indemniser le gain manqué. L'adverbe utilisé rend compte du caractère automatique du préjudice. Mais en ce cas, la présomption ne serait pas seulement contraire, elle serait aussi irréfragable. L'auteur peut-il la renverser ? Pour revenir à la présomption contraire prévue en faveur de la victime-assuré d'un incendie, l'article L. 122-4 prévoit *in fine* une circonstance dans laquelle la présomption ne s'applique pas : si l'assureur parvient à prouver que la perte ou la disparition est provenue d'un vol¹⁸⁹⁴. De la même façon, est-ce qu'il reste une possibilité pour l'auteur de prouver l'inexistence du dommage quand il a déjà été reconnu fautif de la brutalité de la rupture et qu'un préjudice va nécessairement être indemnisé ? La réponse est dans la question. En l'état, dès lors que l'absence ou l'insuffisance de préavis est retenue et que l'indemnisation du gain escompté est systématique alors cela force à reconnaître doublement et le dommage et le préjudice. On est donc face (i) à l'impossibilité d'établir le dommage

¹⁸⁸⁸ Ph. CASSON, Assurances – Assurances de dommages – Protection juridique, JCI Notarial Formulaire, Assurances, fasc. 30, maj 05 juin 2017, spéc. 88 : « *Lien de causalité entre l'incendie et le dommage – C'est en principe à l'assuré de faire la preuve du lien de causalité directe entre l'incendie et le dommage. Toutefois, l'article L. 122-4 du Code des assurances établit une présomption contraire pour les objets perdus ou disparus au cours de l'incendie* ».

¹⁸⁸⁹ L. PERDRIX, C. ass., éd. Dalloz, commentaires sous article L. 122-4.

¹⁸⁹⁰ C. ass., art. L. 122-2, al. 1 : « *Les dommages matériels résultant directement de l'incendie ou du commencement d'incendie sont seuls à la charge de l'assureur, sauf convention contraire* ». L. PERDRIX, *ibid*.

¹⁸⁹¹ C. ass., art. L. 122-4 : « *L'assureur répond de la perte ou de la disparition des objets assurés survenue pendant l'incendie, à moins qu'il ne prouve que cette perte ou cette disparition est provenue d'un vol* ». L. PERDRIX, *ibid*.

¹⁸⁹² L. PERDRIX, *ibid*.

¹⁸⁹³ CA Paris, fiches sur la « Réparation du préjudice économique » 2020, n°2 : « *Quelle appréciation du lien de causalité ?* », *ibid*.

¹⁸⁹⁴ C. ass., art. L. 122-4, *ibid*. L. PERDRIX, *ibid* : « *Il appartient à l'assureur de renverser cette présomption en démontrant que le bien a été volé* ».

distinctement de la faute, (ii) à une présomption s'avérant être irréfutable plutôt que contraire et (iii) à un préjudice automatique.

2. Un préjudice futur dans le passé

585. Une autre conséquence du moment fixé par les juges pour apprécier la brutalité. Les juges se replacent dans le passé pour l'appréciation de la brutalité¹⁸⁹⁵. Dès lors qu'ils l'ont caractérisée, ils ont octroyé un préavis ou accordé des mois supplémentaires. Ce faisant, ils ne fixent pas seulement un premier élément du calcul du gain manqué, de là où ils sont, ils font face à l'illicéité de la brutalité et doivent alors la faire cesser. Par contre, aveugle à tout élément postérieur à cette notification, il faut que l'abstraction soit totale. Il n'est pas certain qu'elle le soit. Le préjudice automatique implique qu'un gain ait été manqué par la victime. Mais est-ce là le seul gain manqué ? N'y en a-t-il pas d'autres parmi toutes les éventualités ? De la cessation de l'illicéité de la brutalité dans le passé aux scénarios contrefactuels, il est aisément possible d'en trouver d'autres (i) et la seule façon de fermer la porte à cette extension est de réparer une perte de chance de reconversion plutôt qu'une reconversion dont il n'est pas certain qu'elle ait pu être effective, même en présence d'un préavis suffisant (ii).

a. De la cessation de l'illicéité de la brutalité dans le passé aux scénarios contrefactuels

586. La cessation de l'illicéité de la brutalité dans le passé. C'est en se replaçant au jour de l'émission de la notification de la rupture que le juge apprécie si elle a été brutale. Elle l'aura forcément été à défaut de préavis. Elle l'aura encore été s'il a été insuffisant eu égard à l'analyse poly-factorielle menée. En ce dernier cas, le juge accorde des mois supplémentaires afin que le préavis soit suffisant. À ce moment, le juge prolonge le préavis. Cela peut revenir à accorder le double du préavis de celui qui a été observé, d'autres fois à encore davantage. Le juge fait se poursuivre le préavis plus loin dans le temps. Or ce temps n'existe pas. Jusque-là, le juge n'a donc rien réparer. Par contre peut-être qu'il faudrait alors considérer qu'il a fait cesser l'illicéité. L'illicéité de la rupture réside dans sa brutalité, le juge l'ayant constatée, il doit la faire cesser. Et cela pourrait s'arrêter là, la dualité des fonctions de la responsabilité ayant été dépassée. « *La violation d'une règle de droit n'emporte pas deux, mais trois séries de réactions bien distinctes : réparer ses conséquences, châtier son auteur, mais aussi, s'il est encore temps, assurer le respect de la règle*

¹⁸⁹⁵ Cass. com., 05 juill. 2017, n°16-14.201, J.-D. n°Ø : « *Qu'en statuant ainsi, alors que la brutalité de la rupture d'une relation commerciale établie s'apprécie à la date de la notification de cette rupture, la cour d'appel, qui s'est fondée sur des éléments postérieurs à celle-ci, a violé le texte susvisé* ».

*pour l'avenir*¹⁸⁹⁶ ». En se replaçant au jour de l'émission de la notification de la rupture, le juge a assuré le respect des dispositions de la rupture brutale pour l'avenir, en dépit du fait que cet avenir n'ait pas existé. Avant de le voir, on vérifie d'abord que la sanction ne s'attaque ni à l'auteur ni aux conséquences du fait illicite, mais au fait illicite lui-même¹⁸⁹⁷.

587. L'octroi ou l'allongement du préavis ne s'attaque pas directement à l'auteur. Il n'est pas possible de l'affirmer d'emblée car on pourrait considérer que le juge, ce faisant, est en train de mettre l'auteur en position de savoir que c'est tel préavis qui aurait rendu la rupture licite. Mais ayant précédemment montré que l'auteur était empêché de déterminer le préavis suffisant faute d'avoir à sa disposition tous les éléments nécessaires – à l'inverse du juge qui en dispose – on ne peut dès lors pas lui reprocher de ne pas octroyer le préavis suffisant. Le juge omniscient supplée. Il faudrait ajouter une distinction selon que l'auteur a accordé un préavis insuffisant ou n'en a pas octroyé du tout car, dans le premier cas, le juge supplée, mais dans le second il fait davantage que d'ajouter ce qui manque de mois de préavis, il fait ce que l'auteur n'a pas fait et alors l'octroi du préavis s'attaquerait directement à l'auteur.

588. L'octroi ou l'allongement du préavis ne s'attaque pas directement aux conséquences du fait illicite. Pour le déterminer, il faut savoir en quoi les conséquences de la brutalité consistent. En l'absence de préavis, ou s'il a été insuffisant, l'entreprise évincée n'a pas eu le temps de se préparer à la fin de la relation établie nouée avec l'auteur. Ce temps lui a manqué pour prendre les mesures nécessaires au maintien de son activité. Il ne lui pas été permis d'anticiper la fin de la relation, dont l'importance pour elle n'est plus à démontrée puisque cela a été fait en amont de l'appréciation de la brutalité. Ni l'octroi ni l'allongement du préavis ne permet de rétablir chez l'entreprise évincée ses possibilités d'anticiper. Cette dernière n'a pas été remise en état de le faire. Et en cela, l'octroi ou l'allongement du préavis ne s'attaque pas non plus directement aux conséquences du fait illicite.

589. L'octroi ou l'allongement du préavis s'attaque au fait illicite lui-même. Au moment où le juge statue, l'octroi ou l'allongement du préavis est le seul moyen de faire cesser l'illicite, même si, en faisant cela, il assure le respect de la règle dans un avenir qui n'a pas existé. En se replaçant

¹⁸⁹⁶ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite*, 2008, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, ISBN n°978-2-247-099771-1, spéc. 546.

¹⁸⁹⁷ C. BLOCH, spéc. 547 : « *De cette fonction de cessation de l'illicite, le droit positif a dispersé la matière mais la libre pourtant ; nous avons essayé de l'assembler, pour reconstruire. Notre première démarche a été de restituer son unité fonctionnelle à la cessation de l'illicite. Elle impliquait, d'abord, de s'assurer que la cessation de l'illicite remplit une fonction distincte de celles qu'assurent déjà les sanctions répressives et réparatrices. Nous l'avons montré en mettant l'accent sur son objet. Cette sanction ne s'attaque ni à l'auteur ni aux conséquences du fait illicite, mais au fait illicite lui-même. Partant, elle remplit une fonction inédite consistant à mettre le fait en conformité avec la règle de droit dont il s'écarte. Certes, on peut souligner que, ce faisant, elle participe aussi à la fonction réparatrice de la responsabilité : avec le fait illicite c'est la source au moins potentielle d'un dommage qui s'éteint. Il n'en reste pas moins qu'en mettant en force la règle de droit violée, elle fait beaucoup plus que cela et poursuit assurément un objectif étranger à la réparation* ».

à la date d'émission de la notification de la rupture, le juge se replace dans le passé : il se remet dans la position que les parties occupaient auparavant, lorsque leur relation était sur le point d'être rompue. Mais le fait qu'il puisse le faire provient de la demande de réparation ultérieure de l'entreprise évincée. Ce n'est que par elle que le juge peut faire ainsi. Comme Monsieur Magnier-Merran l'exprime : « *on peine à comprendre pourquoi, en cette matière le juge ne peut pas tenir compte des circonstances postérieures à la rupture dès lors que le juge est normalement apprécié au jour où le juge statue*¹⁸⁹⁸ ». Cette situation inique, on a tenté de l'expliquer avec l'une des fonctions de la responsabilité civile, mais cela amène à révéler un juge plus omnipotent qu'omniscient, deux caractères qu'il réunit aussi lorsqu'on appréhende la réparation du gain manqué.

590. Les gains manqués pendant le préavis non accordé. Le préjudice de l'entreprise évincée est assimilé au gain qu'elle n'a pas réalisé pendant le préavis qui ne lui a pas été accordé. La solution est constante¹⁸⁹⁹ mais interroge toujours. Ce gain manqué correspond-il à celui que la victime aurait obtenu de la relation poursuivie avec l'auteur ou de nouvelles relations nouées durant son temps de reconversion ? Les jurisprudences rendues poussent à retenir seulement la première branche mais peut-on si aisément exclure la seconde eu égard à la fonction attachée au préavis ?

591. Les différentes perspectives du gain manqué en fonction des relations de l'entreprise évincée. S'il avait été pleinement exécuté, le préavis aurait été la prolongation de la relation établie. On distingue selon que cette relation est exclusive ou ne l'est pas. Si l'auteur est le seul partenaire de l'entreprise évincée, alors celle-ci tire l'entièreté de ses gains de cette relation. À l'inverse, le déploiement de ses activités avec plusieurs autres entreprises lui assure une pluralité de sources de gains. Le préavis se déroulant aux conditions antérieures, l'exclusivité sera maintenue dans la première situation¹⁹⁰⁰ et la pluralité dans la seconde. Cette distinction amène à concevoir le gain manqué dans, au moins, deux perspectives. Dans la première, le gain manqué ne peut être qu'assimilé au gain non réalisé avec l'auteur tandis que dans la seconde, au gain non réalisé avec l'auteur d'autres peuvent potentiellement s'ajouter : ceux issus du redéploiement des activités de l'entreprise évincée auprès de ses autres partenaires. En effet, le préavis, comme

¹⁸⁹⁸ K. MAGNIER-MERRAN, La réparation du préjudice né de la rupture brutale d'une relation commerciale établie : autopsie du principe de réparation intégrale, AJCA 2019, 56, spéc. 7.

¹⁸⁹⁹ Cass. com., 24 juin 2014, n°12-27.908, J.-D. n°Ø : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que seul doit être indemnisé le préjudice résultant du caractère brutal de la rupture, évalué en considération de la marge brute escomptée durant la période de préavis qui n'a pas été exécutée* ».

Cass. com., 24 juin 2020, n°18-20.323, J.-D. n°Ø : « *Mais attendu que c'est à bon droit qu'après avoir énoncé que doit être indemnisé le préjudice né de la rupture brutale, peu important que ses effets se fassent ressentir après l'expiration du préavis, la cour d'appel a retenu que la société ODA devait être indemnisée pour la perte du renouvellement des abonnements qui auraient pu être souscrits pendant la période de préavis non effectué* ».

Solution constamment reprise, not. CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 29 mars 2017, n°15/16932, J.-D. n°2017-006375

¹⁹⁰⁰ Sauf à ce que les entreprises conviennent d'abandonner l'exclusivité, *supra*.

tremplin de reconversion, est le temps durant lequel la victime va vivement prospecter. Si la durée de préavis est adéquate pour comprendre, et la phase de pourparlers, et la phase de conclusion, l'échange n'est plus seulement projeté mais il est effectif, et alors l'entreprise évincée engrange de nouveaux gains. Cette perspective peut se décliner avec autant de partenariats que l'entreprise évincée parvient à nouer durant le préavis. Le gain manqué pourrait alors ne pas seulement être celui que l'entreprise évincée n'a pas réalisé avec l'auteur, pendant les mois de préavis qu'il ne lui a pas accordés. Si cela paraît manifestement excessif, c'est pourtant ce que la logique du préavis comme de temps de reconversion appelle, d'autant que le juge se replace artificiellement à un moment à partir duquel il est encore possible de tirer d'autres scénarios¹⁹⁰¹.

592. Le gain manqué dans le scénario contrefactuel. La méthode contrefactuelle est employée lors de la réparation des préjudices causés par des pratiques anticoncurrentielles. Des auteurs l'expliquent grâce à l'opposition d'économistes qui désignent « *sous le nom de scénario factuel* » ce qui s'est effectivement passé sur le marché. Ils appellent « *scénario contrefactuel* » ce qui se serait passé dans le cas où les pratiques anticoncurrentielles n'auraient pas eu lieu¹⁹⁰² ». Les formes temporelles respectivement employées renseignent sur la situation des faits dans le temps. L'emploi du passé composé sert à exprimer un fait définitivement accompli, qui pourtant trouve un écho dans le présent¹⁹⁰³, alors que le conditionnel passé marque l'irréel du passé¹⁹⁰⁴. Chaque emploi convient. Le premier fait le lien entre le passé et le présent, de la même façon qu'un juge, au jour où il statue, évalue le préjudice consécutif à un dommage ayant eu lieu dans le passé¹⁹⁰⁵. Le second rend compte du système complètement hypothétique. En matière de rupture brutale, cela revient à envisager ce qui se serait passé si le préavis avait été suffisant. Ainsi mobilisée, la contrefactualité ouvre sur tout un ensemble d'éventualités, dont il est impossible de savoir laquelle se serait réalisée. De là, le gain manqué est une éventualité parmi d'autres. En tant

¹⁹⁰¹ Ni scenari, ni scénarii, https://www.academie-francaise.fr/sites/academie-francaise.fr/files/rectifications_1990.pdf

¹⁹⁰² R. AMARO, J.-F. LABORDE, La réparation des préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles, 2019, Préf. J. RIFFAULT-SILK, éd. Concurrences, ISBN n°979-10-94201-19-0, spéc. 270.

¹⁹⁰³ M. ARRIVÉ (dir.), Beschereille – La conjugaison pour tous, 1999, Hatier, ISBN n°2-218-71716-6, spéc. p. 150-151, « *Le passé composé est la forme la plus litigieuse du système temporel français. Il cumule en effet deux valeurs nettement différentes (...)* ». La première est « l'expression d'une action accomplie dans le présent » et la seconde « l'expression du passé ». Pour mieux appréhender l'expression du passé en comparaison avec l'utilisation du passé simple : L. DE SAUSSURE, « Chapitre 3. Les principaux temps du passé de l'indicatif : analyses procédurales », in L. DE SAUSSURE (dir.) Temps et pertinence. Éléments de pragmatique cognitive du temps, Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, « Champs linguistiques », 2003, p. 219-273. URL : <https://www-cairn-info.passerelle.univ-rennes1.fr/-9782801113387-page-219.htm>, spéc. p. 221-22. « *Premièrement, le passé simple marque un événement passé de manière déconnectée du présent de l'énonciation. Plus simplement, le passé simple déclare non pertinente la récupération d'un état résultant au présent, comme le montre la différence entre un passé composé comme « Max a mangé », qui communique que Max est dans l'état de satiété au moment S, ou bien « Max a mangé du chameau » qui communique que Max est à S dans l'état S d'avoir des expériences culinaires originales, comparativement à « Max mangea » ou « Max mangea du chameau » qui dénotent des événements sans qu'on puisse rien en inférer sur la situation présente* ».

¹⁹⁰⁴ M. ARRIVÉ (dir.), *ibid.* spéc. p. 153, « *Valeurs modales du conditionnel passé. Dans un système hypothétique, le conditionnel passé marque, dans la principale l'irréel du passé* ».

¹⁹⁰⁵ A. MURE, *L'évolution du préjudice de la victime en droit de la responsabilité civile*, th., 2019, Univ. Grenoble Alpes.

que tel, ne serait-il donc pas plutôt une perte de chance ? La Cour de cassation ferme cette voie¹⁹⁰⁶ alors qu'elle semble être la seule à même de coller à cette non-réalité.

b. Une perte de chance pour l'entreprise évincée de se reconvertir

593. La disparition de la probabilité d'une reconversion réussie. Le gain escompté se situe dans l'irréel du passé, s'il est hypothétique c'est qu'il n'est pas certain. Le préjudice pourrait ainsi constituer une perte de chance. « *[Elle] est d'ordinaire présentée comme un type de dommage particulier, consistant dans « la disparition de la probabilité d'un évènement favorable ».* Le dommage n'est donc pas alors l'évènement favorable lui-même, dont il n'est nullement certain qu'il se serait produit mais la disparition de la chance qu'il survienne effectivement¹⁹⁰⁷ ». On resitue ces différents éléments en notre matière. Selon nous, pour l'entreprise évincée, la perte de chance consiste dans la disparition de la probabilité qu'elle aurait effectivement pu se reconvertir durant le préavis suffisant. L'évènement favorable constitué par sa reconversion réussie n'est pas assuré de se produire. Mais la chance qu'il avait de se produire est atteinte, par le caractère insuffisant du préavis accordé. C'est cette chance qui pourrait être réparée, et non la reconversion, dont la réussite n'est aucunement certaine.

594. Une reconversion incertaine en l'absence de brutalité de la rupture. Est-il certain qu'avec un préavis suffisant l'entreprise évincée se serait reconvertie ? On doute. Et nul ne peut le dire. « *Ce qui se serait produit en l'absence du fait dommageable ne peut être connu avec certitude. Il n'y a en fait que des vraisemblances ou des probabilités, plus ou moins grandes*¹⁹⁰⁸ ». Envisager la rupture comme n'ayant pas été brutale reviendrait à affirmer que l'entreprise évincée a disposé du temps suffisant pour se reconvertir¹⁹⁰⁹. Mais cela ne signifierait pas pour autant qu'elle y soit parvenue. « (...) *la situation hypothétique à laquelle on compare la situation réelle qui résulte du*

¹⁹⁰⁶ Cass. com., 22 oct. 2013, n°12-28.704, J.-D. n°Ø.

¹⁹⁰⁷ S. BORGHETTI, La perte de chance, rapport introductif, LPA 31 oct. 2013, p. 3. C. SINTEZ, La sanction préventive en droit de la responsabilité civile, 2011, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, ISBN n°978-2-247-10820-6, spéc. 142 et 143 quant à « *la distinction entre la perte d'une chance et l'exposition à risque* », telle qu'elle a été proposée par Madame Murielle Fabre-Magnan, dans sa thèse, « *selon l'auteur, « il faut distinguer une chance au sens le plus courant du terme, c'est-à-dire la probabilité de réalisation d'un évènement heureux, d'un risque qui correspond au contraire à la probabilité de survenance d'un évènement malheureux. La perte d'une chance est alors la perte d'une possibilité de réaliser un gain, tandis que l'exposition à un risque est la survenance d'une possibilité de subir un préjudice* » ». P. JOURDAIN, Sur la perte d'une chance, RTD civ. 1992, p. 109 : « *La difficulté majeure a trait à la notion même de « perte d'une chance » comme préjudice indemnisable ; elle conduit à s'interroger sur les conditions de son existence. Il y a au moins un cas où celle-ci est unanimement admise : lorsque la victime avait l'espoir d'obtenir un avantage futur. Les chances se définissent par rapport à cet « enjeu », selon le mot utilisé par M. Chabas : gain d'une course, d'un procès, réussite à un concours, espoir d'une promotion, etc. Elles représentent une valeur indépendante du gain espéré, de l'enjeu, dont la perte est indemnisable* ».

¹⁹⁰⁸ S. BORGHETTI, *ibid.*

¹⁹⁰⁹ Pour se reconvertir ou pour faire en sorte que les effets de la cessation de la relation établie soient complètement *indolores*, ne se fassent absolument pas ressentir → pour P2 T2 C1.

*fait dommageable est toujours affectée d'un « coefficient d'incertitude » ; et tout préjudice, en tant qu'il constitue la différence entre ce qui est et ce qui aurait dû être, est en fait la perte de la chance que se réalise ce qui aurait sans doute été, mais n'était néanmoins pas absolument par certain*¹⁹¹⁰ ». En faisant correspondre la situation réelle à la demande de réparation de l'entreprise évincée estimant le préjudice insuffisant et la situation hypothétique à celle dans laquelle elle aurait effectivement bénéficié d'un préavis suffisant, la différence entre les deux se situe dans celle entre le préavis suffisant et le préavis insuffisant. Elle s'exprime encore plus explicitement ici par le nombre de mois de préavis accordé par le juge. Ils sont ajoutés au préavis insuffisant pour atteindre le préavis suffisant. On a identifié ici le premier opérande, soit la quantité de mois entrant dans l'opération de multiplication du calcul du gain manqué¹⁹¹¹. Avant de s'intéresser plus amplement à ce calcul en seconde section, on formule une ultime remarque découlant de l'incertitude qu'il y a à considérer la reconversion effective de l'entreprise évincée en cas de rupture non-brutale.

595. Le défaut de relation causale entre le dommage et le préjudice. « (...) *le recours à la perte de chance servirait aussi, dans certains cas, et notamment en matière médicale, à pallier une incertitude sur l'existence d'un lien de causalité entre le fait imputable au défendeur et à la lésion subie par le demandeur*¹⁹¹² ». Si la brutalité de la rupture, pour insuffisance de préavis, porte atteinte à l'intégrité de l'activité de l'entreprise évincée, on est en droit de se demander si l'intégrité de l'activité n'était déjà pas atteinte. Si la différence entre le nombre de mois du préavis suffisant et celui du préavis insuffisant est moindre¹⁹¹³, on peut encore se demander ce que cela changerait d'accorder seulement quelques mois supplémentaires ? Sans plus de détour, on pointe ici l'intégrité de l'activité exercée dans un état de dépendance économique. S'il ne conditionne pas l'application des dispositions étudiées, par contre à l'aide des définitions recoupées on sait qu'il peut être caractérisé à partir des critères utilisés dans l'abus de dépendance économique. En ce cas, la dépendance économique va nécessairement influencer les possibilités de reconversion de l'entreprise évincée de la relation dont elle tire ses gains. On pourrait alors ajouter qu'en ce cas que la reconversion réussie n'est nullement fonction de l'allongement du préavis. Quel sera le préavis accordé à des travailleurs qui créent des entreprises et qui s'en remettent à des plateformes, à des réseaux sociaux, pour exercer leur activité ? Il suffit à ces plateformes de

¹⁹¹⁰ S. BORGHETTI, *ibid.*

¹⁹¹¹ CA Paris, fiches sur la « Réparation du préjudice économique » 2020, *ibid.*, n°13 : « *Comment réparer les préjudices résultant de la rupture brutale des relations commerciales établies ?* », spéc. p. 3, in fine : « *En l'état de la jurisprudence, le calcul consiste à déterminer la moyenne mensuelle de la marge sur coûts variables sur deux ou trois exercices précédant la rupture – les années à retenir pouvant parfois être discutées, certaines pouvant être atypiques –, et à multiplier le montant obtenu par le nombre de mois de préavis dont aurait dû bénéficier la victime de la rupture* » et *infra*.

¹⁹¹² S. BORGHETTI, *ibid.*

¹⁹¹³ Pour donner un exemple d'ordre de grandeur, on donne un exemple et on détermine le rapport y afférent : le préavis accordé a été de six mois, la rupture a été reconnue brutale, le juge accorde deux mois supplémentaires, par rapport au six mois déjà accordés, les deux mois supplémentaires représentent le tiers du préavis déjà observé, le rapport du tiers (ou inférieur au tiers) pourrait être retenu pour se faire une idée plus précise d'une différence moindre entre le préavis insuffisant et le préavis suffisant.

déterminer ou modifier des conditions tarifaires ou aux réseaux sociaux d'intervenir sur leurs algorithmes, pour que les activités subséquentes en soient profondément modifiées. Il n'est pas certain qu'un quelconque préavis puisse en ces cas assurer leur reconversion¹⁹¹⁴.

B. Les pertes subies

596. D'autres chefs de préjudices sévèrement accueillis. La solution prétorienne selon laquelle « *seuls sont indemnisables les préjudices découlant de la brutalité de la rupture et non de la rupture elle-même*¹⁹¹⁵ » est claire ; mais « *l'absence de causalité, très sévèrement appréciée* » d'après la Professeure Mouly-Guillemaud¹⁹¹⁶. Selon elle, « *les juges présument la perte résulter de la rupture et non de sa brutalité* ». Pour s'en faire une idée plus précise et apprécier la difficulté inhérente au lien de causalité que la victime doit établir entre les préjudices invoqués et la brutalité de la rupture qu'elle a subie, on propose d'étudier succinctement différents chefs de préjudices selon une typologie propre à l'entreprise : les préjudices liés aux facteurs de production, selon la distinction classique : travail – capital, auxquels des préjudices extrapatrimoniaux pourront être ajoutés. Si les préjudices sont par trop indirects (1), cela peut trouver une justification dans le risque d'une double indemnisation (2).

1. Des préjudices trop indirects

597. La double démonstration en cas d'indemnisation demandée pour les licenciements. Les juges rejettent le plus souvent les demandes en indemnisation des coûts engagés relativement

¹⁹¹⁴ Rapp. d'information fait au nom de la mission d'information sur : « *l'ubérisation de la société : quel impact des plateformes numériques sur les métiers et l'emploi ?* », par M. P. SAVOLDELLI, n°867, enregistré à la Présidence du Sénat le 29 septembre 2021, spéc. p. 46, sous « (2) *Des travailleurs en situation de dépendance économique* », « *Néanmoins, votre mission d'information relève une confusion trop fréquente dans l'expression publique des représentants des plateformes entendus par la mission d'information autour des notions d'indépendance et d'autonomie. Si la promesse d'indépendance régulièrement renouvelée par ceux-ci semble destinée à flatter l'aspiration à la liberté d'une partie des travailleurs, ceux-ci, bien que juridiquement indépendants, se trouvent placés, dans les faits, dans une situation de forte dépendance économique vis-à-vis de la plateforme. Leur clientèle est en effet davantage celle des plateformes que la leur propre, sans possibilité pour eux, dans les secteurs ne requérant pas de qualifications particulières, de contractualiser en dehors de la plateforme et de se constituer une clientèle personnelle. En outre, dans ces mêmes secteurs, les plateformes déterminent généralement elles-mêmes les conditions tarifaires et le contenu de la prestation, sans marge de manœuvre pour le travailleur* ». Le problème soulevé ici relève sans doute davantage d'un éventuel lien de subordination que d'une dépendance économique, à voir si la structure par laquelle les travailleurs exercent fait écran.

¹⁹¹⁵ Cass. com., 10 fév. 2015, n°13-26.414, Bull. Civ. IV, n°19, J.-D. n°.

¹⁹¹⁶ C. MOULY-GUILLEMAUD, L'indemnisation d'une rupture brutale : retour à la normale ? RLDA n°149, juin 2019, 6741, pp. 35-39, spéc. nbp n°20 p. 37.

aux licenciements¹⁹¹⁷. En doctrine, le Professeur Mathey les assimile à des hypothèses d'école¹⁹¹⁸. Pour en discuter, on s'intéresse à l'origine de la cessation du contrat de travail, qui n'a vraisemblablement pas été jusqu'alors mis en évidence. Le licenciement d'une salariée en charge de faire la promotion d'un produit, dont le contrat n'a pas été renouvelé, a fait partie des chefs de préjudice indemnisables au titre de la rupture brutale intervenue¹⁹¹⁹. À l'inverse, des démissions¹⁹²⁰ n'ont pas été admises. En excluant les ruptures de contrat de travail à durée indéterminée à la seule initiative de salariés, il faut observer que les juges sont très attentifs à la caractérisation du lien de causalité entre la brutalité de la rupture et les licenciements. À défaut, les juges refusent catégoriquement de les indemniser. Les juges parisiens ont été particulièrement exigeants : ils ont requis une double démonstration. Pour obtenir l'indemnisation demandée, l'entreprise évincée aurait dû établir, d'une part, que la relation établie aurait rendu nécessaire l'embauche et, d'autre part, que sa rupture brutale aurait conduit au licenciement afférent¹⁹²¹. D'autres fois, les juges ont

¹⁹¹⁷ Par ex., CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 09 juin 2022, n°19/16223, J.-D. n°Ø : « Il résulte de ces éléments que si le licenciement de Mme [C] est postérieur à la rupture de la relation commerciale établie, la société RETB ne justifie pas d'un coût de licenciement de 4 562,65 euros à la suite de cette rupture, ni de ce qu'il serait imputable à la brutalité de la rupture ». CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 10 fév. 2022, n°19/03034, J.-D. n°Ø, « La société Chemical ne verse aux débats, à l'exception de l'accord de rupture amiable et du justificatif du coût du licenciement de ces salariés, aucune pièce démontrant qu'elle a été contrainte de licencier trois salariés en raison du comportement déloyal de la société Astrazeneca, qui lui aurait dissimulé des informations qu'elle aurait dû lui communiquer sur son successeur. Il est reproché à la société Astrazeneca une insuffisance et non une absence de préavis. La société Astrazeneca était autorisée à rompre les relations commerciales et la société Chemical ne rapporte pas la preuve que ces licenciements résultent non pas de la rupture des relations mais du caractère déloyal ou brutal de celle-ci. En conséquence, la demande de ce chef de la société Chemical sera rejetée ».

¹⁹¹⁸ N. MATHEY, Préjudice réparable du fait de la rupture brutale d'une relation commerciale établie, CCC n°1, janv. 2016, comm. 10, à propos de Cass. com., 20 oct. 2015, n°14-18.753, J.-D. n°2015-023508 : « Attendu que pour condamner la société Haulotte à payer à la SELARL Laurent X... ès qualités la somme de 52 383 euros au titre du coût des licenciements économiques des salariés du site du Creusot, l'arrêt retient que la perte du marché a entraîné le licenciement des huit salariés du site du Creusot, moins de trois mois après la rupture ; Qu'en statuant ainsi, alors que seuls sont indemnisables les préjudices découlant de la brutalité de la rupture et non de la rupture elle-même, la cour d'appel a violé les textes susvisés », en commentaire : « La fermeté de la formule retenue en l'espèce laisse peu d'espoir aux demandeurs : à la réflexion, il ne semble finalement guère aisé d'établir le lien de causalité entre les licenciements et la rupture brutale d'une relation commerciale établie. Si cela n'est pas impossible en théorie, la lecture des arrêts rendus en la matière laisse penser que cela pourrait n'être qu'une hypothèse d'école ».

¹⁹¹⁹ CA Versailles, Ch. 12, Section 1, 13 nov. 2008, n°07/05227, J.-D. n°Ø : « Considérant toutefois qu'en ce qui concerne les licenciements auxquels MEDIGONE a dû procéder en mars 2007, il convient de faire droit à sa demande en ce qui concerne les coûts générés par le licenciement de Madame DE SAINT SEINE, la preuve étant rapportée tant par les courriels échangés que par le contrat relatif au produit 'zometa' que cette personne était la principale responsable de la communication publicitaire de ce produit ; que la rupture brutale des relations avec NORVATIS est donc directement liée à son licenciement même si dans un premier temps MEDIGONE a adopté une solution d'attente ; que la demande de MEDIGONE sera en revanche rejetée pour les trois autres personnes visées à la pièce 74 dans la mesure où la preuve n'est pas rapportée qu'elles étaient en charge du produit 'lamisil' ou 'zometa' ; qu'en conséquence NOVARTIS sera condamnée au paiement de la somme de 26.540 euros ».

¹⁹²⁰ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 02 mars 2017, n°15/10786, J.-D. n°Ø : « Qu'enfin les licenciements allégués liés à la rupture du contrat sont en réalité des démissions, ainsi que cela résulte des pièces versées aux débats et n'ouvrent pas droit à indemnisation au titre de la rupture brutale », cassé par Cass. com., Cass. Com., 25 sept. 2019, n°17-22.275, J.-D. n°2019-016788, cassation pour violation des textes suivants : articles L. 442-6, I, 5° du code de commerce, 8. II de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs (LOTI), et 12. 2 du contrat type applicable aux transports publics routiers de marchandises exécutés par des sous-traitants, approuvé par le D. n° 2003-1295 du 26 décembre 2003, en l'absence de contrat écrit entre les parties, le contrat-type de sous-traitance devait trouver application entre elles.

¹⁹²¹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 04 janv. 2017, n°14/08156, J.-D. n°2017-000068 : « La Pharmacie du centre ne peut obtenir réparation que de la brutalité de la rupture et non de la rupture elle-même. Il en résulte que ne démontrant pas que l'embauche, en 2003, d'un préparateur en pharmacie aurait été rendue nécessaire par le partenariat avec les deux EHPAD, et que la brutalité de la rupture l'aurait conduite à le licencier, elle ne saurait être indemnisée à hauteur des heures prétendument occupées par ce préparateur à cette tâche, cette proportion n'étant au surplus attestée que par des salariés de la pharmacie, et elle-même ne démontrant pas l'impossibilité de reconvertir ces heures dans d'autres activités ».

été enclins à faire droit à l'indemnisation, sans être toutefois directement celles des licenciements mais d'une réorganisation sociale et en intercalant la perte de chance.

598. L'indemnisation de la perte de chance d'une réorganisation sociale. En l'espèce¹⁹²², une entreprise spécialisée dans la fabrication et la commercialisation d'engins de manutention et de levage a sous-traité une partie de sa production. La relation établie entre le donneur d'ordres et son sous-traitant s'est intensifiée : la part du chiffre d'affaires réalisée par le sous-traitant avec le donneur d'ordres a augmenté au fil des années. Lorsque leur relation a cessé, le sous-traitant a assigné son donneur d'ordres faute d'avoir pu bénéficier d'un préavis écrit et de l'effectivité de celui-ci. Les juges l'ont reconnu sans difficulté. Les licenciements figuraient parmi les différents chefs de préjudices. Les juges ont constaté que compte tenu du degré de dépendance du sous-traitant avec le donneur d'ordres, le sous-traitant n'avait pas d'autres choix que de licencier en cas de rupture avec celui-ci. Ainsi, les licenciements n'étaient pas uniquement rattachables à la brutalité de la rupture mais aussi au degré de dépendance entre les deux entreprises. Les juges ont ainsi refusé de condamner l'auteur à l'indemnisation totale des licenciements et ont intercalé une probabilité. Ils ont entendu indemniser « *la perte la perte de chance de pouvoir organiser la restructuration sociale pendant la durée de préavis de une année* ». En conséquence, le dommage n'a pas trouvé sa cause exclusive dans la brutalité de la rupture et en notre matière, la causalité multiple fait sens. Pour autant, ni la multi-causalité, ni la causalité ne semble pouvoir être retenue eu égard à d'autres chefs de préjudices. Faut-il étendre la remarque faite du cas d'école de l'indemnisation des licenciements aux autres chefs de préjudices ?

599. Des actions autonomes en concurrence déloyale et en dénigrement. Les droits extrapatrimoniaux d'une personne morale pourraient être atteints par la brutalité d'une rupture de relation établie. Rarement admise¹⁹²³, l'atteinte à l'image doit découler directement de la brutalité et non de la cessation des relations. Les juges parisiens refusent d'admettre que l'image d'un distributeur ait pu être atteinte en l'absence de terme dénigrant dans la communication de l'ancien

¹⁹²² CA Bourges, Ch. civ., 23 fév. 2012, n°11/00593, J.-D. n°0 : « *Attendu qu'ainsi qu'il l'a été indiqué plus haut même si la rupture des relations contractuelles avait été conforme aux dispositions légales, il est indiscutable que compte tenu du pourcentage du chiffre d'affaires réalisé par la SAS Soudacier avec la SA Haulotte Group (plus de 70 %), la première ait du licencier une partie de son personnel pour motifs économiques ; que néanmoins son préjudice ne saurait être constitué de la totalité du coût des licenciements, dont certains étaient inéluctables, mais par la perte de chance de pouvoir organiser la restructuration sociale pendant la durée de préavis de une année ; que la réparation de ce chef de dommage sera chiffrée à la somme de 100'000 euros, tenant compte du coût justifié de ces licenciements* ».

¹⁹²³ T.Com., 22^{ème} ch., Paris, 02 avr. 1999, Sté Esmar c/ SA Galeries Lafayette. RJDA Août-Sept. 1999, 883, reproduisant partiellement le jugement : « *Attendu qu'il ne peut être contesté qu'en lançant l'opération de promotion des produits de marque « Fouks » à partir du 1er janvier 1997, les Galeries Lafayette ont accru très sensiblement la notoriété de cette marque auprès de leurs clientes, qu'en rompant brutalement toutes relations commerciales avec la société Esmar à compter du 15 février 1999, sans les poursuivre au moins pour la collection été 1999, les Galeries Lafayette ont porté atteinte à l'image de la société Esmar, et lui ont causé un réel préjudice* ».

partenaire lors de son changement de distributeur¹⁹²⁴. Le dénigrement fait l'objet d'une action autonome. Les juges préservent le domaine propre à chaque action. Si la déloyauté d'une telle rupture s'est manifestée à travers l'expression de discrédits ou de dépréciations, alors la partie dénigrée devrait élever une action subsidiaire sur le fondement idoine. La Cour d'appel de Paris précise qu' « *en matière de concurrence déloyale et de dénigrement, la Cour de cassation a posé une présomption en faveur de la victime selon laquelle « un préjudice s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale (...)»¹⁹²⁵ », et ajoutant « *fût-il seulement moral*¹⁹²⁶ ».*

600. Les préjudices moraux des victimes réparés sur le fondement du droit commun. La sévérité de la jurisprudence semble une nouvelle fois fermer la voie malgré quelques rares demandes accueillies¹⁹²⁷. Dans un autre arrêt de la Cour de cassation, les juges du droit reconnaissent que les juges d'appel ont pu condamner l'auteur à indemniser la victime du préjudice moral subi, mais sur le fondement de l'ancien article 1382 du Code civil et, « *indépendamment de la responsabilité qu'elle encourait sur le fondement de [l'ancien] article L. 442-6, I, 5° du code de commerce*¹⁹²⁸ ». Pointant la possibilité de réparation de préjudices sur des fondements distincts,

¹⁹²⁴ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 fév. 2015, n°12/22955, J.-D. n°2015-002375 : « *considérant encore qu'une perte d'image serait la conséquence de la décision de rompre prise par la société Compo qui aurait généré également deux autres ruptures commerciales et serait également la conséquence des «termes particulièrement désagréables» utilisés dans la communication autour de la décision de la société Compo de changer de distributeur qui, selon elle, mettent en doute ses compétences et son sérieux ; que toutefois ici encore, la société PEA critique les restructurations et alliances qui ont pu avoir lieu entre les grands fabricants de ces produits et ne rapporte aucunement la preuve d'un quelconque acte de la part de Compo susceptible d'avoir affecté son image par les termes du communiqué de presse du 18 avril 2011 qui ne cite aucun des anciens distributeurs et ne contient aucun terme dénigrant ».*

¹⁹²⁵ Fiche 2, jp citée en référence : Cass. com., 28 sept. 2010, n°09-69.272, J.-D. n°2010-017133 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il s'infère nécessairement d'actes de publicité mensongère constitutifs de concurrence déloyale un trouble commercial générant un préjudice, fût-il seulement moral, la cour d'appel a violé le texte susvisé »* ; Cass. com., 11 janv. 2017, n°15-18.669, J.-D. n°2017-000203, « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'il s'infère nécessairement d'actes de dénigrement constitutifs de concurrence déloyale un trouble commercial générant un préjudice, fût-il seulement moral, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».*

¹⁹²⁶ Fiche 2, jp citée en référence : Cass. com., 12 fév. 2020, n°17-31.614, FS-P+B+R+I, J.-D. n°2020-001762 : « *7. En matière de responsabilité pour concurrence déloyale, la chambre commerciale retient qu'il s'infère nécessairement un préjudice, fût-il seulement moral, d'un acte de concurrence déloyale ([jp citées]). 8. Cette jurisprudence, qui énonce une présomption de préjudice, sans pour autant dispenser le demandeur de démontrer l'étendue de celui-ci, répond à la nécessité de permettre aux juges une moindre exigence probatoire, lorsque le préjudice est particulièrement difficile à démontrer ».*

¹⁹²⁷ CA Nouméa, Ch. Com., 25 août 2016, n°15/00013, J.-D. n°Ø : « *Par ailleurs la société appelante est fondée à soutenir que la rupture brutale de relations commerciales après 37 ans d'exclusivité, à seule fin de favoriser le développement de deux stations Mobil situées à proximité immédiate de la sienne, ainsi que le refus délibéré de la société Mobil d'assumer les conséquences de ses actes, lui ont causé un préjudice moral justifiant une indemnisation complémentaire qu'il y a lieu d'évaluer à 1 000 000 F CFP »*, confirmé par Cass. Com., 05 avr. 2018, n°16-26.568, J.-D. n°Ø : « *Mais attendu, d'une part, que le préjudice né de l'insuffisance du préavis étant évalué en fonction de la durée du préavis jugée nécessaire, c'est à bon droit que la cour d'appel, qui a retenu qu'un préavis de deux ans aurait dû être respecté, a évalué le préjudice économique de la société Auto Racing en considération de la marge brute escomptée durant la période d'insuffisance de préavis ; Et attendu, d'autre part, qu'un préjudice moral peut s'inférer du caractère brutal de la rupture d'une relation commerciale établie ; que le moyen, qui postule le contraire, manque en droit ».*

¹⁹²⁸ Cass. com., 20 mai 2014, n°13-16.398, Bull. civ. IV, n°89, J.-D. n°2014-010675 : « *Et attendu, d'autre part, qu'après avoir retenu que les circonstances de la rupture avaient causé un préjudice moral à M. X... qui, en dépit des récompenses sportives rares et prestigieuses qu'il avait pu gagner, s'était trouvé "déconsidéré" par une société particulièrement reconnue dans le monde sportif, en particulier dans la discipline de la boxe qu'elle était la seule à diffuser, la cour d'appel a pu condamner la société Canal plus à payer à M. X... une indemnité sur le fondement de l'article 1382 du code civil, indépendamment de la responsabilité qu'elle encourait sur le fondement de l'article 442-6, I, 5° du code de commerce ».*

le Professeur Mathey recommande l'abandon des « *demandes tendant à la réparation du préjudice causé par la « rupture abusive et brutale »* ». Leur formulation générale les dessert. La préconisation subséquente est de fonder les demandes d'indemnisation sur les fondements les plus propices à les admettre. Cela nous semble d'autant plus justifié que les divers chefs de préjudice des entreprises évincées ne peuvent pas tous trouver leur origine dans un défaut d'information préalable et l'absence ou l'insuffisance de préavis qui en résulte. Dans la distinction proposée pour l'étude des divers chefs de préjudices réparables, il manque encore ceux se rapportant au capital de l'entreprise. Il comprend tout ce dont l'entreprise a besoin pour produire. Ses facteurs de productions sont à proprement parler des machines, de l'outillage. Ils ont demandé des investissements, on les a déjà rencontrés parmi les critères pris en compte pour l'appréciation prétorienne du préavis, n'y aurait-il pas alors un effet doublon s'il devait être indemnisés ?

2. L'effet doublon

601. Les préjudices du capital : le risque de l'effet doublon. Pour la réparation des pertes subies, les juges prennent possiblement en compte les investissements de la partie évincée. Elle les a réalisés pour ajuster son activité afin de répondre aux demandes de son partenaire. Dans cette voie, la Cour d'appel de Paris accueille les demandes en indemnisation d'investissements spécifiques¹⁹²⁹, d'une machine-outil, après déduction de la somme correspondant au rachat de ladite machine par le crédit-bailleur¹⁹³⁰. Un auteur de rupture brutale a également été condamné à reprendre un stock de pièces détachées qui ne pouvaient plus être écoulées par le partenaire évincé puisque l'auteur lui avait retiré la distribution des produits principaux¹⁹³¹. Hormis les cas particuliers où les biens liés à la relation commerciale établie rompue sont nettement identifiables, les références aux investissements spécifiques, sans de plus amples détails, peuvent être problématiques. Effectivement, en amont de la réparation, il peut être tenu compte des investissements spécifiques pour l'appréciation de la durée du préavis suffisant. Il y aurait alors une double prise en compte d'un même critère. Pour contourner cet effet doublon, les juges précisent que « *l'indemnisation peut également porter sur la perte subie du fait de la rupture brutale, non prise en compte pour fixer la durée du préavis*¹⁹³² ». Même si l'indication est rassurante, rien ne garantit son effectivité.

¹⁹²⁹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 02 mars 2017, n°15/10786 (jp post. Cass. Com., 25 sept. 2019, n°17-22.275)

¹⁹³⁰ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 29 mars 2017, n°15/22953, J.-D. n°2017-006376

¹⁹³¹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 06 juill. 2017, n°16/01061, J.-D. n°2017-015184.

¹⁹³² Cass. Com., 25 sept. 2019, n°17-22.275, J.-D. n°2019-016788/

SECTION 2 : UNE ÉVALUATION LATITUDINAIRE

602. Un calcul du gain manqué sur la sellette. En tant que préjudice futur dans le passé, ce devrait être la perte de chance du gain manqué qui devrait être réparée. L'existence du gain manqué s'accompagne de certains aléas. En effet, en refusant de considérer les éléments postérieurs à la rupture, le juge fait exclusivement dépendre le montant du préjudice des éléments propres à la relation rompue. Son traitement est lacunaire et obtus. Faire dépendre la réparation d'éléments antérieurs nie le dessein des dispositions : ni la reconversion de la victime, ni la loyauté et la diligence de l'auteur, ne sont prises en considération. Si le montant de la réparation ne peut être ainsi atténué, on réfute qu'il puisse être calculé exclusivement d'après les éléments précédant la rupture. S'il faut se replacer au jour de la notification de la rupture, toutes les éventualités sont à considérer. Les juges ne peuvent faire perdurer un calcul approximatif du gain manqué (§1), auquel on apporte des éléments propres à l'affiner (§2).

603. La modélisation de la formule de calcul retenu. Pour compléter l'exégèse faite des dispositions, on souhaite traduire sous forme d'équation la formule du calcul retenu :

$$\text{Montant du gain manqué} = \text{Marge mensuelle moyenne} \times \text{nombre de mois de préavis}$$

Le calcul du gain manqué est le produit de la marge mensuelle moyenne par le nombre de mois de préavis, tel qu'apprécié par les juges pour répondre à l'exigence d'être suffisant. Dans cette section, on intéressera seulement à détermination du premier opérande : celui correspondant à la marge mensuelle moyenne. Son calcul implique de déterminer, d'une part, ce qu'est la marge et les modalités de son obtention, et d'autre part ; d'identifier son dénominateur : soit le nombre d'exercices de référence pour obtenir la moyenne voulue. La modélisation du calcul du gain manqué sera poursuivie et complétée tout au long des développements et sera accompagné d'illustrations chiffrées.

§1. Un calcul approximatif

604. Le chiffrage du gain manqué. La réparation de la brutalité de la rupture porte sur le gain manqué par la victime durant le préavis dont elle n'a pas bénéficié. L'indemnisation de la victime repose alors sur le gain manqué. L'expression du gain va véritablement trouver une signification dans sa traduction mathématique ; il faut que le gain soit chiffré afin d'être inclus dans le calcul du préjudice. On écarte alors des notions d'ordre général telles que les profits, les succès, les victoires, qui ne peuvent trouver directement leur équivalence en chiffre. Seule l'approche

comptable semble pouvoir fournir les éléments chiffrés traduisant un gain pour l'entreprise tenant ses comptes ; encore faut-il s'employer à la lecture de divers tableaux à deux colonnes. Aucune entrée n'y est intitulée « *gain* », la comptabilité dispose de son propre vocabulaire : les bénéfices, les résultats, la valeur ajoutée, l'excédent brut d'exploitation, etc. Tous ces indicateurs sont susceptibles de traduire des gains pour l'entreprise.

605. La marge, notion inclusive. Les juges n'ont pas choisi une notion parmi les indicateurs comptables. Eu égard à la comptabilité, les juges ni ne l'ignorent, ni ne la tiennent à distance de leurs solutions. Mais, pour notre matière, le champ d'application *rationae personae* est plus vaste que celui de la comptabilité. Les dispositions s'appliquent à des entreprises qui ne sont ni nécessairement des commerçants, ni partie à des relations strictement commerciales. La cohérence des juges tient donc dans le fait de faire coïncider le champ d'application au choix d'une notion ne relevant pas d'une matière qui en exclurait certains. Ainsi, les juges se portent sur la marge comme expression du gain manqué. Toutefois, lors de l'administration des preuves, un retour à la commercialité s'opère pour faciliter le mode de preuve, entraînant même des injonctions de la part des juges à faire certifier une notion qui n'est strictement pas comptable (A). L'indemnisation de la victime par la marge traduit la compensation du gain manqué encore faut-il surpasser les désaccords des jurisprudences sur la marge à retenir, afin de ne pas stagner dans une indétermination des éléments de l'assiette de calcul du préjudice (B).

A. L'administration et la force probante des preuves comptables

606. La comptabilité versée par les parties et exigée par les juges. Pour le calcul de son préjudice, la victime apporte les éléments tendant à établir son gain manqué. La comptabilité facilite l'administration de certaines preuves. Malgré l'absence d'obligations comptables imposées à certains, on observe en pratique chez eux la tenue de livres de commerces et autres documents comptables. Le recours à la comptabilité n'est pas seulement le fait des parties mais aussi celui des juges. En s'appuyant sur les documents comptables, ils rendent leur calcul plus transparent. Toutefois, la situation apparaît plus trouble que limpide. Les injonctions du juge, portant sur la certification de documents comptables, semblent biaiser l'exigence faite au juge de ne pas donner « *la moindre orientation* » au litige, d'autant qu'ils demandent à faire certifier une notion qui n'est pas strictement comptable (2).

1. De l'obligation à la nécessité d'établir une comptabilité

607. Une liste disparate d'éléments probants. Parmi les fiches méthodologiques relatives à la réparation du préjudice économique de la Cour d'appel de Paris, l'une intéresse particulièrement ceux résultant de la rupture brutale des relations établies¹⁹³³. Elle fournit les détails de calcul du gain manqué et des pertes subies. Elle liste aussi « *les pièces à produire a minima devant le juge* ». C'est à partir des valeurs présentes dans celles-ci que le calcul de la marge pourra être déterminé. La Cour d'appel de Paris vise d'abord précisément les « *liasses fiscales* », puis généralement les « *pièces comptables* » et, enfin vaguement « *tout élément* » et « *toutes autres pièces* ». Cette liste vacille entre des documents exactement déterminés et un ensemble diffus. Elle reflète la diversité des éléments de preuve pouvant être rapportés par ceux entrant dans le champ d'application du dispositif.

608. L'hétérogénéité du champ d'application unifié par l'entreprise. « *[T]oute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services* » relève de l'article L. 442-1, II du Code de commerce. On a précédemment défendu qu'il pouvait s'agir des entreprises, comme l'article L. 410-1 du même Code le commande désormais. Parmi elles, il n'y a pas seulement des sociétés commerciales, tenues à des obligations comptables et fiscales. D'autres structures organisationnelles sont concernées, à l'instar des associations. Cela conduit à envisager leur situation spécifique pour la fourniture des éléments requis à titre probatoire.

609. L'association et sa comptabilité. Une association peut être victime d'une rupture brutale de relation établie¹⁹³⁴ et demander la réparation de son préjudice. Quels documents va-t-elle alors fournir pour son évaluation ? Cela va nécessairement dépendre de son statut et de son activité. L'impératif de déploiement d'une activité économique commande de prendre en considération les associations qui s'y emploient.

L'association comme entreprise. « (...) *le Conseil constitutionnel a accordé la qualité d'entreprise aux associations à « caractère économique »*¹⁹³⁵, légitimant ainsi l'existence d'un modèle économique fondé sur la notion de propriété impartageable des bénéficiaires. Cette question

¹⁹³³ CA Paris, Fiche n°13, « Comment réparer les préjudices résultant de la rupture brutale des relations commerciales établies ». https://www.cours-appel.justice.fr/sites/default/files/2018-06/Fiche_M%C3%A9thodologique_09.pdf, le mer. 06 mai 2020.

¹⁹³⁴ Not. Cass. Com., 06 fév. 2007, n°03-20.463, J.-D. n°2007-037248, *contra*, pour des refus d'admission d'associations au bénéfice du dispositif étudié : not. Cass. Com., 05 janv. 2016, n°14-15.555, J.-D. n°2016-00037.

¹⁹³⁵ Le Lamy Associations [en ligne], maj oct 2019, spéc. 246-39, Cons. const., 20 juill. 2006, n°2006-20/21, JO 25 juill., p. 11110, considérants 5 et 6, après avoir cité l'article des statuts de l'association prévoyant son objet, les juges indiquent « *qu'elle intervient dans un cadre concurrentiel au moyen de prestations intellectuelles qu'elle facture ; qu'elle est assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée et à l'impôt sur les sociétés* », pour conclure qu'en l'occurrence l'association « *doit être regardée comme une entreprise qui a pour activité principale la prestation de services pour le compte de collectivités locales* », Cons. const., 26 oct. 2006, no 2006/22, JO 31 oct., p. 16149, considérants 8 et 9.

ne souffre plus d'aucune contestation depuis l'adoption de la loi n°2014-856 du 31 juill. 2014 relative à l'économie sociale et solidaire¹⁹³⁶ ». L'intervention des associations dans le secteur économique reconnue, elles y ont acquis un certain poids¹⁹³⁷.

Des associations tenues de tenir leur comptabilité. « Les articles L. 612-1 à L. 612-4 du code de commerce imposent aux associations exerçant une activité économique un certain nombre d'obligations comptables, dont le caractère plus ou moins contraignant est fonction de la « taille » du groupement¹⁹³⁸ ». « (...) l'article L. 612-4 du code de commerce, modifié par l'ordonnance n°2005-856 du 28 juillet 2005 (JO 29 juill., p. 12350) impose aux associations ayant reçu annuellement des subventions publiques d'un montant excédant le seuil fixé par décret (fixé actuellement à 153 000 euros), d'assurer la publicité de leurs comptes annuels, comprenant un bilan, un compte de résultat et une annexe, et du rapport du commissaire aux comptes, dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'État¹⁹³⁹ ». « Depuis le 1er janvier 2020, les associations sont soumises à un nouveau plan comptable homologué par le règlement n° 2018-06 du 5 décembre 2018 relatif aux comptes annuels des personnes morales de droit privé (JO 30 déc. 3018)¹⁹⁴⁰ ». Certaines associations sont ainsi tenues de tenir une comptabilité. Plus généralement, il a régulièrement été observé que dans la poursuite de leurs causes, projets ou autres services, cela relevait pour elles d'une nécessité¹⁹⁴¹. Effectivement, les organismes allouant des subventions peuvent demander les comptes des associations afin de procéder aux vérifications d'allocation de leurs ressources. L'association poursuit également une certaine transparence vis-à-vis de ses adhérents, désireux de savoir comment sont utilisées leurs cotisations. Lorsqu'elle est d'envergure, l'association emploie des salariés et se dote d'une gouvernance. Ces moyens de fonctionnement nécessitent des outils de gestion, parmi lesquels la comptabilité fait figure de proue. En l'état, et même à défaut d'être strictement soumises à des obligations comptables, les associations y recourent nécessairement pour assurer leur bon fonctionnement.

610. « **La comptabilité est un mode de preuve**¹⁹⁴² ». Les associations peuvent fournir leurs documents comptables à l'appui de leurs demandes. Elles s'entourent ainsi d'une certaine sécurité. À défaut, le risque pour elles est de ne pas pouvoir fournir les éléments du calcul, pis que ceux-ci

¹⁹³⁶ *Ibid.*

¹⁹³⁷ C. AMBLARD, Juridique – Économie sociale et solidaire – Plaidoyer en faveur de l'entreprise associative, *Juris associations* 2018, n°582, p. 35.

¹⁹³⁸ Le Lamy Associations [en ligne], maj oct. 2019, spéc. n°246-44.

¹⁹³⁹ *Ibid.*

¹⁹⁴⁰ C. LARONDE-CLÉRAC, Synthèse – Associations, in *JCI Sociétés Traité*, maj 06 janv. 2022, spéc. 45.

¹⁹⁴¹ F. JAOUEN, A. BERNARD, *Comptabilité et gestion des associations 2020/2021*, Delmas, Coll. Encyclopédie Delmas, oct. 2019, Éd. n°13, ISBN n°978-2-247-18843-7, introduction p. V. Dans leur introduction d'ouvrage, les auteurs signalent « les conséquences de la loi sur l'économie sociale et solidaire du 31 juillet 2014 et la publication du nouveau règlement ANC [émanant de l'Autorité des Normes Comptables] n°2018-06 du 05 décembre 2018, relatif aux comptes annuels des personnes morales de droit privé à but non lucratif, dont l'application pour les associations est obligatoire à partir du 1^{er} janvier 2020.

¹⁹⁴² Le Lamy Associations [en ligne], maj oct. 2022, spéc. n°505-6.

ne soient pas retenus par les juges. Un autre biais découle d'une telle différenciation dans les pratiques : si les juges accueillent les associations-demanderesses malgré des éléments peu ou pas probants, les modalités de calcul du préjudice demeurent opaques et la réparation s'apparente alors à une réparation forfaitaire. Les juges ont ainsi alloué une somme de dommages et intérêts à une association alors même que cette dernière « *n'avait pas été en mesure de chiffrer son préjudice bien qu'elle eût connaissance depuis cinq mois de l'arrêt des relations avec [l'auteur]*¹⁹⁴³ ». La réparation forfaitaire est problématique et pour l'atténuer, la fourniture de documents comptables certifiés a fait jour.

2. La certification d'une notion non-comptable

611. La certification des documents comptables. La cour d'appel de Paris s'appuie sur « *les documents certifiés par un expert-comptable*¹⁹⁴⁴ » pour l'évaluation du préjudice. L'admission de la preuve au moyen de documents certifiés par un professionnel semble être facilitée. La certification présente l'avantage d'assurer aux parties que les éléments chiffrés ont été vérifiés et avertisés, conformément aux principes directeurs de la comptabilité. Mais la démarche préconisée témoigne d'une certaine méconnaissance des missions relevant de l'expertise-comptable et du commissariat aux comptes, et surtout des liens les unissant aux entités. Effectivement, c'est à l'initiative des sociétés ou associations qu'un expert-comptable interviendra pour remplir ses différentes missions¹⁹⁴⁵. L'expert-comptable est contractuellement lié à ses clients¹⁹⁴⁶ tandis que le commissaire aux comptes remplit une mission d'ordre légal¹⁹⁴⁷. Ainsi la certification des comptes n'appartient pas à l'expert-comptable mais au commissaire aux comptes. Malgré cette confusion, c'est pourtant cette voie que certains juges empruntent : en faisant injonction à l'entreprise évincée

¹⁹⁴³ CA Paris, Pôle 04, Ch. 09, 29 sept. 2016, n°14/07883, J.-D. n°2016-020162.

¹⁹⁴⁴ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 20 janv. 2011, n°10/01509, n°2011-000596 : « (...) *au vu des documents certifiés par un expert-comptable, qu'aucun élément ne permet de remettre en cause, la Cour évalue le préjudice subi par la société 25 Mars Production à la somme de 34.198 €* ».

¹⁹⁴⁵ Les missions de l'expert-comptable sont énumérées au sein de l'ord. n°43-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable (JORF n°0222 du 21 sept. 1945, p. 5938), en son article 2 [extraits] : « *L'expert-comptable fait aussi profession de tenir, centraliser, ouvrir, arrêter, surveiller, redresser et consolider les comptabilités des entreprises et organismes auxquels il n'est pas lié par un contrat de travail.* » La modification de cet article 2 par l'ord. n°2016-394 du 31 mars 2016 relative aux sociétés constituées pour l'exercice en commun de plusieurs professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire dont le titre est protégé (JORF n°0077 du 01 avr. 2016, texte n°51) ne porte pas sur les missions de l'expert-comptable.

¹⁹⁴⁶ F. PASQUALINI, V. PASQUALINI-SALERNO, Expert-comptable, in L. VOGEL (dir.), Rép. de droit commercial, Dalloz, maj déc. 2019, 70 et s. s'agissant des obligations de l'expert-comptable et spéc. 72 : « *Contractuellement lié à son client, l'expert-comptable est tenu d'une obligation de moyens (...)* ».

¹⁹⁴⁷ C. DE LAUZAINGHEIN, J.-L. NAVARRO, D. NECHELIS, Droit comptable, Dalloz, Coll. Précis, oct. 2004, éd. n°3, ISBN : 978-2-247-09434-9, spéc. 38 à propos de l' « *organisation bicéphale* » des professions réglementées, in fine (p. 30) : « *L'expert-comptable intervient contractuellement auprès des clients qui le sollicitent pour l'établissement et la surveillance de la comptabilité ; le commissaire aux comptes, quant à lui, effectue une mission légale d'ordre public, de certification de ces comptes, dans un souci de transparence et de fiabilité des documents comptables délivrés par certaines personnes morales de droit privé.* »

d'établir son taux de marge au moyen d'une attestation de son expert-comptable¹⁹⁴⁸. Le Code de procédure civile leur permet-il d'enjoindre un litigant dans la production d'une telle preuve ?

612. L'injonction de certification de documents comptables. La production d'une telle preuve peut-elle seulement être à l'initiative du juge ? Selon le deuxième alinéa de l'article 11¹⁹⁴⁹ du Code de procédure civile, le juge peut enjoindre une partie à la production d'un élément de preuve mais, seulement à la condition qu'une requête de la partie adverse existe en ce sens. Il n'appartiendrait donc pas au juge de prescrire une telle mesure. Toutefois, il s'est déjà ménagé une telle possibilité, dans un arrêt dans lequel il avait retenu le manquement d'un notaire à son devoir de conseil, ayant conduit son client à un redressement fiscal¹⁹⁵⁰. Il a alors invité la victime à produire toute une série d'éléments permettant d'évaluer son préjudice. Lors du pourvoi en cassation, formé par le notaire, le juge a énoncé, de façon sentencieuse, que « *le juge peut toujours inviter une partie à fournir des éléments de nature à l'éclairer* ». Ainsi, le problème concernerait moins la production forcée de preuve que les invitations et injonctions¹⁹⁵¹ faites à des parties de compléter les pièces qu'elles ont déjà versées. Il n'en reste pas moins que le juge doit s'abstenir de toute orientation¹⁹⁵² et demeurer dans les limites de la faculté qui lui est donnée d'« *inviter les parties à fournir les explications de faits qu'il estime nécessaires à la solution du litige*¹⁹⁵³ ». On ne saurait reprocher aux juges de vouloir parer leurs décisions de précisions s'agissant du calcul du préjudice¹⁹⁵⁴, toutefois il fallait vérifier qu'une telle marge de manœuvre leur était permise au niveau procédural. Dans l'hypothèse où une telle pratique tendrait à s'intensifier, d'autres critiques s'élèvent à propos des liens existant entre la victime et son expert-comptable.

613. L'expert-comptable de l'entreprise évincée. Le recours à l'expert-comptable de l'entreprise évincée pour la certification de la marge s'accompagne de réserves compte tenu des

¹⁹⁴⁸ CA Paris, Pôle 05, Ch. 10, 19 janv. 2011, n°09/14691, J.-D. n°2011-000475 : « *Considérant que pour déterminer le préjudice subi par chacune des sociétés, il convient de prendre en considération leur chiffre d'affaires, en ce compris celui réalisé grâce aux panneaux utilisés pour les avant-premières et aux panneaux préventifs qui a été aussi perdu du fait de la rupture brutale des relations commerciales par les intimées; que le préjudice doit être calculé sur la base de la marge brute perdue; qu'il sera fait injonction à chacune des appelantes de justifier, par attestation de son expert-comptable, de son taux de marge brute en 2005, la cour ordonnant le sursis à statuer sur le surplus des demandes jusqu'à cette date* »

¹⁹⁴⁹ CPC, Art. 11, al. 2 : « *Si une des parties détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement* ».

¹⁹⁵⁰ Cass. Civ. 2^{ème}, 12 oct. 2006, n°05-12.835, Bull. Civ. II, n°267, J.-D. n°2006-035516, JCP G. n°45 du 08 nov. 2006, IV 3141, p. 2066. Office du juge quant à la preuve du préjudice allégué, Responsabilité civile et assurance n°1, janv. 2007, comm. 11.

¹⁹⁵¹ « *invitation* » et « *injonction* » sont les deux actions du juge eu égard des parties. Les deux verbes ne sont pas l'expression d'une même contrainte ; davantage prononcée dans l'injonction relevant de l'ordre que dans l'invitation exprimant une incitation. Toutefois, « *des esprits malicieux font observer que, pour un plaideur, une invitation ne se distingue guère d'une injonction si, dans tous les cas, la perte du procès est à la clé* ». R. PERROT, Administration de la preuve : invitation du juge, RTD Civ. n°01 du 15 mars 2007, p. 178.

¹⁹⁵² R. PERROT, Administration de la preuve : invitation du juge, RTD Civ. n°01 du 15 mars 2007, p. 178.

¹⁹⁵³ CPC, art. 8.

¹⁹⁵⁴ Certains autres évaluant eux-mêmes les marges : not. CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 04 avr. 2018, n°16/06822, J.-D. n°2018-005396, « la cour évalue à 45 000 euros la perte de marge sur neuf mois » ; le détail du calcul est cependant fourni.

liens unissant le professionnel et son client¹⁹⁵⁵. Pour l'évaluation du préjudice de son client, l'expert-comptable doit établir la marge. Cette notion, on le verra, n'est précisément définie ni par les juges, en désaccord sur la marge à retenir, ni en comptabilité dans la mesure où le plan comptable général ne l'appréhende pas directement. Dans cette situation, l'expertise comptable est souvent inévitable même si elle ne garantit pas l'exactitude des données fournies¹⁹⁵⁶. En effet, il n'appartient pas à l'expert-comptable d'aller investiguer l'activité de l'entreprise pour s'assurer de l'origine des données chiffrées. Quant à la marge, pour l'obtenir, certains coûts sont retranchés du chiffre d'affaires de l'entreprise évincée, nécessaires à la production. Il ne s'agit pas de l'indemniser à hauteur du montant de ses recettes commerciales puisque les ventes de ses produits comprennent nécessairement certains coûts (achat de matières premières, de transformation, points de vente, etc.). Il convient donc de les déduire pour obtenir ce que gagne en définitive l'entreprise une fois tous ses coûts réglés. En l'occurrence, au stade de l'évaluation du gain manqué, l'entreprise évincée pourrait minimiser certains coûts pour ne pas avoir à les déduire. L'expert-comptable pourrait, même sans volonté délibérée de sa part, avaliser cette pratique.

614. La certification d'une marge, notion absente du plan comptable général. Le recours aux professionnels de l'expertise-comptable est d'autant plus nécessaire qu'ils sont amenés à renseigner une marge, laquelle n'apparaît pas en tant que telle dans le plan comptable général, et donc dans les documents versés à titre de preuve. Sur ce point, la nature même de la marge à prendre en considération n'est pas fixée, c'est précisément ce que l'on va examiner dans les prochains développements, consacrés à la composition de l'assiette du calcul du gain manqué.

B. L'indétermination des éléments de l'assiette du calcul

615. Une sélection. « *Selon une jurisprudence constante, le préjudice causé par une rupture brutale* » correspond au gain que la victime de la rupture pouvait escompter tirer pendant le temps de préavis qui dû lui être accordé¹⁹⁵⁷ ». Le gain manqué est avant tout un gain, et en tant que tel l'entreprise l'obtient grâce à son activité. Elle crée une richesse. Elle dégage un bénéfice. Son compte de résultat fait apparaître un résultat bénéficiaire. Par ailleurs encore, son activité génère

1955 N. MATHEY, Rupture brutale de relations commerciales établies – L'évaluation du préjudice en cas de rupture brutale d'une relation commerciale, CCC n°05, mai 2011, comm. 116.

1956 N. MATTIACCI, Le directeur financier, thèse de doctorat en droit privé et sciences criminelles, sous la direction de Nicolas FERRIER, Université Montpellier, 2015, consultée depuis l'URL : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01346719/document>, le sam. 09 mai 2020, 106. p. 83 : « [...] l'expert-comptable et le commissaire aux comptes effectuent leur contrôle sur la base d'informations transmises par l'organe dirigeant. Leur contrôle est donc limité aux informations transmises par l'organe dirigeant et il ne consiste pas à vérifier la régularité des informations transmises. »

1957 C. MOULY-GUILLEMAUD, L'indemnisation d'une rupture brutale : retour à la normale ? RLDA n°149, juin 2019, 6741, citant CA Paris, 21 juin 2017, n°15/15641

différents gains, directement par la vente de produits ou de services, indirectement grâce à certaines immobilisations. Mais dès lors qu'ils se rapportent au capital, les gains seraient des fruits et les gains générés par des placements seraient des intérêts. Les sources de gains pour une entreprise sont variées et les gains eux-mêmes représentent une catégorie imprécise car ses frontières varient aussi en fonction de leur discipline d'étude. Face à cette profusion de sources potentielles de gain et pour se concentrer seulement sur la réparation du gain manqué en notre matière, on pourrait résumer ainsi la problématique d'ensemble : on veut savoir ce qu'est le gain parmi les gains (1) et dès lors que les juges sont en contradiction sur la marge à retenir, on peut encore décliner la question : parmi les marges, quelle marge retenir (2) ?

1. Un gain parmi les gains et d'une marge parmi les marges

616. Les indicateurs comptables du gain. En se référant aux documents comptables élaborés par une entreprise pour relater l'ensemble de ces activités durant un exercice, on se rend compte que divers indicateurs y figurent pour représenter ce qu'elle a gagné. La représentation du gain par la marge ferme donc la voie à toute une série d'autres indicateurs comptables, parmi lesquels : le résultat, les bénéfices, le chiffre d'affaires. Il convient de déterminer s'il est justifié d'écarter de tels indicateurs, à même également de renseigner sur les gains retirés par une entreprise par son activité.

617. La marge commerciale parmi les soldes intermédiaires de gestion. Le résultat d'une entreprise ne s'obtient pas directement. Il est possible de le déterminer progressivement à partir des soldes intermédiaires de gestion¹⁹⁵⁸. Ce sont des agrégats comptables qui tiennent compte de ses divers produits et charges¹⁹⁵⁹. Chacun d'eux établit en quelque sorte un « *résultat intermédiaire*¹⁹⁶⁰ ». Ils sont au nombre de huit¹⁹⁶¹. Ils s'obtiennent les uns à la suite des autres, leur ordre devant être dûment respecté, et dans ces conditions, on parle alors de « *cascade de soldes*¹⁹⁶² ». Ils sont tous calculés à partir du compte de résultat¹⁹⁶³. Si leur établissement est purement facultatif¹⁹⁶⁴, et sans qu'il ne soit besoin de revenir en détail sur chacun d'eux, on trouve parmi eux la marge commerciale. Placée à la tête de la *cascade*¹⁹⁶⁵, cela signifierait qu'elle

¹⁹⁵⁸ Les soldes intermédiaires de gestion sont ci-après désignés par le sigle communément admis « SIG ».

¹⁹⁵⁹ E. CRUVELIER, Comptabilité, in L. VOGEL (dir.), Rép. de droit commercial, juin 2010, maj juin 2016, spéc. 295.

¹⁹⁶⁰ *Ibid.*, spéc. 296.

¹⁹⁶¹ *Ibid.*, spéc. 297.

¹⁹⁶² *Ibid.*, spéc. 296.

¹⁹⁶³ *Ibid.*

¹⁹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁹⁶⁵ PGC, art. 842-1. E. CRUVELIER, *ibid.*, spéc. 297, citant les huit SIG. Pour une présentation des SIG regroupés dans un tableau faisant d'abord apparaître les produits et les charges puis les soldes intermédiaires, on pourra utilement se reporter à celui

représente effectivement un résultat, mais un résultat parmi d'autres, et en sachant que les suivants auront encore été affinés, elle, ne l'aura pas été. En outre, la marge commerciale est propre aux entreprises de négoce, ce qui n'a pas manqué d'être relevé pour marquer son caractère inadaptable à réparer les préjudices subis par toutes les autres entreprises, « *et, singulièrement par les entreprises de services*¹⁹⁶⁶ ». Ces dernières, en plus de celles qui ont pour activité des prestations intellectuelles, font parfois conséquemment valoir une perte de chiffre d'affaires.

618. Le chiffre d'affaires des prestataires. À l'origine, les dispositions visaient implicitement le secteur de la grande distribution, dans lequel les centrales d'achats et de référencement se livrent effectivement à des activités de négoce. Mais leur lettre, emprunte de termes généraux et plastiques, a rendu possible leur application au plus grand nombre, y compris aux entreprises ayant pour activité des prestations intellectuelles ou de services. Leurs activités sont manifestement distinctes. Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne propose une définition des services, selon laquelle ce sont « *les prestations fournies normalement contre rémunération*¹⁹⁶⁷ ». En outre, il donne une liste non-exhaustive d'activités répondant à cette définition, parmi lesquelles : les activités à caractère commercial ou artisanal. Il ne fait pas sens pour ces diverses activités de calculer une marge commerciale puisque la valeur provient de la fourniture d'une prestation d'ordre matérielle intellectuelle ou financière¹⁹⁶⁸. Ce sera respectivement la possibilité de se faire transporter ou loger, d'être conseillé ou assuré. En jurisprudence, les juges tiennent compte de cette différence : pour les prestations de service, la marge peut alors être assimilée au chiffre d'affaires pour l'indemnisation de l'entreprise évincée¹⁹⁶⁹. Dans un arrêt du 02 juillet 2020, les juges d'appel de la Cour d'appel de Paris indiquent que « *s'agissant d'une prestation intellectuelle, l'évaluation du préjudice sera fondée sur le chiffre d'affaires escompté pendant la durée du préavis et non sur la marge brute*¹⁹⁷⁰ ». Il en irait aussi de même pour certains

figurant dans le *Mémento Comptable 2022* des éditions Francis Lefebvre, spéc. 52135. Les huit SIG sont les suivants : (1) la marge commerciale, (2) la production de l'exercice, (3) la valeur ajoutée, (4) l'excédent brut (ou l'insuffisance brute) d'exploitation, (5) le résultat d'exploitation (bénéfice ou perte), (6) le résultat courant avant impôts (bénéfice ou perte) dit encore le résultat financier, (7) le résultat exceptionnel (bénéfice ou perte) et, le dernier, (8), le résultat de l'exercice (bénéfice ou perte), soit le résultat net.

¹⁹⁶⁶ A. FOURMENT, D. BATUDE, *Préjudice découlant de la rupture brutale de relations commerciales établies – Plaidoyer pour une prévisibilité des calculs prétoriens*, CCC n°12, déc. 2015, ét. 16, spéc. 6, « *En règle générale, la « marge brute » (ou marge commerciale) s'entend de la différence entre les ventes et les achats, corrigée de la variation de stocks. On peut concevoir que cette notion puisse présenter un certain degré de pertinence pour les entreprises de négoce, qui achètent pour revendre, encore qu'elle semble de nature à excéder le principe de réparation intégrale. Elle paraît en revanche totalement inadaptée lorsqu'il s'agit de réparer le préjudice subi par d'autres types d'entreprises et, singulièrement, par les entreprises de services* ».

¹⁹⁶⁷ TFUE, JORF du 26 oct. 2012, art. 57 (ex-art. 50 TCE).

¹⁹⁶⁸ V° « Prestation de service », in S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2019-2020*, Dalloz, Coll. Lexiques, août 2019, ISBN n°978-2-247-19412-4, p. 834.

¹⁹⁶⁹ Not. CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 10 avr. 2014, n°12/01373, confirmée par Cass. Com., 24 nov. 2015, n°14-19.678, J.-D. n°2015-026256

¹⁹⁷⁰ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 02 juill. 2020, n°17/16598, J.-D. n°2020-009649. Dans le même sens, not., CA Paris, Pôle 05, Ch. 06, 22 juin 2022, n°20/17215, J.-D. n°Ø : « *Compte tenu du chiffre d'affaire imputable pour l'année 2015, du caractère intellectuel des prestations fournies mais aussi du recours à des sous-traitants pour leur accomplissement (106 250 euros de charges externes pour la société Valmen et 141 300 euros pour la société Dirogo), le préjudice dû au gain manqué doit être fixée à la somme de 25 000 euros, la société WMG étant débouté du surplus de ses prétentions non distinctement justifiées* ».

commissionnaires¹⁹⁷¹. Contrairement à certaines observations laissant entendre que retenir le chiffre d'affaires sera automatiquement retenu¹⁹⁷², les juges parviennent parfois à isoler un taux de marge brute : « *s'agissant d'une activité de prestation intellectuelle, la Cour retient comme pertinent, au vu des éléments au dossier, un taux de marge brute à 70%*¹⁹⁷³ ».

619. L'élection d'une marge. En suivant la méthodologie telle que présentée par la Cour d'appel de Paris, certains coûts sont à retrancher de la marge de l'activité commerciale. Parmi les marges recensées, elle a élu la marge sur coûts variables. Pour approcher le plus justement le montant de l'indemnisation, les juges conçoivent que le chiffre d'affaires perdu (celui qui n'a pas été réalisé lors du préavis non exécuté) occasionne également l'économie de certaines charges. La position est pertinente dans la mesure où la réalisation d'un volume d'affaires nécessite de recourir à la mobilisation des facteurs capital et travail de l'unité productrice. Ce choix opportun semble en plus avoir été approuvé par les juges du droit.

620. L'approbation de la méthodologie de la cour d'appel de Paris en Cassation. Lors d'un litige¹⁹⁷⁴, l'application de la méthodologie de la cour d'appel de Paris l'a conduite à retrancher une partie des coûts fixes, non supportés par la victime, ayant cessé son activité. La solution est confirmée en cassation. Dans l'arrêt du 23 janvier 2019, les juges définissent la marge brute comme « *la différence entre le chiffre d'affaires hors taxes (HT) et les coûts (HT)* ». Parmi les coûts, les juges conçoivent que la victime continue de supporter des coûts fixes, dans la mesure où ils ne varient pas en fonction de l'activité. De façon concomitante, les juges appréhendent la preuve contraire. En l'espèce, il est allégué que la victime n'a pas supporté certains coûts de personnel et de structure¹⁹⁷⁵. Les juges d'appel ont donc soustrait ces coûts de l'indemnisation perçue par la victime. En rejetant le pourvoi de la victime, les juges de la Cour de cassation approuve la solution des juges d'appel, sans pour autant confirmer la méthodologie employée¹⁹⁷⁶ ; ils « *se retranchent*

¹⁹⁷¹ N. MATHEY, Non-renouvellement d'un contrat de gérance-mandat, CCC n°7, juill. 2022, comm. 118, à propos de Cass. com., 11 mai 2022, n°21-11.337, J.-D. n°2022-007599 : « (...) le préjudice subi du fait de la brutalité de la rupture correspondait à la marge brute que la société IDF aurait pu réaliser au cours du préavis non accordé et que, en l'absence de coûts variables, comme cela ressortait des comptes de la société IDF pour les années 2011, 2012 et 2013 et des factures produites, la perte de bénéfice s'évaluait pour cette activité de prestation de service au montant des commissions perdues pendant la durée du préavis non effectué, la cour d'appel, qui a souverainement apprécié les coûts supportés par la société IDF, pour définir la marge perdue par celle-ci pendant le préavis non exécuté, a pu retenir que le préjudice subi s'élevait à la somme de 87 916,50 euros ».

¹⁹⁷² S. CARVAL, J.-F. LABORDE, S. NEROT, La réparation de la perte de marge, D. 2018, p. 252, spéc. 40 : « Dans certaines situations, liées notamment à des activités de service, la baisse du volume d'activité ne se traduit pas aucune baisse coûts. La perte de marge est alors égale au montant du chiffre d'affaires perdu ».

¹⁹⁷³ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 22 juin 2022, n°21/13840, J.-D. n°Ø.

¹⁹⁷⁴ Cass. com., 23 janv. 2019, n°17-26.870, J.-D. n°2019-024907.

¹⁹⁷⁵ *Ibid.* : « [...] la perte de marge brute [...] à laquelle a été soustrait l'ensemble des économies de frais fixes réalisés par la victime, à savoir les économies de frais de personnel et celles de loyer pour le terminal point de vente »

¹⁹⁷⁶ Cet arrêt, en formation restreinte, n'est pas destiné qu'à une publication restreinte : il est diffusé uniquement sur *Jurinet*, base des arrêts de la Cour de cassation accessible seulement via le site intranet de la Cour (non public).

*derrière le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond*¹⁹⁷⁷ ». Faute d'opérer un contrôle lourd, les juges de la Cour de cassation paraissent enclins à l'application de la méthodologie de la Cour d'appel de Paris. Ce défaut se retrouve ailleurs : dans l'indétermination du nombre d'exercices de référence.

2. Un nombre d'exercices de référence indéfini

621. Les exercices de référence. Relativement aux années de référence, une remarque liminaire s'impose : elle concerne le vocabulaire utilisé. Au lieu de considérer les « *années* » de référence, il y aurait lieu de retenir les « *exercices* ». Le recours à la comptabilité devrait s'accompagner de l'emploi de sa terminologie. Pour évoquer les cycles d'activités des entités, se référer aux exercices est davantage opportun que les années, dans la mesure où l'exercice comptable n'est pas systématiquement calqué sur l'année civile.

622. Le calcul de l'indemnisation en fonction des exercices de référence. L'indemnisation des victimes de ruptures brutales consiste dans la multiplication de la marge mensuelle moyenne avec le nombre de mois de préavis suffisant¹⁹⁷⁸. En théorie, la marge mensuelle moyenne s'obtient en divisant la somme des marges mensuelles par leur nombre¹⁹⁷⁹. À titre d'illustration, l'obtention de la marge mensuelle moyenne d'une année s'obtient en posant une fraction : son numérateur est la somme des douze marges mensuelles et le dénominateur est douze. Pour l'obtention d'une moyenne, ce qui importe est la base retenue. En la faisant varier, c'est aussi la marge mensuelle qui va varier.

623. Les exercices de référence déterminés en fonction de l'activité En pratique, on observe d'importantes différences en termes d'exercices de référence. Dans un litige opposant une chaîne de distribution de prêt-à-porter à l'un de ses fournisseurs, les juges ont retenu « *toute la durée des relations contractuelles* » pour établir la marge bénéficiaire¹⁹⁸⁰. A l'appui de ce choix, les juges font valoir « *la grande variabilité du chiffre d'affaires* », c'est-à-dire que le caractère

¹⁹⁷⁷ S. REGNAULT, Indemnisation du préjudice résultant de la rupture brutale : en-deçà de la marge brute, AJCA n°04 du 17 avr. 2019, p. 186.

¹⁹⁷⁸ Dans l'hypothèse où l'auteur a octroyé un préavis, la marge mensuelle moyenne sera multipliée par le nombre de mois de préavis non-observés. Le nombre de mois de préavis non-observés s'obtient par différence entre le nombre de mois de préavis suffisant et le nombre de mois de préavis déjà exécutés par l'auteur de la rupture brutale.

¹⁹⁷⁹ Le calcul de la marge mensuelle peut également s'obtenir à partir de la marge annuelle, en fonction des données disponibles et calculées. La somme des marges mensuelles correspond à la marge annuelle, il revient alors au même d'établir la marge mensuelle moyenne à partir des marges mensuelles ou de la marge annuelle.

¹⁹⁸⁰ CA Paris, Ch. 05, sect. A, 16 nov. 2005, n°05/07002, J.-D. n°2005-288918 : « *l'évaluation du préjudice doit tenir compte de la moyenne du chiffre d'affaires réalisé non pas au cours des deux dernières années, la progression de celui-ci étant loin d'être acquise, mais durant toute la durée des relations contractuelles* ».

saisonnier de l'activité en cause occasionne de grandes disparités de gains en fonction des collections. Le secteur en cause influencerait alors sur les années de référence à retenir. Les juges, à l'instar des juges parisiens, ont depuis lors, harmonisé leur pratique : en retenant globalement une marge moyenne établie à partir des trois derniers exercices¹⁹⁸¹. Toutefois cette pratique n'est pas strictement et identiquement observée d'un contentieux à un autre. La variabilité, même moins importante que celle constatée précédemment, existe et continue d'irriguer les contentieux.

624. La prise en considération du volume et de la variation du chiffre d'affaires. La distinction faite entre la croissance et la diminution de la marge ressort de cas d'espèce dans lesquels les juges ont retenu différents nombres d'exercices pour le calcul de l'indemnisation. Ils ont fait dépendre le nombre d'exercices retenus de la variation du chiffre d'affaires réalisée par la victime avec l'auteur de la rupture¹⁹⁸². Est-ce que le chiffre d'affaires est à nouveau un critère doublement pris en considération par les juges ? Lors de l'appréciation de la durée de préavis, les juges tiennent compte du volume d'affaires que la victime réalise avec l'auteur de la rupture. Toutefois, il n'est pas tenu compte de sa variation. De là, nous ne considérons pas qu'il s'agisse d'un critère doublement pris en compte, puisqu'il y a d'un côté le volume et de l'autre sa variation. La prise en considération de la variation du chiffre d'affaires n'est pourtant pas négligeable tant elle influence le montant de l'indemnisation.

625. Le nombre d'exercices de référence retenus en fonction des variations de la marge. En considérant l'accroissement du chiffre d'affaires réalisé par la victime avec l'auteur, les juges ont retenu uniquement le dernier exercice pour calculer l'indemnisation¹⁹⁸³. En l'occurrence, elle était égale à la marge annuelle du dernier exercice. En procédant ainsi, ils ont plus que doublé l'indemnité par rapport à celle calculée sur la base, communément retenue, des trois derniers exercices¹⁹⁸⁴. Le cas est présenté ci-après en livrant un extrait de l'arrêt, à partir duquel on redonne les marges par années et on présente le calcul de l'indemnisation en fonction du nombre d'exercices qu'il est possible de retenir.

¹⁹⁸¹ Not. Cass. Com., 24 oct. 2018, n°17-16.011 ; CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 28 juin 2017, n°14/26044, J.-D. n°2017/013713 ; CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 20 sept. 2017, n°16/04711, J.-D. n°2017/022388 ; CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 04 oct. 2017, n°15/03041, J.-D. n°2017/019564 ; CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 15 nov. 2017, n°15/01941, n°2017/023296 ; CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 30 nov. 2017, n°16/02353.

¹⁹⁸² *Pour un chiffre d'affaires variant à la baisse* : CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, n°15/13369, J.-D. n°2017-012570 : « Mais considérant qu'ayant relevé une tendance à la baisse durant les trois derniers exercices, c'est à juste titre que le tribunal n'a retenu que la moyenne des deux derniers exercices, afin d'être au plus près de la réalité économique des dernières relations d'affaires entre les parties », arrêt confirmé par Cass. Com., 10 avr. 2019, n°17-22.575 (rejet). *Pour un chiffre d'affaires variant à la hausse* : CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 22 fév. 2017, n°14/02772 : « Compte [tenu] de l'importante progression de cette marge l'année de la rupture du contrat, il y a lieu d'approuver les premiers juges en ce qu'ils ont retenu les résultats de cette seule dernière année d'exercice et ont donc estimé à 165 000 euros la somme que la société Confort Logis Cheminée aurait dû percevoir si un préavis suffisant de 12 mois lui avait été consenti ».

¹⁹⁸³ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 22 fév. 2017, n°14/02772, J.-D. n°Ø.

¹⁹⁸⁴ Le détail des calculs, basés sur les chiffres fournis par l'arrêt, figure en annexe, fiche 2, p.2

L'extrait. « L'expert-comptable Fiduciaire Occitane a évalué la marge commerciale générée par la société Hase pour les exercices clos au 31 mai des années 2008 à 2010 à respectivement 43 679,19 euros, 31 912,74 euros et 164 431,22 euros (tableaux de synthèse accompagnés de documents comptables tels que les détails des comptes de résultat, les soldes intermédiaires de gestion-production et l'extrait du grand livre de compte). Compte de l'importante progression de cette marge l'année de la rupture du contrat, il y a lieu d'approuver les premiers juges en ce qu'ils ont retenu les résultats de cette seule dernière année d'exercice et ont donc estimé à 165 000 euros la somme que la société Confort Logis Cheminée aurait dû percevoir si un préavis suffisant de 12 mois lui avait été consenti ».

Les marges annuelles et le calcul de l'indemnisation en fonction du nombre d'exercices retenus.

Années (N) (exercice clos au 31 mai)	2008	2009	2010
Marge commerciale annuelle évaluée (€)	43 679,19	31 912,74	164 431,22

Le calcul de l'indemnisation en fonction du nombre d'exercices retenus.

Calcul de la marge moyenne annuelle en fonction du nombre d'exercices retenus :	Montant de l'indemnisation
Les juges retiennent :	
le dernier exercice : 164 431, 22	165 000,00
les deux derniers exercices : $(164431,22 + 31912,74) / 2 = 98171,98$	98 171,98
les trois derniers exercices : $(164431,22 + 31912,74 + 43679,19) / 3 = 80007,72$	80 007,72

Les variations de la marge ne peuvent influencer sur le nombre d'exercices à retenir, sauf à accroître l'indemnisation de la victime. Il en irait ainsi si les juges réduisaient le nombre d'exercice à retenir si la marge était croissante et, à l'inverse, s'ils augmentaient le nombre d'exercices à retenir si la marge diminuait. On l'illustre au moyen d'un bref cas fictif dans lequel une rupture brutale a été caractérisée et le préavis suffisant a été fixé par les juges à 6 mois.

Hypothèse 1. La marge réalisée mensuellement entre la victime et l'auteur diminue durant les 6 derniers exercices (année de la rupture comprise, en année N). On calcule l'indemnisation de la victime en fonction du nombre d'exercices retenus.

Exercice (N)	N-5	N-4	N-3	N-2	N-1	N
Marge moyenne mensuelle (€)	3500	3200	3000	1700	1300	1000

Calcul de la marge moyenne mensuelle en fonction du nombre d'exercices retenus : (arrondi à l'unité)	Calcul de l'indemnisation Marge mensuelle moyenne x nombre de mois de préavis
Les juges retiennent :	
le dernier exercice : 1000	6x1000 = 6000
les deux exercices : $(1300+1000) / 2 = 1150$	6x1150 = 6900
les trois exercices : $(1300+1000+1700) / 3 \approx 1333$	6x1333 \approx 7998
les quatre exercices : $(1300+1000+1700+3000) / 4 = 1750$	6x1750 = 10500
les cinq exercices : $(1300+1000+1700+3000+3200) / 5 = 2040$	6x2040 = 12240
les six exercices : $(1300+1000+1700+3000+3200+3500) / 6 \approx 2283$	6x2283 \approx 13698

Hypothèse 2. La marge réalisée mensuellement entre la victime et l'auteur augmente durant les 6 derniers exercices (année de la rupture comprise, en année N). On calcule l'indemnisation de la victime en fonction du nombre d'exercices retenus.

Exercice (N)	N-5	N-4	N-3	N-2	N-1	N
Marge moyenne mensuelle (€)	1000	1300	1700	3000	3200	3500

Calcul de la marge moyenne mensuelle en fonction du nombre d'exercices retenus : (arrondi à l'unité)	Calcul de l'indemnisation Marge mensuelle moyenne x nombre de mois de préavis
Les juges retiennent :	
le dernier exercice : 3500	6x3500 = 21000
les deux exercices : $(3500+3200) / 2 = 3350$	6x3350 = 20100
les trois exercices : $(3500+3200+3000) / 3 \approx 3233$	6x3233 \approx 19398
les quatre exercices : $(3500+3200+3000+1700) / 4 = 2850$	6x2850 = 17100
les cinq exercices : $(3500+3200+3000+1700+1300) / 5 = 2540$	6x2540 = 15240
les six exercices : $(3500+3200+3000+1700+1300+1000) / 6 \approx 2283$	6x2283 \approx 13698

626. L'absence d'encadrement du nombre d'exercices retenus. À défaut d'encadrer le nombre d'exercices à retenir, l'indemnisation varie. La modulation opérée par les juges se justifie-t-elle ? La variation du nombre d'exercices de référence est-elle l'expression du pouvoir modérateur du juge ? S'il fallait considérer une réponse affirmative à notre précédente question, on remarquerait que le juge de la rupture brutale des relations commerciales est – une nouvelle fois – très enclin à bonifier la situation de la partie qui en est victime. Qu'il s'agisse de l'augmentation ou de la réduction du chiffre d'affaires, le juge s'arroge la possibilité de respectivement, diminuer et augmenter les exercices de référence pour finalement accroître l'indemnisation. Pour que le ralentissement du chiffre d'affaires réalisé impacte faiblement l'indemnisation, le juge propose de considérer davantage d'exercices. À l'inverse, pour qu'il soit tenu compte de la progression du chiffre d'affaires réalisé, le juge base l'indemnisation sur les derniers exercices réalisés, les plus fructueux. Les constats de telles situations unilatéralement tournées en faveur de la victime ne permettent pas de considérer le pouvoir modérateur du juge et l'équité qu'il implique. Il convient en réponse d'affiner le calcul.

§2. Un calcul affiné

627. *Tout le préjudice, mais rien que le préjudice.* Il ne peut y avoir d'enrichissement consécutivement à la réparation d'un dommage. En l'absence de méthodes précises d'évaluation du gain manqué, l'indemnisation peut conduire à dédommager la victime d'une somme plus importante que celle qu'elle aurait escomptée percevoir à l'occasion du maintien de la relation commerciale établie. Le caractère mixte observé aussi bien pour les coûts variables que pour les coûts fixes conduit à considérer l'indemnisation du résultat d'exploitation (A). Mais compte tenu d'une jurisprudence hétéroclite, dommageable au plus grand nombre des justiciables, le recours au droit mou, par la diffusion d'une méthodologie, semble insuffisant. En réponse on préconise d'associer le droit au chiffre. L'évaluation précise du préjudice ne peut se faire l'un sans l'autre. Il faut recourir à des méthodes transparentes (B) : le contrôle des agrégats comptables par les juges, au surplus par le législateur, et par l'insertion d'un coefficient d'incertitude pour rendre compte des probabilités jusqu'alors niées par les juges.

A. L'indemnisation du résultat d'exploitation

628. Une difficulté sous-jacente. L'élection de la marge sur coûts variables semble un choix opportun encore faut-il savoir faire la distinction entre les coûts fixes et les coûts variable, moins aisée qu'il peut n'y paraître compte tenu du fait des altérations que chacune des catégories

connaissse (1). La cour d'appel de Paris s'y attache en indiquant le caractère mixte de certains coûts et en avalisant un principe économique en vertu duquel, au terme d'une longue période, l'ensemble des coûts sont variables (2).

1. Les altérations portées à la différenciation des coûts fixes et des coûts variables

629. La distinction des coûts fixes et des coûts variables. En proposant de retenir une indemnisation de la marge sur coûts variables, la Cour d'appel de Paris impose de savoir faire la différence entre les coûts fixes et les coûts variables. Pour les définir très simplement, nous retenons que « *les coûts fixes sont insensibles à la variation de la quantité produite*¹⁹⁸⁵ » tandis que les « *coûts variables augmentent automatiquement avec la production*¹⁹⁸⁶ ». Ce qui les distingue est donc leur propension à suivre les variations de la production. Pour le dire autrement, les coûts fixes ne dépendent pas du niveau de production mais de la structure de production¹⁹⁸⁷. A l'inverse, les coûts variables « *correspondent à l'utilisation de la capacité*¹⁹⁸⁸ ». Ainsi, si les capacités de production augmentent, les coûts variables vont croître et, à l'inverse, si les capacités de production diminuent, les coûts variables baissent. L'enjeu de cette distinction est d'identifier les coûts qui restent à la charge d'une entreprise si ses commandes viennent à s'interrompre subitement. Dans cette voie, nous poursuivons l'affinement du calcul de l'indemnisation des victimes de ruptures brutales de relations commerciales établies. Mais pour ce faire, des difficultés apparaissent relativement au fait que les coûts fixes, comme les coûts variables, peuvent avoir respectivement, une part de variabilité et une part de fixité.

630. La part de variabilité des coûts fixes et la part de fixité des coûts variables. Savoir identifier la proportion de coûts fixes et de coûts variables relativement à la production d'une entreprise n'est pas aussi aisé qu'il n'y paraît. L'examen comptable des coûts prête les caractères des coûts fixes à certains coûts variables, et inversement. Pour l'expliquer, il faut distinguer parmi les coûts fixes : les coûts fixes directs des coûts fixes indirects. Les premiers sont « *supportés entièrement et exclusivement*¹⁹⁸⁹ » par la production d'un bien, c'est-à-dire que leur proportion dans la production d'un bien est identifiable. A l'inverse, les seconds « *contribuent à la production de plusieurs biens*¹⁹⁹⁰ ». A titre d'illustration, la part de matières premières dans un produit est

¹⁹⁸⁵ P. LASSÈGUE, Le traitement comptable des coûts, Revue économique, vol. 15, n°3, 1964, pp. 325-377, DOI : <https://doi.org/10.3406/reco.1964.407605>, spéc. p. 330.

¹⁹⁸⁶ *Ibid.* p. 334

¹⁹⁸⁷ *Ibid.* p. 330 : « *Au nom près, ces coûts [les coûts fixes] sont traités de la même manière par les économistes et par les comptables, qui les qualifient souvent de coûts de structure, ou de période.* »

¹⁹⁸⁸ *Ibid.* p. 334.

¹⁹⁸⁹ *Ibid.* p. 331.

¹⁹⁹⁰ *Ibid.* p. 331.

aisément déterminable tandis qu'un brevet est appliqué de façon globale à toutes les unités produites. C'est de là que d'aucuns considèrent certains coûts fixes indirects comme étant variables, à l'instar de frais d'encadrement du personnel, de production d'électricité, de fourniture de bureau¹⁹⁹¹. De même que certains coûts fixes peuvent varier, certains coûts variables sont qualifiés de « *semi-variables*¹⁹⁹² ». Ils désignent les coûts qui « *ne s'annulent pas quand la production est réduite à zéro*¹⁹⁹³ ». La part des coûts variables qui demeurent même en l'absence de production sont donc en réalité des coûts fixes. En considérant une part de variabilité pour certains coûts fixes et une part de fixité pour certains coûts variables, la distinction entre les deux catégories de coûts ne semble pas implacable. La Cour d'appel de Paris abonde en ce sens dans sa fiche méthodologique dédiée au concept de marge¹⁹⁹⁴. Un élément supplémentaire, tiré des analyses comptables et économiques, commande de considérer qu'« *à long terme, tous les coûts deviennent variables*¹⁹⁹⁵ ».

631. La relativité des coûts fixes¹⁹⁹⁶. Le caractère fixe des coûts de structure s'adosse sur la variable du temps. La Cour d'appel de Paris fait pareillement dépendre la qualification des coûts fixes de la durée d'examen de la situation de l'entreprise¹⁹⁹⁷. En procédant ainsi, elle exprime une loi économique dont nous attribuons la paternité à Alfred Marshall. L'économiste anglais inclut le temps dans ses différentes études de phénomène. En incorporant cette dimension temporelle, et son caractère absolument continu, certains phénomènes s'en trouvent changés, à l'instar de la distinction entre les coûts variables et les coûts fixes. Ainsi « *lorsque la période s'allonge assez, tous les coûts deviennent variables*¹⁹⁹⁸ ». Pour l'expliquer, il faut d'abord considérer que la période visée ne peut précisément être bornée, sa longueur va nécessairement dépendre du problème étudié. Il va en résulter que le caractère fixe des coûts va dépendre de la période analysée : les coûts fixes sont considérés comme tels sur une courte période et sont considérés comme variables sur une plus longue période. « *[...] la longue période est celle où toutes les adaptations de l'offre et de la demande sont possibles, et où, par conséquent, tout est mobile* ». Par conséquent, à l'instar des adaptations théoriques de l'offre et de la demande, il faut considérer en pratique que les unités productrices sont capables d'ajuster l'ensemble de leurs coûts sur de longues périodes,

¹⁹⁹¹ Pour l'ensemble des exemples fournis pour la distinction faite entre les coûts directs fixes et les coûts indirects variables, v. P. LASSÈGUE, *ibid.* pp. 331-332.

¹⁹⁹² *Ibid.* p. 334.

¹⁹⁹³ *Ibid.* p. 334.

¹⁹⁹⁴ Cour d'appel de Paris, Fiche n°6 Quel concept de marge, oct. 2017, consulté depuis l'URL : https://www.cours-appel.justice.fr/sites/default/files/2018-06/Fiche_M%C3%A9thodologique_06.pdf, le mar. 12 mai 2020.

¹⁹⁹⁵ M. NUSSENBAUM, Quelle attractivité du système de réparation des préjudices concurrentiels à l'heure des réformes ? Concurrences n°1-2017, conférence, les entretiens de la concurrence – 18 oct. 2016. P. LASSÈGUE, *ibid.* p. 333.

¹⁹⁹⁶ P. LASSÈGUE, *ibid.* p. 332 : « *Il faut préciser que la fixité des coûts est relative et ne se maintient qu'à l'intérieur d'une « fourchette » entre deux chiffres de la production* ».

¹⁹⁹⁷ Cour d'appel de Paris, Fiche n°6 Quel concept de marge, *ibid.* p. 1, *in fine* : « *Beaucoup de frais présentent un caractère mixte, c'est-à-dire une certaine variabilité, cette dernière qualification dépendant également de la durée sur laquelle l'analyse doit être conduite* ».

¹⁹⁹⁸ P. LASSÈGUE, *ibid.* p. 332

y compris – et surtout – les coûts fixes¹⁹⁹⁹. Il faut dorénavant intégrer cette conception dans le calcul de l'indemnisation.

2. L'intégration des altérations pour l'indemnisation du résultat d'exploitation

632. Le retranchement des coûts variables et des coûts fixes. Pour l'obtention de la marge sur coûts variables, le calcul présenté par la cour d'appel de Paris tient logiquement en une soustraction. Du « *chiffres d'affaires perdu* » sont retranchées « *les charges variables qui auraient dû être engagées pour réaliser ce chiffre d'affaires* ». Suivant cette opération, il faut ôter des produits perçus par l'entreprise toutes les charges afférentes à la production les ayant permis. En vertu du principe selon lequel « *à long terme, tous les coûts deviennent variables*²⁰⁰⁰ », aux charges variables s'ajoutent alors certaines charges fixes. Pour nous, seulement « *certaines* » charges fixes peuvent être ajoutées en considération de la période retenue²⁰⁰¹. La proportion de charges fixes pouvant venir en déduction va dépendre de la période considérée.

633. L'importance du facteur temporel. Dans l'analyse économique d'Alfred Marshall, l'inclusion du facteur « *temps* » est primordiale, elle l'est tout autant dans l'étude du concept des relations commerciales établies. Ce facteur commun rend possible l'application du principe économique marshallien à l'indemnisation du préjudice découlant de la brutalité de la rupture. Effectivement, le critère pivot unissant les trois adjectifs retenus pour expliciter le caractère établi, sont relatifs au temps : « *stable, habituel et suivi*²⁰⁰² ». Les relations commerciales établies du champ d'application du dispositif ont ce trait commun de s'être ancrées sur une période – plus moins – longue.

634. L'application du principe marshallien. En venant de vérifier qu'une longue période est considérée, le principe selon lequel « *plus longue est la période couverte par l'analyse, moins*

¹⁹⁹⁹ En ce sens, cour d'appel de Paris, Fiche n°6 Quel concept de marge, *ibid.* p. 1, *in fine* : « [...] sur une très courte période beaucoup de frais présentent une certaine fixité et ne peuvent être réduits que plus ou moins facilement en cas de baisse d'activité, en revanche sur une longue période l'ensemble des charges prend un caractère variable, faute de quoi l'entreprise n'aurait aucune possibilité d'adapter ses coûts. »

²⁰⁰⁰ M. NUSSENBAUM, Quelle attractivité du système de réparation des préjudices concurrentiels à l'heure des réformes ? Concurrences n°1-2017, conférence, les entretiens de la concurrence – 18 oct. 2016.

²⁰⁰¹ La déduction de l'ensemble de charges fixes commanderait d'examiner une période plus longue que la période permettant seulement de déduire certaines charges fixes.

²⁰⁰² Ces trois caractères ont en commun le facteur temporel ; celui-ci n'est pas exclusif d'autres facteurs à considérer et pouvant également fonder ces caractères : nous pensons au volume d'affaires. L'importance du volume d'affaires confère une certaine stabilité à une relation commerciale établie ; ce facteur trouve son expression idoine lorsqu'il est fait référence à l'intensité de la relation commerciale établie.

*nombreux sont les éléments fixes*²⁰⁰³ » trouve alors à s'appliquer. En l'occurrence, l'indemnisation de la victime pourra donc se faire sur la base d'une double soustraction : de son chiffre d'affaires, sont retirés, d'abord les charges variables, puis la part de charges fixes qui auraient été nécessaires pour la réalisation de ce chiffre d'affaires. Cette soustraction à trois opérands correspond à la formule du calcul du résultat d'exploitation²⁰⁰⁴. Retenir le calcul du résultat d'exploitation pour l'indemnisation de la brutalité peut s'apparenter à une mesure stricte dans la mesure où les soustractions menées par deux fois minimisent logiquement le résultat de l'opération. La rigueur du calcul envisagé répond aux indemnisations excessives octroyées par les juges. Dans ces conditions, il reste à s'assurer de la faisabilité du calcul en pratique, plusieurs obstacles se dressent.

635. Le rejet de l'instantanéité. L'application du principe marshallien conduit à soustraire des coûts variables et une certaine part de coûts fixes. L'écoulement d'une longue période permet à la fois à l'entreprise d'ajuster ses coûts fixes et d'entretenir des relations commerciales établies ; pour autant la soudaineté de l'interruption d'une production va-t-elle de pair avec la perte instantanée²⁰⁰⁵ de coûts variables et fixes ? Une réponse affirmative ne peut être donnée directement, de nombreux doutes s'infèrent en la matière. Relativement aux facteurs de production relevant du capital, une tendance à la dotation en « *immobilisations monovalentes* » a été observée²⁰⁰⁶. Dédiées à des fonctions dans l'un des stades du cycle de production, de telles dotations sont plus rapidement amorties et diminuent l'inertie propre aux coûts fixes. Mais force est de constater que relativement aux facteurs de production relevant du travail, la réduction de frais variables ne peut être immédiate. Effectivement, si la longévité est considérée de part et d'autre des acceptions théoriques, nous la retrouvons également en pratique, s'agissant de l'ancienneté des salariés de l'entreprise. Le renvoi de ces salariés, s'il est envisageable, ne se réalise pas instantanément, à l'annonce d'une cessation de relation d'affaires. En définitive, nous ne pensons pas admettre la soustraction instantanée de l'ensemble des coûts variables et de certains coûts fixes, d'autant que leur estimation s'avère complexe.

²⁰⁰³ C. JESSUA, Histoire de la théorie économique, PUF, Coll. Économie, 1991, 592 p., ISBN n°978-2-213-043773-4, DOI : 10.3917/puf.jess.1991.01, consulté depuis Cairn, pp. 373-413, spéc. p. 378 : « *Moins nombreux sont les éléments fixes, plus longue est la période couverte par l'analyse* ».

²⁰⁰⁴ M. NUSSENBAUM, Quelle attractivité du système de réparation des préjudices concurrentiels à l'heure des réformes ? Concurrences n°1-2017, conférence, les entretiens de la concurrence – 18 oct. 2016., spéc. 46. « *la marge perdue devient le résultat d'exploitation dont a été privée l'entreprise : $Rex = (\text{chiffre d'affaires} - \text{coûts fixes} - \text{coûts variables})$* ».

²⁰⁰⁵ A. FOURMENT, D. BATUDE, Préjudice découlant de la rupture brutale de relations commerciales établies – Plaidoyer pour une prévisibilité des calculs prétoriens, CCC, déc. 2015, 16, n°10 – La perte de marge, p. 9.

²⁰⁰⁶ P. LASSÈGUE, *ibid.* pp. 332-333

636. Une estimation complexe. « *L'estimation de la marge sur coûts variables sera plus ou moins complexe selon l'activité de l'entreprise*²⁰⁰⁷ ». A l'appui de leur affirmation, les praticiens fournissent l'exemple de l'entreprise de « *pur négoce* », pour laquelle il est apparemment aisé d'établir sa marge commerciale. Elle procède par différence entre ses achats et ses ventes. La simplicité manifeste du calcul est tempérée par l'inclusion des « *coûts aménageables* ». En effet, l'intérêt économique de l'activité de négoce repose sur l'importance des volumes acquis, fixant de manière proportionnelle les rabais pouvant être obtenus. Toutefois, ces volumes considérables doivent parfois être acheminés, stockés, livrés, assurés, etc. L'activité de négoce s'accompagne donc de coûts associés à son déploiement. Quant aux entreprises industrielles intégrées verticalement, elles doivent procéder à une véritable « *décomposition des coûts de fabrication* » de leurs produits. Évoqués précédemment, les coûts fixes indirects seront difficilement imputables à un produit quand ils participent à la production de l'ensemble. En l'état, il faudra nécessairement recourir à la somme de l'ensemble des coûts fixes indirects et procéder au calcul au prorata des produits, qui ne le seront pas, en raison de la cessation des commandes. Ajoutons que pour le cas où l'entreprise victime ne se défait que de l'un de ses partenariats, l'imputation des coûts devra également se faire au prorata du chiffre d'affaires réalisé avec l'auteur de la rupture. Cette suite de calculs impose que la victime soit accompagnée.

637. La fourniture biaisée d'éléments par la victime tendant à minimiser ses dommages et intérêts. Le recours à l'expertise comptable et financière a précédemment été observé pour présenter la fourniture des éléments de l'assiette du calcul de l'indemnisation du préjudice subi par la victime. Nous y revenons brièvement pour rendre compte de la situation, à plusieurs égards, inégales entre les parties. Tout d'abord, seule la victime peut livrer les éléments relatifs aux coûts qu'engendre le fonctionnement de sa structure²⁰⁰⁸. Même soumis à contestation, il sera difficile pour l'auteur de la rupture, en défense, d'établir différemment une marge ou un taux de marge sans avoir accès aux données comptables²⁰⁰⁹. Le taux de marge présenté par la victime peut

²⁰⁰⁷ A. FOURMENT, D. BATUDE, Préjudice découlant de la rupture brutale de relations commerciales établies – Plaidoyer pour une prévisibilité des calculs prétoriens, CCC, déc. 2015, 16, n°10 – La perte de marge, p. 8.

²⁰⁰⁸ *Ibid.*, in fine, p. 10 : « *On peut assez souvent observer que les juges retiennent comme moyen de preuve du niveau de marge indemnisable une attestation de l'expert-comptable de l'entreprise victime, document qui ne présente pas toutes les garanties d'indépendance et qui atteste d'une marge arrêtée au niveau qui plaira à son client faute de définition claire du niveau de marge qu'il convient de prouver.* » Si nous sommes en accord avec le caractère partiel de l'indépendance entourant les documents attestant la marge commerciale, nous refusons de considérer la partialité de la profession, dotée d'un ordre professionnel et composée par des membres assermentés.

²⁰⁰⁹ S. REGNAULT, Indemnisation du préjudice résultant de la rupture brutale : en-deçà de la marge brute, AJCA n°04 du 17 avr. 2019, p. 186. Afin que l'auteur de la rupture accède aux pièces comptables, grâce auxquelles il pourra également établir un taux de marge, Maître Regnault recommande de recourir aux articles 142, 138 et 139 du Code de procédure civile. Ces articles intéressent l'administration judiciaire de la preuve et permettent « *de solliciter du juge qu'il ordonne la communication des éléments de preuve détenus par la victime de la rupture, créancière de l'indemnité, ou de solliciter la désignation d'un expert avec mission d'évaluer le quantum du préjudice.* »

toutefois être comparé à ceux édités pour certains secteurs²⁰¹⁰. Cependant un biais demeure quant à la fourniture des éléments de calcul par l'expert-comptable, contractuellement lié à la victime. C'est à la victime qu'il appartient d'apporter les éléments pour affiner le calcul, mais ses efforts en ce sens peuvent être délibérément limités en raison de la minimisation consécutive de son indemnisation ²⁰¹¹. Effectivement, l'affinement du calcul dépend des données comptables transmises par la victime, dans ce contentieux, elle n'a que peu d'intérêt à aller en ce sens. Nous rejoignons la proposition de praticiens de confier ce pan indemnitaire à une expertise indépendante.²⁰¹²

638. Un calcul pragmatique. L'affinement du calcul global de l'indemnisation de la victime doit passer par son affinement mais il semble déraisonnable de vouloir le rendre exact. Le stade de l'exactitude ne sera jamais atteint en raison des estimations nécessaires et de la persistance d'un biais lié à la fourniture des éléments du calcul par la victime et son expert-comptable. Pour parvenir à l'obtention du résultat d'exploitation, les calculs s'accroissent mais demeurent à la portée des professionnels de la comptabilité. En ce sens, la complexité n'est pas synonyme d'impossibilité ; l'atout du calcul retenu est de pouvoir être adapté à un ensemble d'opérateurs. Le résultat d'exploitation représente l'activité courante de l'entreprise et est le plus à même de représenter son gain, retraité des charges nécessaires pour l'obtenir.

B. La combinaison du chiffre au droit

639. Des préconisations pour un calcul affiné. Pour rendre le calcul plus proche des réalités économiques, nous rejoignons la méthodologie de la Cour d'appel de Paris dans la mesure où elle préconise de soustraire une partie des coûts variables et fixes de la marge de l'activité commerciale. Pour nous, cela revient à retenir le résultat d'exploitation. La diffusion d'une méthodologie s'inscrit dans une remarquable initiative pédagogique. Cette qualité manifeste ne peut pourtant pas occulter certains défauts. D'une part, la méthodologie existante est incomplète et d'autre part, elle relève du « *droit mou* » et, en ce sens, n'est pas contraignante. Pour entourer le

²⁰¹⁰ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 26 oct. 2011, n°09/10971 : « *le taux de marge brute afférent au secteur d'activité doit être évalué à 40%* ». En l'occurrence, le secteur d'activité est celui des transports, secteur pour lequel sont édités des taux de marge, renseignés par secteurs spécifiques d'activités (transports terrestres et transport par conduite, transport ferroviaire interurbain de voyageurs, transports ferroviaires de fret, etc.) et mis en ligne sur le site internet de l'INSEE ; tableau récapitulatif consulté depuis l'URL : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2015946>, le mer. 13 mai 2020. Il est intéressant de confronter le taux renseigné par la victime de rupture brutale au taux de marge du secteur duquel il relève, pour déceler certaines disproportions, qui tendraient à rendre compte que la marge a été manipulée afin d'accroître l'indemnisation.

²⁰¹¹ A. FOURMENT, D. BATUDE, *ibid.* n°10 – La perte de marge, p. 9 : « [...] *la victime de la rupture n'a rien à gagner en descendant dans l'analyse détaillée de son compte d'exploitation devant le juge car cette analyse ne peut aller que dans le sens d'une minoration du calcul de son préjudice.* »

²⁰¹² *Ibid.*, *in fine*, p. 10.

calcul d'une sécurité et prévisibilité juridiques, un contrôle plus strict doit s'opérer. La Cour de cassation doit procéder au contrôle lourd du calcul du gain manqué. Elle ne peut systématiquement se retrancher derrière l'appréciation souveraine des juges du fond. S'il leur appartient d'établir l'existence du préjudice et d'en estimer l'étendue de son évaluation, il revient au juge du droit d'imposer les principes de la mesure. Ainsi, il revient aux juges du droit de contrôler les agrégats comptables du calcul du préjudice (1). Néanmoins la rédaction du dispositif dessert l'intervention, même la plus accrue, en la matière. C'est pourquoi nous pensons que la voie législative est à privilégier pour une refonte du texte. Nous abordons la voie de la réforme pour qu'en premier lieu soit déterminé un nombre d'exercice de référence pour calculer la moyenne du résultat d'exploitation. Pour rendre compte de la non-égalité entre le gain manqué et celui qui aurait dû être réalisé, nous recommandons d'insérer un coefficient d'incertitude dans la formule du calcul du gain manqué (2).

1. Le contrôle de la base du calcul

640. L'absence de limitation de la réparation. L'article L. 442-1, II du Code de commerce prévoit un cas exonératoire de responsabilité en faveur de l'auteur de la rupture respectant un préavis de dix-huit mois.²⁰¹³ Avant d'être entériné en tant que tel, il a été envisagé différemment. La DGCCRF a formulé une proposition alternative selon laquelle « *En cas de litige entre les parties sur le préavis, la durée de préavis fixée par le juge ne peut excéder un an*²⁰¹⁴ ». La limitation faite au juge de ne pas pouvoir octroyer un préavis au-delà d'une année aurait inévitablement eu pour conséquence la limitation de la réparation du préjudice. Effectivement, en rappelant que le calcul de l'indemnisation repose sur un produit, le coefficient multiplicateur du temps se serait impérativement situé entre un et douze, correspondant aux mois de préavis tel que bornés par le dispositif. La proposition de rédaction de la DGCCRF n'a-t-elle pas été retenue en raison de son caractère doublement limitatif ? Les limitations atteignent le pouvoir souverain des juges et l'indemnisation, ni l'une ni l'autre ne semblent envisageables pour notre matière, alors qu'elle existe dans d'autres²⁰¹⁵.

641. L'impossible limitation de l'indemnisation sans plafonnement de préavis imposé au juge. Les dispositions d'encadrement des ruptures brutales ne sont pas contraignantes vis-à-vis

²⁰¹³ Art. L. 442-1, II, al. 2 C. Com.

²⁰¹⁴ DGCCRF, Propositions de modifications des articles du Titre IV du Livre IV du code de commerce, p. 19, colonne centrale intitulée : Proposition de texte consolidée, consulté depuis l'URL :

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/profil_entreprises/doc/Tableau-ORDO-Art-17-avec-442-6-210118.pdf, le mer. 13 mai 2020.

²⁰¹⁵ Spécifiquement en droit social, l'indemnité versée au salarié en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse suit un barème. Il est établi en fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise et en fonction du nombre de salariés de l'entreprise.

du juge : il conserve la possibilité d'apprécier un préavis suffisant d'un délai supérieur à dix-huit mois. Proportionnelle à la suffisance du préavis, librement appréciée par les juges, l'indemnisation se trouve donc illimitée. Le plafonnement de l'indemnisation est-il dès lors envisageable ? Sans limiter la durée de préavis qui peut être octroyée par le juge, on ne pense pas que ce soit possible, en raison du calcul retenu et de ses éléments. Basé indirectement sur le chiffre d'affaires, il est inopportun de vouloir contenir une indemnisation dépendant nécessairement de l'importance des litigants et de leur volume d'affaires. Même en prenant en considération les différentes catégories des entreprises, leurs secteurs d'activité, bon nombre d'autres et divers critères entrent en jeu et ne peuvent être précisément recensés pour établir des périmètres étanches. En considérant qu'un plafonnement de l'indemnisation n'a pas lieu d'être, on souscrit alors à la répartition du fait et du droit en matière de préjudice.

642. La répartition de la base de calcul et de l'évaluation du préjudice entre droit et fait.

Dans sa thèse consacrée à la mesure du préjudice contractuel²⁰¹⁶, Monsieur Andrea Pinna « *suggère fort habilement de différencier la base de calcul du préjudice, qui est une question de droit, de l'évaluation du préjudice qui est une question de fait*²⁰¹⁷ ». Une partie de la doctrine y fait écho²⁰¹⁸, remettant au centre du débat l'identification du préjudice réparable²⁰¹⁹. Sans vouloir remettre en cause l'un des principes fondamentaux de la réparation, celle-ci ne peut pas intégralement dépendre du pouvoir d'appréciation des juges du fond²⁰²⁰. S'il appartient aux juges d'apprécier souverainement l'existence et l'étendue du préjudice²⁰²¹, la base et les éléments du calcul en sont exclus. Dans l'ordre, il faut d'abord convenir des principes de mesure avant de procéder à l'opération de mesure elle-même²⁰²². La distinction fait nécessairement s'opposer ceux à qui il revient d'effectuer ces deux grandes étapes. En d'autres termes, une séparation entre le droit et le fait implique également celle de ses détenteurs, respectivement les juges du droit et les juges du fait. Il revient aux juges de la Cour de cassation d'exercer leur contrôle.

²⁰¹⁶ A. PINNA, La mesure du préjudice contractuel, P.-Y. GAUTIER (préf.), L.G.D.J, Coll. Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, 2017, ISBN n°978-2-275-03015-9, 584 p.

²⁰¹⁷ A. FOURMENT, D. BATUDE, Préjudice découlant de la rupture brutale de relations commerciales établies – Plaidoyer pour une prévisibilité des calculs prétoriens, CCC, déc. 2015, 16, n°10 – La perte de marge, p. 9.

²⁰¹⁸ Not. J. WANG, Le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution, Droit, Université du Droit et de la Santé, Lille II, 2018, D. VOINOT (dir.), thèse consultée depuis l'URL : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02523436/document>, le mer. 13 mai 2020.

²⁰¹⁹ O. DESHAYES, Le dommage réparable en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie, RLDA n°51, 01 juill. 2010, pp. 98-107, spéc. p. 99.

²⁰²⁰ O. DESHAYES,

²⁰²¹ C. YVES, L'évaluation du préjudice en cas de perte de gains, Revue internationale de droit comparé, vol. 38, n°2, avr.- juin 1986, Études de droit contemporain. Contributions françaises au 12^e Congrès International de droit comparé (Sydney-Melbourne, 18-26 août 1986), pp. 441-465, spéc. n°8, p. 443.

²⁰²² A. PINNA, La mesure du préjudice contractuel, p. 4 : « *La détermination des principes de mesure, c'est-à-dire l'établissement d'une base de calcul de la réparation, est un préalable à l'opération de mesure proprement dite, qui est celle qui aboutit à l'évaluation du préjudice. La base de calcul permet de déterminer ce qui doit être pris en compte pour attribuer au préjudice une contrepartie monétaire.* », cité par J. WANG, Le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution, *ibid.*, n°738, p. 276.

643. Le nécessaire contrôle de la Cour de cassation. La réticence²⁰²³ de la Cour de cassation à fournir les principes de calcul du préjudice de la rupture brutale transparaît à travers ses arrêts²⁰²⁴. Toutefois cette tendance serait à même de régresser à l'aune d'arrêts plus récents, marquant notamment son ralliement à la méthodologie employée par la cour d'appel de Paris²⁰²⁵. Les juges du droit semblent désormais enclins à retenir le calcul de la marge de façon à y retrancher certains coûts variables et coûts fixes. L'affinement du calcul de l'indemnisation est permis par la réitération des décisions en ce sens. La diffusion des fiches méthodologiques de la cour d'appel de Paris contribue à rendre le mode de calcul intelligible et le rend accessible au plus grand nombre. Toutefois, même en ayant accès aux recommandations, aux conseils, aux préconisations, les jugements et les arrêts peuvent s'en écarter. Ces procédés issus du droit mou ne sont pas contraignants. L'ensemble est donc toujours susceptible de varier en fonction de la casuistique, accrue en la matière. Pour offrir une véritable prévisibilité aux litigants, le contrôle de la Cour de cassation, même nécessaire, semble insuffisant pour répondre à cet impératif. La voie législative offrirait davantage de garanties de sécurité juridique, à condition néanmoins de veiller à une rédaction adéquate.

644. Une refonte du texte par voie législative. La réforme de 2019 a déçu à plusieurs égards. Les modifications par voie d'ordonnance de certaines dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce n'ont pas donné lieu à un ensemble de travaux préparatoires, nécessaires pour des transformations d'envergure. Compte tenu des nombreuses dérives d'application du dispositif, il ne s'agit plus de le modifier mais d'envisager de le transformer profondément. Le législateur doit, en autres mesures, se saisir des modalités de calcul du gain manqué. Il lui appartient de décider d'y inclure des agrégats comptables pouvant servir de référence au plus grand nombre. Pour nous, l'agrégat le plus à même de représenter le volume d'activité, en considération des activités habituelles déployées par l'entité, est le résultat d'exploitation. De surcroît, le détail des retranchements des coûts variables et coûts fixes évités du fait de la cessation brutale de relation commerciale établie doit être fourni. Enfin, une attention particulière doit être portée sur l'élément crucial du nombre d'exercices de référence. Il est inconcevable de laisser perdurer les disparités observées, faisant varier l'indemnisation du simple à plus du double. Il est donc essentiel que le

²⁰²³ A. FOURMENT, D. BATUDE, Préjudice découlant de la rupture brutale de relations commerciales établies – Plaidoyer pour une prévisibilité des calculs prétoriens, CCC, déc. 2015, 16, n°10 – La perte de marge, p. 9.

²⁰²⁴ V. not. (jurisprudences citées par O. DESHAYES, *ibid*) : Cass. Com., 25 juin 2002, n°99-19.121, « Mais attendu que la cour d'appel a apprécié souverainement l'existence et l'étendue du préjudice de la société [victime] » ; Cass. Com., 07 juill. 2004, n°03-11.472 : « *la cour d'appel a fixé la durée du préavis à six mois et apprécié le montant des dommages-intérêts propres à réparer le dommage qu'elle a estimé causé par la brusque rupture, justifiant légalement sa décision, sans avoir à entrer dans le détail de l'argumentation* », D. n°02 du 13 janv. 2005, p. 153 ; Cass. Com., 15 sept. 2009, n°08-19.200, en l'espèce les juges de la Cour de cassation n'ont pas admis le second moyen du pourvoi portant précisément sur l'indemnisation du préjudice subi.

²⁰²⁵ Cass. com., 23 janv. 2019, n°17-26.870, J.-D. n°2019-024907, dix ans auparavant la première chambre civile de la Cour de cassation retenait audacieusement que « *la réparation intégrale du préjudice impose de prendre en compte la marge commerciale brute dont la victime du dommage a été privée* » lors d'un abus de droit de résiliation. Cass. civ. 1ère, 22 janv. 2009, n°07-21.233

législateur choisisse un nombre précis et invariable d'exercices de référence. Pour en terminer avec les modalités de calcul de l'indemnisation de la brutalité de la rupture, on souhaite y ajouter un coefficient d'incertitude, témoin de l'analyse contrefactuelle, devant être menée dans son ensemble, vis-à-vis de la victime et vis-à-vis de l'auteur de la rupture.

2. L'insertion d'un coefficient d'incertitude

645. Les éléments convergents de la réparation. Les solutions jurisprudentielles s'accordent à réparer la brutalité de la rupture en indemnisant la victime du gain manqué pendant le préavis suffisant qui ne s'est pas tenu. De cette affirmation on tire plusieurs remarques. En premier lieu et en dehors du cadre contractuel, la victime ne dispose pas de droit acquis à un certain déroulement des choses. Ce qui n'a pas été prévu ne saurait être tenu pour exécutable ou réparable. Il en découle, en second lieu, que personne ne détient l'absolue connaissance de savoir comment les relations établies auraient continué si elles n'avaient pas cessé brutalement. Il n'appartient ni au demandeur d'abonder dans la perspective d'activités florissantes, ni au défenseur de déprécier l'importance du courant d'affaires, ni même au juge de décider d'après les éléments passés ce qu'il aurait pu advenir dans l'avenir. En troisième lieu, respectant les enseignements de la loi des grands nombres, « *il est scientifiquement interdit de déduire la perte des revenus consécutive au dommage du niveau antérieur de ces revenus*²⁰²⁶. » Il est d'autant moins nécessaire de défier cette interdiction que le juge dispose de l'ensemble des éléments postérieurs à la rupture brutale. Il lui suffirait de modifier le moment de l'appréciation de la brutalité pour éviter toute dénaturation des dispositions et approcher ce qui a été, plutôt que ce qui aurait pu être.

646. L'interdépendance du préavis. La raison d'être de l'encadrement des ruptures brutales est de permettre à leurs victimes de se reconvertir. Le dispositif a été vidé de son sens tant son application s'inscrit dans un mouvement résolument inverse à la finalité annoncée. Le préavis consiste dans une information donnée préalablement à la modification d'une situation. L'obligation, faite à la partie à l'initiative d'une cessation de relation, est d'avertir et d'octroyer un temps de préavis afin que le destinataire de l'information s'emploie à prendre toutes les mesures nécessaires à la continuation de ses activités. L'avertissement n'a de sens que s'il s'accompagne de certaines réactions chez l'averti. À défaut, la multiplication des avertissements, l'allongement du temps dédié ne susciteront pas davantage de réaction chez l'informé si l'inertie le paralyse. Au lieu de prendre la mesure de l'interdépendance de la mesure d'avertissement et de protéger l'informateur diligent,

²⁰²⁶ V. HEUZE, Une reconsidération du principe de la réparation intégrale, in Colloque de la Cour de cassation, 2005, Cycle Risques, assurances, responsabilités, troisième restitution publique : « Incertitude et réparation », consulté depuis l'URL : https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2005_2033/reparation_integrale_8065.html, le jeu. 14 mai 2020.

toutes les attentions ont été portées vers la victime. On accentue volontairement le propos, mais dans cette voie, on est rejoint par certains praticiens évoquant, pour viser l'indemnisation de la brutalité, « *une prime à la dépendance*²⁰²⁷ ».

647. La dénaturation artificielle des dispositions. En fixant le moment de l'appréciation de la brutalité au moment où jour où la partie évincée est informée, le juge se prive volontairement de l'ensemble des éléments postérieurs à cette annonce. Il soustrait de son appréciation les réactions provoquées chez l'informé, et plus important encore, les actions qui ont suivi ses réactions. Le dispositif se veut incitatif car il existe pour soutenir la reconversion de la partie délaissée. Faut-il dès lors considérer que le juge détourne sciemment le dispositif de son dessein, qu'il en fait une application *contra legem* ? On ne peut pas se résoudre à concevoir une réponse positive, laquelle serait certainement excessive. Pour répondre à leur objectif d'assurer une reconversion, les dispositions devraient, d'une part, l'inclure explicitement et d'autre part, s'y limiter. Mais en lieu et place d'une rédaction précise, délimitant son application à des cas avérés de forces asymétriques, la plasticité des termes choisis commande une extension d'application au plus grand nombre. Loin de remettre en cause la raison d'être des dispositions, elles devraient probablement être circonscrites à des relations où la dépendance est avérée. En conséquence, il faudrait faire de la dépendance une condition d'application. Faute de délimitation, les dispositions sont dénaturées, atteignent le plus grand nombre et ne contiennent aucune disposition en faveur de la reconversion. Pour partie empêchés d'embrasser cette conception, faute de disposition, les juges ont imposé une autre vision. Les changements successifs n'enrayent par le mouvement entrepris, il est donc concevable qu'il se poursuive. Dans cette voie, on a souhaité affiner le calcul de l'indemnisation et désormais le limiter au moyen d'un coefficient d'incertitude.

648. La prise en considération des incertitudes. La réparation de la brutalité repose sur ce que la partie évincée n'a pas perçu pendant le temps de préavis qui ne lui a pas été octroyé. L'analyse des juges est contrefactuelle. Ils doivent livrer l'examen de la situation telle qu'issue d'une rupture non-brutale. Pour ce faire, ils fixent la durée du préavis qu'ils considèrent comme suffisant et indemnisent la victime à hauteur de ce qu'elle aurait dû percevoir pendant cette période. En d'autres termes, ils compensent le gain manqué, par celui qui aurait dû être perçu, si le préavis suffisant s'était déroulé. La proposition conditionnelle « *si* » marque ce qui aurait dû être mais ce qui n'a pas été. Pour la réparation, les juges doivent reconstituer ce qui aurait pu être et non ce qui aurait dû être, faute de pouvoir prédire ce qu'il aurait pu effectivement se passer²⁰²⁸. L'incertitude

²⁰²⁷ A. FOURMENT, D. BATUDE, Préjudice découlant de la rupture brutale de relations commerciales établies – Plaidoyer pour une prévisibilité des calculs prétoriens, CCC, déc. 2015, 16, n°4. La prime à la dépendance, p. 7.

²⁰²⁸ En procédant ainsi, les juges doivent tenir compte des autres éventualités. Nous retrouvons, de façon parallèle, les mêmes problématiques s'agissant de l'indemnisation de la victime immédiate pour perte de sa capacité de gains. Développées

émanant du préavis qui n'a pas été exécuté innerve jusqu'au gain que la victime pouvait espérer retirer de la continuation de la relation commerciale établie pendant le préavis. Faire dépendre un gain manqué de ce qui aurait pu se passer l'affecte lui-même d'une incertitude. Pour le traduire en termes mathématiques, il faut considérer l'existence de probabilités²⁰²⁹.

649. Les probabilités de réalisation des hypothèses. S'il faut considérer l'exécution du préavis suffisant pour reconstituer le gain manqué, il faut l'envisager parmi d'autres hypothèses. Il est probable que cette hypothèse se réalise, comme d'autres le sont, et comme d'autres peuvent l'atteindre. Lorsque la partie à l'initiative de la rupture octroie un préavis, son partenaire peut décider, durant celui-ci, le redéploiement de certaines activités, leur cessation, d'investir en recherche et développement, de donner suite à des sollicitations en situation d'attente, ou, au contraire les infirmer. La liste des possibilités d'action de la partie évincée est longue et non-exhaustive. Il faut non seulement considérer l'importance du nombre de choix auxquels sont confrontés les entreprises mais aussi leur caractère dynamique permanent. Ces choix sont autant d'opportunités et de non-opportunités, variant de l'une à l'autre au gré des évolutions endogènes²⁰³⁰ et exogènes²⁰³¹ à l'entreprise²⁰³². Par ailleurs, le gain manqué ne peut exactement correspondre à la moyenne des gains antérieurs pour une raison supplémentaire d'ordre fiscal²⁰³³. Alors que les gains d'activité sont soumis à imposition, les dommages et intérêts, pour ceux qui relèvent d'une imposition, ne le sont pas en application de taux identiques. En définitive, pour l'ensemble des raisons avancées, il convient de conférer une probabilité de réalisation à chaque hypothèse. Pour notre matière, les possibilités de faire – ou de ne pas faire – de la partie évincée

relativement au milieu des accidents du travail, elles donnent lieu à de profondes difficultés de résolution malgré un « *thème [...] d'apparence facile, voire simpliste* ». Les analyses menées font part de grandes disparités dans l'indemnisation des victimes et de l'absence de méthode pour estimer les préjudices subis. Les traits communs rencontrés ne doivent pas occulter les différences des matières en cause, toutefois, le fait que cette matière ait précédé la nôtre marque la propension des juges à pouvoir s'y référer. Y. CHARTIER, L'évaluation du préjudice ne cas de perte de gains, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 38, n°02, avr.-juin 1986, études de droit contemporain, contributions françaises au 12e Congrès international de droit comparé (Sydney-Melbourne, 18-26 août 1986), pp. 441-465, consulté depuis Persée, URL : https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1986_num_38_2_2426, le jeu. 14 mai 2020.

²⁰²⁹ A. PERROT, Étude de cas, *in* Action en réparation des pratiques anticoncurrentielles : état des lieux en France et dans l'Union 29 mars 2018, Paris, verbatim réalisé par Concurrences non validé par les intervenants (le style oral a été conservé) « [...] ce gain manqué est finalement le résultat d'une distribution de probabilités sur des tas d'évènements » (p.86).

²⁰³⁰ A titre d'illustrations, les évolutions endogènes positives que peut connaître une entreprise peuvent concerner en autres ses facteurs de production (en capital : acquisitions de machines-outils, licence d'exploitation d'un titre de propriété industriel, en travail : recrutement, formation des personnels), un changement de gouvernance, d'actionnariat.

²⁰³¹ A titre d'illustrations, les évolutions exogènes positives que peut connaître une entreprise sont en autres le changement du cadre réglementaire lié à son activité, des découvertes scientifiques, le fait qu'un brevet tombe dans le domaine public.

²⁰³² Nous illustrons l'opportunité et la non-opportunité en considérant la situation factuelle suivante : pour une entreprise spécialisée dans les recherches biologiques, il faut tout autant considérer la chance pour elle de recruter un chercheur disposant des qualités requises pour le développement d'un nouveau traitement curatif, que le risque de devoir de séparer d'un chercheur prometteur, lequel a obtenu une bourse de recherches pour exercer dans un laboratoire concurrent.

²⁰³³ Y. CHARTIER, L'évaluation du préjudice ne cas de perte de gains, *ibid*, p. 449, n°31. Nous mettons en parallèle « *l'économie d'impôt que va faire la victime [d'un accident]. Tandis en effet que ses revenus antérieurs étaient imposables, les dommages-intérêts alloués ne le sont pas* ». La mise en parallèle n'équivaut pas à une correspondance des cas puisqu'il existe des régimes fiscaux différents entre les dommages et intérêts alloués suite à un préjudice d'ordre corporel, moral ou économique. Pour les préjudices économiques, il faudra encore distinguer selon que la réparation est sous forme de capital ou de rente.

pendant le temps de préavis suffisant sont trop importantes pour être exhaustivement énumérées. Par conséquent, on considèrera que la constitution du gain, en référence à l'activité antérieure, est une possibilité parmi d'autres. Il est nécessaire d'affecter la réalisation du gain manqué d'une certaine probabilité.

650. L'indemnisation du gain manqué probable. Faire reposer l'indemnisation du gain manqué par référence aux gains antérieurs est erroné. En considération de la multitude d'éventualités, il est impossible de considérer que le gain manqué sera précisément égal à ce qu'il a été par le passé. Le cadre informel des relations commerciales établies interdit de procéder conformément aux prévisions contractuelles, il doit en être de même au moment de l'indemnisation. Cela impose donc de convoquer toutes les possibilités pour pouvoir opérer une réparation qui se veut intégrale²⁰³⁴. Sans pouvoir les dénombrer précisément, on choisit la voie du coefficient d'incertitude²⁰³⁵. Compris entre zéro et strictement inférieur à un, il multipliera le résultat du produit obtenu pour le gain manqué. Le coefficient ne peut être, ni égal à un, ou ce serait faire fi de toutes les opportunités et non-opportunités décelées, ni égal à zéro car cela annulerait toute indemnisation et le dommage doit être réparé. On l'illustre dans un exemple chiffré.

On reprend les données de l'arrêt précédemment cité pour mettre en évidence la variation de l'indemnisation en fonction du nombre d'exercices retenus :

Années (N) (exercice clos au 31 mai)	2008	2009	2010
Marge commerciale annuelle évaluée (€)	43 679,19	31 912,74	164 431,22

En l'espèce, les juges avaient retenu un préavis suffisant de 12 mois, le montant de l'indemnisation correspond donc à la somme des marges annuelles des trois derniers exercices précédents, que l'on divise par trois $((43679,19+31912,74+164431,22)/3 \approx 80\ 007,72)$.

Pour considérer que la réalisation du gain manqué est une probabilité parmi d'autres, on l'affecte d'un coefficient d'incertitude, désigné « C_i ». Il est déterminé par intervalles afin que les juges conservent leur pouvoir d'appréciation :

$0 < C_i < 0,5$	$0,5 \leq C_i < 0,6$	$0,6 \leq C_i < 0,7$	$0,7 \leq C_i < 0,8$	$0,8 \leq C_i < 0,9$	$0,9 \leq C_i < 0,95$	$0,95 \leq C_i < 1$
-----------------	----------------------	----------------------	----------------------	----------------------	-----------------------	---------------------

²⁰³⁴ V. HEUZE, Une reconsidération du principe de la réparation intégrale, in Colloque de la Cour de cassation, 2005, Cycle Risques, assurances, responsabilités, troisième restitution publique : « Incertitude et réparation », consulté depuis l'URL : https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2005_2033/reparation_integrale_8065.html, le jeu. 14 mai 2020.

²⁰³⁵ Plusieurs auteurs l'ont abordé : J.-S. BORGHETTI, La perte de chance, rapport introduction, LPA 31 oct. 2013, p. 3. N. DISSAUX, Centrales et groupements d'achat et de référencement – Relations externes, in L. VOGEL (dir.), Rép. de droit commercial, Dalloz, juin 2016, spéc. 295. C. MOULY-GUILLEMAUD, Rupture brutale : La Cour d'appel de Paris admet une nouvelle fois le cumul des indemnisations de la rupture fautive d'un CDD et de la rupture brutale de la relation (Les Maçons parisiens / Instantané), 17 décembre 2021, concurrences n°1-2022, art. n°105537, à propos du « coefficient de marge brute ».

En fonction de l'intervalle retenu, les juges appliquent le coefficient d'incertitude au montant du gain manqué. Ils justifient leurs choix avec les critères dédiés (*infra*) et peuvent ajouter une décimale pour affiner le calcul. Ils obtiennent alors le montant de l'indemnisation correspondant dès lors au montant du gain manqué probable.

				Gain manqué x C _i = Montant du gain manqué probable			
0,5	≤	C _i	<	0,6	80 007,72 x 0,5	≈	40 003,86
0,6	≤	C _i	<	0,7	80 007,72 x 0,6	≈	48 004,63
0,7	≤	C _i	<	0,8	80 007,72 x 0,7	≈	56 005,40
0,8	≤	C _i	<	0,9	80 007,72 x 0,8	≈	64 006,18
0,9	≤	C _i	<	0,95	80 007,72 x 0,9	≈	72 006,95
0,95	≤	C _i	<	1	80 007,72 x 0,95	≈	76 007,33

651. Les formules. Dans l'exemple pris, le préavis suffisant a été fixé à douze mois, ce qui permet de faire le calcul à partir de la marge commerciale annuelle mais ce qui ne permet pas d'appliquer la formule fournie au début de cette section. On la rappelle et on la complète avec le coefficient d'incertitude :

Marge mensuelle moyenne x nombre de mois de préavis = Montant du gain manqué

(Marge mensuelle moyenne x nombre de mois de préavis) x C_i = Montant du gain manqué probable

652. La proposition de répartition des coefficients. Nécessairement inférieur à un, le coefficient d'incertitude va diminuer l'indemnisation. Il doit en être ainsi pour rétablir la non-égalité qu'il existe entre le gain espéré²⁰³⁶, le gain manqué et les dommages et intérêts versés à la victime.

²⁰³⁶ P. DEHEUVELS, La probabilité, le hasard et la certitude, PUF, « Que sais-je ? », 2017, 128 p., ISBN n°978-2-130-79504-9, Chapitre III : Espérance de gain dans un jeu de hasard ; loi des grands nombres de Bernoulli, p. 21 « *La notion d'espérance a été initialement introduite par Huygens en 1657, dans son traité De Ratiociniis in Aleae Ludo (De la logique du jeu de dé). Le nom d'espérance y apparaît en latin sous le nom de « expectatio », avec l'interprétation d'être « le juste prix auquel un joueur accepterait de céder sa place dans une partie ». L'interprétation étymologique choisie par Huygens pour expliquer la notion d'espérance est « expectatio », elle désigne « le juste prix auquel un joueur accepterait de céder sa place dans une partie ». L'espérance de gain nourrie par la partie évincée peut s'apparenter à cette interprétation. En assignant l'auteur de la rupture brutale, la victime entend obtenir la réparation de l'état duquel elle a été privée. Cet état correspond à sa place au sein de la relation commerciale établie, un courant d'affaires stables, suivi et habituel dont elle tire une partie de ses gains. Elle accepte d'en sortir à condition que cet état soit compensé par ce qu'elle aurait pu en retirer, si la relation s'était poursuivie. Lorsque des auteurs élèvent des critiques relatives à l'indemnisation, et son importance considérable, certains la désignant comme une « rente » (C. GRIMALDI, Rupture brutale d'une relation commerciale établie et influence de la reconversion du partenaire éconduit, JCP G. du 14 mars 2016, n°11, p. 288). Le gain manqué fonde chez la victime l'espérance d'une rente sous la forme d'une compensation satisfaisante. Il faut que les dommages et intérêts que la victime entend toucher la replace dans une situation lui offrant les mêmes opportunités. Inscire sa démarche contentieuse dans de tels espoirs la rend illusoire, mais force a été d'observer que l'accueil massif de certaines demandes en ce sens de la part des juges ont contribuer à fonder quelques illusions.*

Compris entre 0,1 et 0,9, le coefficient d'incertitude va impacter négativement le montant indemnitaire, et ce, pour seulement prendre en considération la probabilité de réalisation du gain manqué. Plus le coefficient tendra vers 0,9 moins la diminution sera importante, à l'inverse, plus le coefficient s'approchera de 0,1, plus la diminution sera importante. Il ne nous semble pas faisable de déterminer un seul coefficient d'incertitude pour tous les cas d'espèce portés devant les contentieux. Il ne rendrait pas compte des spécificités propres à chaque litige. Cela ferait demeurer un biais : celui d'une indemnisation trop importante envers certaines parties. En procédant par intervalles, l'appréciation de la casuistique est conservée. Il s'agit de faire varier l'indemnisation en fonction des opportunités et des non-opportunités de reconversion. C'est pourquoi, pour le passage à un intervalle avec un coefficient plus grand se fait par la vérification de critères livrés à l'appréciation des juges.

653. Les critères des intervalles de répartition du coefficient. Bon nombre de critères de la situation de la victime ont déjà été appréciés tout au long du contentieux par les juges de la rupture brutale. Ils y recourent pour apprécier la durée de préavis suffisant et pour estimer le montant des dommages et intérêts. Il n'est que peu – voire pas – tenu compte de la situation de l'auteur de la rupture. Nous pensons qu'il y a un rapport positif à établir entre la prévenance de l'auteur et le temps de reconversion. Plus l'auteur s'est montré diligent plus il doit en être tenu compte. La traduction sur le coefficient d'incertitude envisagé sera alors une diminution. Par ailleurs, les juges doivent pouvoir aussi faire varier le coefficient en fonction des hypothèses exogènes susceptibles de se réaliser. Les hypothèses endogènes ne n'entreront pas forcément en compte, sauf à faire doublon en ayant déjà été envisagées lors des étapes visées précédemment. C'est une dérive déjà relevée et qu'on ne veut pas répéter. Comme dans certaines de leurs solutions, les juges doivent envisager la présence d'aléas et le contexte économique.

654. La détermination des intervalles. Il ne s'agit pas de baisser drastiquement l'indemnisation à laquelle les victimes de rupture brutale ont droit, c'est pourquoi on n'envisage pas un coefficient d'incertitude inférieur ou égal à 0,5. Cela reviendrait à diminuer de moitié le montant de la réparation et nous ne sommes pas certains que des circonstances puissent le justifier²⁰³⁷. Les intervalles seraient donc délimités de 0,1 en 0,1 à partir de 0,5.

*
**

²⁰³⁷ Il faut tout de même considérer le cas d'une dépendance délibérée de la partie évincée avec l'auteur.

Conclusion du chapitre 2

655. Avertir sur un système de contentieux s'alimentant lui-même. La limitation de la réparation aux conséquences de la brutalité a pu sembler mise en échec par la pluralité des titulaires d'actions engageant la responsabilité de l'auteur mais cela a pu être nuancé en montrant que certaines actions ont peu de chance d'aboutir. Le cumul d'actions, sur les fondements d'une rupture brutale de relation établie et d'une inexécution contractuelle, est théoriquement possible encore faut-il qu'en pratique l'entreprise évincée parvienne à démontrer des préjudices distincts. Par contre, les dispositions de l'article L. 442-1, II du Code de commerce permettent aux victimes indirectes d'introduire des actions, en se prévalant de ruptures partielles. Le dédoublement de la rupture brutale est légal, mais il semble gangréner tout un ensemble de relations, en les précipitant dans un contexte contentieux. De ce point de vue, l'enchaînement peut sembler vertigineux car les conséquences néfastes produites inévitablement par une rupture brutale ne se limitent pas aux entreprises concernées, mais s'étendent indirectement aux actions d'entreprises liées aux entreprises concernées. Telles qu'elles sont conçues les dispositions ne se limitent pas à résoudre une situation litigieuse mais en soulèvent d'autres, qu'elles auront aussi à résoudre.

656. Affiner le calcul pour contrebalancer une réparation dispendieuse attrayante. Le préjudice est automatique. Il donne lieu à la réparation d'un gain manqué complètement déconnecté de la non-réalité dans laquelle il s'insère. Plusieurs des éléments du calcul indemnitaire ont été laissés à l'appréciation souveraine des juges du fond. En réponse, certains doivent leur être retirés. C'est davantage une question de droit que de chiffre à proprement parler car ce devrait être au législateur d'indiquer les modalités de l'évaluation. Le nombre d'exercices de référence à retenir devrait être précisé. Les coûts fixes évités du fait de la rupture brutale devraient être obligatoirement soustraits de l'indemnisation. On a aussi proposé l'insertion d'un coefficient d'incertitude, affectant le montant de l'indemnisation, conformément au fait qu'il ne s'agit que d'une perte de chance pour l'entreprise évincée de n'avoir pu se réorganiser, sans aucune certitude que le préavis jugé suffisant lui aurait permis de le faire. L'auteur, d'abord empêché de déterminer le préavis suffisant, encourt ensuite le risque d'une action contentieuse indemnitaire, dont les modalités de réparation du préjudice sont exagérément favorables aux victimes. Se retrouvant face à une indemnité conséquente, l'auteur devra prendre des mesures pour ne pas se retrouver lui-même en difficulté. Les conséquences de la rupture de la relation établie atteindraient ainsi l'entreprise évincée et l'auteur. On se trouve au seuil d'une autre conséquence, qui ne semblait pas devoir paraître dans des contentieux bilatéraux, mais qu'il faut désormais envisager : eu égard au marché, en vérifiant que les dispositions sont défailtantes à le protéger.

Conclusion du titre 1

657. Montrer que l'opportunité des poursuites contre l'auteur est d'autant plus grande que ce dernier est le plus souvent dans l'impossibilité de connaître tous les éléments dont le préavis suffisant doit tenir compte. Pour ne pas voir sa responsabilité engagée, l'auteur, préalablement à la rupture d'une relation établie, doit octroyer un préavis suffisant. Selon l'article L. 442-1, II du Code de commerce, le préavis doit tenir compte, notamment, de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels²⁰³⁸. Littéralement, c'est le préavis qui doit en tenir compte. Étant donné que ce préavis doit être octroyé par l'auteur, c'est à lui qu'il revient d'en tenir compte (pour que le préavis en tienne compte). La répétition n'aurait pas lieu d'être, et cela devrait revenir au même, mais on a montré que l'auteur était empêché d'en tenir compte car il n'est pas toujours en mesure de tous les connaître. Ainsi empêché d'octroyer un préavis suffisant, l'auteur s'expose à des poursuites.

658. Signaler les contentieux en chaîne. Dans le cadre du contentieux, les modalités de l'action sont apparemment étroites dans la mesure où, sauf action du Ministre, seule l'entreprise évincée aurait un intérêt à agir. Cependant, les victimes indirectes ont progressivement été accueillies. L'interdépendance des relations entre entreprises fait qu'une rupture bilatérale peut provoquer une onde de choc. Les entreprises la subissant sont autant de *victimes collatérales*. Elles peuvent se heurter à l'impossibilité de mener à bien la démonstration complète de la relation établie rompue brutalement, à laquelle elles ne sont pas parties, mais dont leur activité dépend. Mais les dispositions leur permettent d'agir directement contre l'entreprise qui a elle-même été évincée, si cette dernière a diminué significativement le volume d'affaires, ou modifier substantiellement les conditions de la relation, en réponse à la rupture qu'elle a elle-même subie. Une rupture pourrait ainsi être à la base de contentieux en chaîne, compte tenu de la double dimension, totale et partielle, prévue par les dispositions.

659. La possibilité laissée aux juges du fond de faire varier le montant du préjudice. Les conditions dans lesquelles la brutalité de la rupture est réparée sont en faveur des victimes dans la mesure où des éléments du calcul sont livrés à l'appréciation des juges du fond alors qu'en tant

²⁰³⁸ C. Com., art. L. 442-1, II, al. 1 : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels ».

que tels, ils forment la base de calcul du préjudice, qui est une question de droit²⁰³⁹. En ayant la possibilité de faire varier le nombre d'exercices de référence, on a montré que les juges du fond peuvent faire varier le montant du préjudice du simple au double. Ils peuvent également retrancher du chiffre d'affaires, dont l'entreprise évincée a été privée, durant les mois de préavis manquants au préavis suffisant, certains coûts qu'elle n'a pas eu à supporter pendant cette même période, mais rien ne les y oblige. Tant que ces éléments cruciaux de calcul ne seront pas encadrés, la dérive liée aux coûts engendrés par la rupture se poursuivra.

660. Envisager les conséquences entraînées par un excès de protection des victimes. Les dispositions sont ainsi faites, et ainsi interprétées, qu'elles protègent excessivement les victimes. Plus importantes sont les chances de ces dernières de voir leurs prétentions accueillies. Plus grand est le nombre des entreprises ayant un intérêt à agir, indirectement ou directement. Plus élevée est la réparation de leur préjudice dont certains des éléments du calcul et l'appréciation revient aux juges du fond. Tous ces éléments, conjugués au contentieux de masse suscité par les dispositions de la rupture brutale, font basculer dans l'excès, dont les conséquences se font ressentir au niveau du marché. Le montant de l'indemnisation est tel pour les auteurs qu'ils le répercutent sur les prix qu'ils pratiquent. Cette dérive a été relevée dans le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 24 avril 2019. À travers elle, on entreperçoit l'atteinte qui peut être portée au marché car, dans ces conditions, la protection des consommateurs n'est plus assurée, dans la mesure où c'est eux qui supportent le surcoût. Mais est-ce là le seul élément propre aux dispositions qui est susceptible d'atteindre le marché ?

²⁰³⁹ A. FOURMENT, D. BATUDE, Préjudice découlant de la rupture brutale de relations commerciales établies – Plaidoyer pour une prévisibilité des calculs prétoriens, CCC, déc. 2015, 16, n°10 – La perte de marge, p. 9, en référence à A. PINNA, La mesure du préjudice contractuel, P.-Y. GAUTIER (préf.), L.G.D.J., Coll. Thèses, sous-coll. Bibliothèque de droit privé, 2017, ISBN n°978-2-275-03015-9, 584 p.

TITRE 2 : LE MARCHE INSUFFISAMMENT PROTEGE

661. L'établissement de liens de causes à effets. Après avoir recensé plusieurs défauts de conception des dispositions étudiées, on se rend compte qu'ils peuvent être liés à certaines de leurs dérives. En particulier, les dispositions n'indiquent pas de façon exhaustive les critères entrant dans l'appréciation du préavis suffisant. Cela aurait eu plusieurs conséquences néfastes, dont celle d'empêcher l'auteur de pouvoir déterminer le préavis suffisant, et celle d'allonger les préavis. En ayant exposé l'auteur au risque, de plus en plus fréquent, d'être attiré en justice, il a aussi souvent été contraint d'indemniser le préjudice, ayant correspondu au temps de préavis qui lui a manqué pour être considéré comme suffisant. Il a également été montré que la réparation était dispendieuse. En définitive, l'auteur a supporté un coût, tel que cela pouvait aussi le mettre en difficulté. En l'ayant été lui-même, il aurait alors fait supporter ce coût aux consommateurs, en ayant élevé le prix de certains de ses produits, ou services, ou de manière indirecte, à un autre intermédiaire, qui aurait fait de même aux consommateurs.

Établir les relations de causes à effets est crucial, tout en sachant que certains effets peuvent avoir différentes causes, et inversement, que les causes peuvent être à l'origine de divers effets. À ce stade d'avancement de la recherche, il est possible d'expliquer certaines des dérives constatées à partir de la conception des dispositions car on a mis en évidence les étapes, et expliqué les éléments nécessaires permettant d'y parvenir. En ayant fait cela, on constate que les dérives ont atteint le marché. Les dispositions seraient ainsi à même de le bouleverser. De façon opposée, elles ne seraient donc plus en mesure de le protéger. On rappelle avoir retenu que, conformément à l'acceptation extensive des pratiques restrictives de concurrence, et, la rupture brutale des relations établies, en tant que telle, pouvait participer à protéger le marché en protégeant les concurrents. Mais s'il faut désormais observer que le marché ne l'est pas, on veut s'en assurer. On s'intéressera à deux des aspects de la rupture brutale qui se rattachent, le plus directement, au marché. Dans les deux chapitres du second titre de la seconde partie, on abordera la reconversion et les litiges de ruptures brutales comportant des éléments d'extranéité.

Le préavis sert la reconversion de l'entreprise évincée. En lui permettant ainsi d'être maintenue sur le marché, ses conditions concurrentielles semblent ainsi être préservées. Mais, à défaut pour la reconversion d'avoir été précisément définie, comment s'assurer que ce maintien est envisageable ? La poursuite de la protection de l'entreprise évincée est affichée mais, dans cette course qui semble effrénée, omettre que cela puisse créer des difficultés chez l'auteur, précipiterait les marchés dans des conditions impropres à en faire un espace où la libre concurrence s'exercerait. Quant à la présence d'éléments d'extranéité dans les litiges de ruptures brutales des relations établies, c'est l'élément déclencheur propre à révéler pourquoi les dispositions de la

rupture brutale des relations établies peuvent représenter un péril en termes de compétitivité sur les marchés.

Pour savoir si les dispositions étudiées sont défailtantes à protéger le marché, on définira d'abord la reconversion pour savoir si cet objectif est soutenable eu égard à l'ensemble des entreprises évincées (chapitre 1). On examinera ensuite le péril que peut représenter l'internationalisation des contentieux de la rupture brutale, et qui serait à même de faire jaillir des défauts de conception, laissés béants depuis l'origine (chapitre 2).

662. Le préavis comme notion fonctionnelle. « *L'objectif principal et initial du délai de prévenance est de limiter l'exercice du droit de résiliation unilatérale pour protéger la partie victime de la rupture*²⁰⁴⁰ ». Les dispositions veillent à la reconversion de la victime car la brutalité de la rupture lui cause des difficultés. Mais sa réparation dispendieuse en cause également à l'auteur.

La reconversion est appréciée indirectement parmi les critères prétoriens pour la fixation du préavis. Les influences sont contraires : les chances de reconversion, dues notamment aux conditions concurrentielles du marché, s'opposent aux obstacles à la reconversion, parmi lesquels figurent entre autres des investissements, risqués s'ils sont très spécifiques. Les juges du fait et du droit s'affrontent sur le point de savoir si la reconversion effective de la victime peut être prise en considération ou si seules ses possibilités peuvent l'être. L'indemnisation d'une victime reconverte est un non-sens pour le dispositif censé la garantir. C'est pourquoi on cherchera à définir la reconversion.

Le terme « reconversion » s'emploie communément pour évoquer un changement de situation professionnelle. De façon semblable, la victime procède à des modifications consécutivement à la rupture brutale. L'étendue des changements est centrale pour la définition recherchée. Lorsqu'ils sont d'envergure, on pourrait y déceler la manifestation de la dépendance entre la victime et l'auteur tandis que si les changements sont mineurs, cette situation pourrait ne pas être aussi prononcée. L'analyse des cas contentieux de rupture ne doit pas occulter le processus dynamique de la concurrence. Les ruptures en font partie et ne donnent pas systématiquement lieu à reconversion.

L'application massive du dispositif porte directement atteinte à la concurrence et indirectement aux consommateurs qu'elle protège. L'allongement des préavis contraint les entreprises à rester dans des relations économiquement insatisfaisantes. La répercussion des coûts indemnitaires sur les propres produits ou services de l'auteur est un contresens. Ces effets néfastes pourraient être freinés en exigeant la caractérisation d'une dépendance économique entre victime et auteur d'une rupture brutale. La préservation de la concurrence pourrait nécessiter de ne protéger que les entreprises dépendantes. Les moyens existants d'y parvenir, comme la justice d'urgence, sont insuffisants en raison de l'unilatéralité déployée en faveur des seules victimes. L'assurance du

²⁰⁴⁰ A. SONET, *Le préavis en droit privé*, F. BUSSY (préf.), PUAM, Coll. Institut de Droit des Affaires, déc. 2003, ISBN n°978-2-7314-0352-7, 404 p, spéc. n°316, p. 156.

risque indemnitaire lié à la condamnation d'une entreprise pour rupture brutale des relations commerciales établies pourrait être une alternative.

La recherche du sens à donner à la reconversion (section 1) requiert que la logique des dispositions soit revue à l'aune des effets néfastes produits par l'extension de son application. La préservation de la concurrence exigerait la seule protection des victimes dépendantes, elle ferait ainsi partie de l'une des protections fournies à titre transitoire (section 2).

SECTION 1 : À LA RECHERCHE D'UNE DÉFINITION DE LA RECONVERSION

663. L'absence de définition d'un objectif implicite. Selon l'article L. 442-1, II du Code de commerce, un préavis suffisant doit être observé pour que les ruptures de relations établies soient loyales. Mais sa lettre n'indique pas explicitement que le préavis doit assurer la reconversion de l'entreprise évincée. Cet objectif lui a été assigné par les juges. Cela ne les empêche pas d'en donner différentes appréciations (§1). Les solutions sont éparses au fond et contradictoires entre fond et droit. La réception de cet objectif fait consensus alors même qu'on ne peut ni d'emblée indiquer ses caractères constitutifs, ni les moyens d'y parvenir. Pour y suppléer, la recherche d'une définition est nécessaire (§2). La reconversion doit être distinguée d'autres notions connexes afin qu'elle puisse revêtir son sens propre.

§1. Des appréciations disparates

664. La reconversion difficilement saisissable. Les juges apprécient la reconversion au moment de fixer la durée suffisante de préavis. À la lecture de leurs décisions, des reconversions paraissent plus faciles que d'autres. L'enchevêtrement de toute une série d'éléments au sein de la reconversion, la rend difficilement saisissable en elle-même. La reconversion concerne-t-elle la victime, ses investissements, ou se manifeste-t-elle seulement en termes d'obstacles (A) ? Par ailleurs, lorsque les juges de la Cour d'appel de Paris considèrent la reconversion de la victime pour estimer la durée du préavis, leurs arrêts sont systématiquement censurés par la Cour de cassation. Les juges du droit font abstraction de tout élément postérieur à la notification de la rupture. Mais la corrélation établie entre la durée du préavis et les possibilités de reconversion est complexe et peut contenir des contradictions. Une reconversion rapide ne s'associe pas avec un état avéré de dépendance économique. Ignorée des juges du droit, la reconversion demeure toutefois toujours aussi attrayante dans les prétoires, la Cour d'appel de Paris ne manquant de la convoquer de nouveau (B).

A. L'appréciation indirecte de la reconversion

665. L'appréciation des différents obstacles à la reconversion. Pour assurer la reconversion de l'entreprise évincée, les juges apprécient différents éléments. Ils concernent non seulement la relation établie rompue mais aussi l'environnement dans lequel elle s'est insérée. Des obstacles peuvent ainsi surgir des particularités d'un secteur d'activité, de la structure du marché en cause ; tandis que d'autres sont plus généraux et concernent les « *délais* » et les « *coûts d'entrée dans une nouvelle relation*²⁰⁴¹ ». S'il faut tenir compte des premiers, les seconds n'emportent pas totalement notre conviction (1). En s'intéressant particulièrement aux amortissements (2), rares sont ceux qui sont véritablement irrécupérables, ou présentent des coûts irrécouvrables. Il ne faudrait pas omettre de considérer les biens mobiliers qui font l'objet d'opérations de crédits-baux, alternative couramment pratiquée par les entreprises, pour se doter de capacités de production.

1. Les influences : des paramètres et des obstacles

666. Une reconversion à paramétrer spécifiquement. La reconversion dépend de plusieurs paramètres. Ils coïncident avec ceux appréciés pour la durée de préavis, dans la mesure où ce temps octroyé doit soutenir la reconversion de la partie délaissée. La Cour d'appel de Paris liste ces paramètres dans sa fiche méthodologique consacrée à la réparation des préjudices résultant de la rupture brutale des relations commerciales établies²⁰⁴². S'il ne s'agit pas de présenter de nouveau l'ensemble des critères, on dédie l'examen à certains d'entre eux. En s'attachant à l'étude particulière de cas, on identifie des problématiques et des outils, dont les justiciables peuvent s'emparer.

667. La structure des marchés dans les enquêtes sectorielles. Un marché concurrentiel est propice aux reconversions²⁰⁴³ tandis qu'un marché concentré les rend plus difficiles²⁰⁴⁴. Le nombre

²⁰⁴¹ Fiche n°9 : Comment réparer les préjudices résultant de la rupture brutale des relations commerciales établies, Cour d'appel de Paris, consultée depuis l'URL :

https://www.cours-appel.justice.fr/sites/default/files/2018-06/Fiche_M%C3%A9thodologique_09.pdf, le ven. 29 mai 2020.

²⁰⁴² *Ibid.*

²⁰⁴³ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 16 fév. 2017, n°15/09463, J.-D. n°0 : « (...) il n'est pas établi pour autant par [la victime] qu'elle ne pouvait pas travailler au profit des numéros 2 et 3 du secteur, ainsi qu'accroître sa reconversion dans les autres parties de l'imprimerie médicale (notices...), voir[e] de l'imprimerie dans d'autres secteurs d'activités ». En l'occurrence, le secteur de l'imprimerie médicale apparaît comme un secteur concurrentiel et diversifié. Dans le même sens, pour le secteur de l'édition promotionnelle, v. CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 02 fév. 2017, n°15/04850, J.-D. n°2017-002436, « la possibilité pour [la victime] de se reconvertir facilement et de s'ouvrir sur un marché facile d'accès, pour des produits identiques, au sein du même groupe ».

²⁰⁴⁴ Pour le secteur concentré de la distribution : CA Versailles, Ch. 12, Sect. 02, 02 déc. 2004, n°03/04269, J.-D. n°2004-267459 : « en matière d'approvisionnement des super et hyper marchés, les concentrations récentes ont diminué le nombre d'intervenants réduisant d'autant les possibilités de trouver un nouveau partenaire ».

d'offres renseigne sur le nombre de partenaires potentiels que la victime pourra démarcher une fois sa précédente relation terminée. Plus ce nombre est restreint, plus les chances de reconversion s'amoinrent. Si la reconversion est possible, elle se conjugue avec un impératif de rapidité. En effet, sans prompt reconversion, la pérennité de l'entreprise est menacée. La connaissance des structures des différents marchés appartient à leurs entreprises. Il est difficile pour l'auteur de la rupture de l'apprécier s'il n'y est pas directement présent. Pour l'aider dans sa quête d'informations, les enquêtes sectorielles menées par l'Autorité de la concurrence peuvent être des ressources très utiles. Toutefois, toutes les entreprises ne pourront y trouver la leur ; leur diversité rend non-exhaustives les enquêtes déjà menées. Le cas échéant, dans ses décisions, l'Autorité livre en détail la présence d'entreprises sur tel marché et renseigne sur l'existence de marchés liés. Ces derniers peuvent être de précieuses indications pour montrer qu'une reconversion est possible : en ajoutant des prestations, en développant certaines branches d'activités liées au même marché²⁰⁴⁵.

668. La combinaison des caractéristiques topiques du marché à d'autres facteurs. Outre la structure du marché, les juges relèvent les qualités propres à certains secteurs. À titre d'exemple, le secteur des transports présente les qualités de dynamisme et de diversité, propres à favoriser la reconversion²⁰⁴⁶. De telles qualités correspondent le plus souvent aux caractéristiques topiques du secteur considéré. Elles doivent être nuancées à la lumière d'autres facteurs. Pour reprendre l'exemple du transport de marchandises, et malgré ses qualités évidentes, les investissements y sont importants. Les opérateurs acquièrent des flottes de véhicules. L'influence des qualités admises ne doit pas occulter certaines autres caractéristiques, elles doivent se combiner les unes avec les autres. En considérant que les qualités d'un secteur découlent de ses caractéristiques, on ne pense pas qu'elles puissent donner lieu à une appréciation subjective, pour d'autres éléments, elle pourrait cependant exister.

Pour le marché monopolistique de la presse : CA Nancy, 2^{ème} ch. com., 22 mars 2006, n°04/01069, J.-D. n°2006-309054 : « compte tenu de l'organisation de la distribution de la presse et des magazines, [la victime] n'avait plus aucune possibilité d'assurer un service de cette nature ».

²⁰⁴⁵ Pour un exemple : les activités de livraison de colis se déclinent selon plusieurs modalités. La première distinction à opérer est celle du point d'arrivée, selon que le colis arrive à domicile ou hors domicile. Pour les livraisons hors domicile, il faut distinguer selon que la livraison arrive directement en bureau de poste, en point relais ou en consigne. La diversification des points d'arrivées représente autant de relais d'activité pour une entreprise ayant concentré ses livraisons vers un seul des points de livraisons présentés. Cet exemple s'appuie sur la décision de l'Autorité de la concurrence n°20-D-06 du 02 avr. 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la livraison de colis.

²⁰⁴⁶ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 14 déc. 2017, n°16/04578, J.-D. n°Ø, les juges y affirment qu'une durée de préavis de deux années est suffisante « pour permettre [au transporteur] de se reconvertir dans le secteur du transport de marchandises dont le dynamisme et la diversité permettent une reconversion dans de courts délais ».

669. L'appréciation subjective des compétences. Dans un arrêt, les juges relèvent la nature de l'activité pour laquelle la compétence est « *recherchée et adaptable*²⁰⁴⁷ ». Les compétences sont reconnues à des personnes dans la mesure où elles représentent leurs aptitudes. On se refuse à les voir associées à un secteur d'activité. Cet abus de langage révèle un biais par lequel la personne peut être considérée lors de la reconversion. Envisager la reconversion d'une entreprise, emmenée par une direction active, peut, apparemment, être plus facile qu'une rupture brutale opérée envers un partenaire à qui l'on avait vraisemblablement indiqué que la relation s'établirait jusqu'à sa retraite²⁰⁴⁸. Les entreprises sont les justiciables des dispositions étudiées, mais devant les juges, elles sont menées par des cheffes et chefs d'entreprises, lesquels ne présentent ni les mêmes compétences, ni des stades d'avancement de carrières similaires.

670. La localisation des marchés porteurs et une prospective biaisée. La localisation des activités est attentivement examinée. À titre d'illustration, les juges de la Cour d'appel de Paris jaugent les possibilités de reconversion en comparant les bassins économiques d'une région du Sud-Est et d'une région du Nord²⁰⁴⁹ ; leur préférence s'établit au Sud. Les limites de l'appréciation de la localisation de marchés porteurs résident dans le décalage entre la période pendant laquelle aurait dû avoir lieu la reconversion (immédiatement après la notification de la rupture d'un préavis suffisant) et le temps ultérieur du litige. En dépit du fait de se replacer à la date de la notification de la rupture, les juges ne sauraient indiquer les perspectives de croissances dans telles ou telles zones géographiques, sans prendre en compte les évolutions qu'elles connaissent. La fixation de l'appréciation de la brutalité à la date de notification du préavis confère une certaine part d'hypocrisie à l'ensemble car personne ne se prononcerait en contradiction avec ce qui s'est ou ne s'est pas passé. Les phénomènes de digitalisation de l'ère numérique ne peuvent aujourd'hui être niés, ils ne peuvent pas non plus l'être à rebours. Cela contraint alors les juges : soit à adopter des tendances très générales, soit à ne pas évoquer ce paramètre pour la reconversion alors même qu'il est d'importance.

671. Les échelles géographiques et les délocalisations. Les dimensions nationales, européennes et internationales des secteurs d'activités sont à prendre en considération. Les possibilités de développement d'une activité, à l'une ou l'autre de ses échelles, dépendent de

²⁰⁴⁷ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 23 mars 2017, n°15/24327, J.-D. n°2017-005507 : « *S'agissant de la durée du préavis qui aurait dû être appliqué[e] [...] Il y a lieu également de prendre en compte [...] la nature de l'activité de la victime de la rupture, à savoir la pose de cuisines et salle de bains, mais également tout type de travaux de travaux de menuiserie, ce qui est une compétence recherchée et adaptable* ».

²⁰⁴⁸ CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 26 avr. 2013, n°11/18131, J.-D. n°Ø : « *Considérant qu'au regard de la durée des relations, du rôle joué par [la victime], qui a assuré la maîtrise d'œuvre des catalogues pendant quarante ans et pouvait estimer que cette mission perdurerait jusqu'à sa retraite (il était âgé de 62 ans en 2009)* ». Les juges de la Cour d'appel accueillent la demande d'indemnisation au titre du préjudice moral de la victime.

²⁰⁴⁹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 23 mars 2017, *ibid.* : « *la région du Var et des Bouches-du-Rhône, qui est un bassin économique plus florissant que le Nord* ».

chaque entreprise²⁰⁵⁰. Elles peuvent toutefois s'y confronter sans en prendre elles-mêmes l'initiative. La problématique des délocalisations est présente dans certaines décisions. Elles peuvent être à l'origine de certaines cessations de relations²⁰⁵¹. Mais outre le fait de leur imputer une rupture brutale, elles représentent également une évolution globale contre laquelle il semble difficile d'aller, tant elle s'est imposée au cours des dernières années et tant elle touche particulièrement certains secteurs²⁰⁵².

672. Les obstacles à une reconversion. Les juges de la Cour d'appel de Paris expriment les « *obstacles à une reconversion, en termes de délais et de coût d'entrée dans une nouvelle relation*²⁰⁵³. » L'évocation des délais sont propres au commerce et à ses périodes de pourparlers, comprenant des « *entretiens préalables à la conclusion d'accords*²⁰⁵⁴ ». Quant aux coûts d'entrées, ils préfigurent les conseils onéreux de professionnels pour la rédaction des accords envisagés. Ils peuvent aussi se rapporter au temps passé pour la prospection de nouveaux partenaires et de nouveaux marchés. On est réticent à considérer de tels coûts comme des obstacles à une reconversion tant ils font partie intégrante des affaires. Les entreprises souhaitant maintenir leurs parts de marché mobilisent continuellement de tels moyens. La survenance d'une cessation peut momentanément les accroître, mais l'observation d'un préavis permet d'en atténuer les effets les plus négatifs. On pense que la réactivité des entreprises évincées dépend d'une somme de tâches accomplies en amont ; les efforts menés consécutivement à l'annonce d'une rupture y commencent.

2. L'analyse des risques liés aux investissements

673. Le triple paramètre de l'investissement. Dans sa fiche méthodologique, la Cour d'appel de Paris indique prendre en considération « *l'importance des investissements dédiés à la relation, non encore amortis et non reconvertibles*²⁰⁵⁵ » pour apprécier la durée du préavis qui aurait dû être consenti. En d'autres termes, la durée du préavis va varier en fonction de l'acquisition, par la victime, de capacités de production. Toutefois, plusieurs paramètres sont à inclure : le premier est

²⁰⁵⁰ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 12 juin 2014, n°12/19673, J.-D. n°2014-013965 : « *si le marché local de la partie française de l'île de Saint-Martin n'offrait que peu de solutions de reconversion à [la victime], il convient de relever que celle-ci était spécialisée dans les ventes internationales et pouvait chercher d'autres débouchés dans d'autres secteurs géographiques* » ; confirmée par Cass. Com., 06 sept. 2016, n°14-25.891, J.-D. n°2016-018036.

²⁰⁵¹ CA Chambéry, Ch. com., 02 oct. 2007, n°07/00807, J.-D. n°2007-353932, en l'espèce un donneur d'ordres délocalise son activité de fabrication et de montage des skis de fond en Roumanie, il n'est pas tenu pour responsable d'une rupture brutale envers son ancien sous-traitant dans la mesure où il lui a octroyé un préavis de plus de deux ans.

²⁰⁵² CA Rouen, 2^{ème} ch., 24 juin 2010, n°09/02193, J.-D. n°Ø : « *le secteur de la plasturgie particulièrement touché par les délocalisations* ».

²⁰⁵³ Fiche n°9 : Comment réparer les préjudices résultant de la rupture brutale des relations commerciales établies, *ibid.*

²⁰⁵⁴ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, *ibid.*, V° « Pourparlers », p. 776.

²⁰⁵⁵ Fiche n°9 : Comment réparer les préjudices résultant de la rupture brutale des relations commerciales établies, *ibid.*

relatif à la décision d'investir, le second à « *la répartition du coût de l'immobilisation sur sa durée probable d'utilisation*²⁰⁵⁶ » et le troisième au caractère « *reconvertible* » desdits investissements, même si on expliquera pourquoi il faut refuser l'emploi de cet adjectif. L'analyse de l'influence des investissements sur la reconversion revient à identifier les caractères des investissements, qui finalement ont tendance à accroître la durée du préavis et rendent moins probables les possibilités d'une reconversion rapide.

674. Les investissements imposés. Selon la définition fournie par l'Association Henri Capitant, l'investissement est l'« *action d'engager des capitaux dans une entreprise en vue d'un profit à long terme* ²⁰⁵⁷ ». En tant qu'action, l'investissement découle d'une décision. Dès lors, les investissements demandés par le partenaire s'opposent à ceux librement décidés par la victime. De manière directe, le partenaire peut exiger des investissements²⁰⁵⁸. De manière indirecte, la victime peut procéder à des investissements pour se mettre en conformité avec les exigences de son partenaire. La contrainte est constituée par la menace de rupture pesant sur la victime²⁰⁵⁹. Cependant, les « *demandes et encouragements à investir*²⁰⁶⁰ », en ce qu'ils ne confèrent pas de stabilité à la relation au-delà de l'engagement contractuel pris, ne sauraient être retenus en tant qu'investissements imposés. Le degré d'incitation, ou de menace, dépendra des éléments rapportés dans les différents cas d'espèce.

675. Les investissements consentis. Aux côtés des investissements imposés, certains autres semblent être consentis entre les parties²⁰⁶¹. Ils intéressent le développement mutuel de la relation. Toutefois, il arrive que des victimes ne parviennent pas à démontrer les demandes d'investissements spécifiques de leur partenaire²⁰⁶². Il se peut que de telles demandes n'existent pas et que les victimes aient elles-mêmes décidé d'investir. En ce cas, c'est à elles d'en supporter les risques. La distinction opérée entre les investissements imposés, les investissements consentis

²⁰⁵⁶ J. RICHARD, D. BENSADON, A. RAMBAUD (dir.), Chapitre 33. L'amortissement des immobilisations corporelles, in *Comptabilité financière*, Paris, Dunot, « Management Sup », 2018, pp. 498-527.

²⁰⁵⁷ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *ibid.*, V° « Investissement », p. 569.

²⁰⁵⁸ CA Montpellier, 2^{ème} ch., Sect. A, 11 août 1999, n°08/0003685, J.-D. n°1999-127668 : « *la [victime] (...) avait donc organisé son activité pour répondre aux exigences de [l'auteur] tant en structures (cultures, personnels, machines ...) qu'en transports (locations d'ensembles routiers, embauche de chauffeurs-routiers)* », souligné par nous. Les exigences correspondent à des demandes émanant de l'auteur, analysées ainsi par A. DE BROSES, *La rupture fautive des relations commerciales établies*, Droit et patrimoine, n°116, 1^{er} juin 2003. RJDA 1999, n°1176.

²⁰⁵⁹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 31 mai 2017, n°14/24805, J.-D. n°Ø : « *[la victime] ayant (...) consenti, sous la menace d'une résiliation du contrat, un investissement financier important pour se mettre en conformité aux exigences de sa cocontractante* ».

²⁰⁶⁰ Cass. Com., 12 avr. 2016, n°13-27.712, J.-D. n°2016-008398.

²⁰⁶¹ CA Rouen, Ch. civ. et com., 15 sept. 2016, n°15/01224, J.-D. n°2016-019321 : « *en accord entre les parties, [la victime] avait acquis un véhicule spécifique pour répondre aux besoins de [l'auteur]* », souligné par nous. Le préjudice allégué au titre de l'investissement matériel est indemnisé par les juges à hauteur de 6 000€.

²⁰⁶² CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 janv. 2017, n°14/06885, J.-D. n°Ø : « *les sociétés appelantes [les victimes] font état de l'importance des moyens humains et matériels mis en œuvre pour assurer la distribution des produits phytosanitaires dans le Moyen-Orient, mais il n'est pas allégué que [l'auteur] ait demandé que des investissements spécifiques soient engagés à son profit* ». CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 19 avr. 2017, n°15/24221, J.-D. n°2017-007467 : « *La [victime] ne démontre en rien son état de dépendance par rapport [à l'auteur], ni n'établit avoir réalisé des investissements dédiés à cette relation.* »

et les investissements décidés rejoint celle opposant les investissements volontaires aux involontaires²⁰⁶³. Les premiers sont réalisés pour répondre à des commandes tandis que les seconds représentent la constitution d'un stock. Le risque d'inventures dans le second cas de figure est patent. Si ce risque paraît plus grand dans le second cas, cela ne signifie pas qu'il est absent du premier. L'incertitude demeure dans les deux cas.

676. L'incertitude inhérente aux investissements. La décision d'investir « *dépend des décisions qui sont prises par d'autres*²⁰⁶⁴ ». Pour l'expliquer, l'exigence d'investissement de la part d'un partenaire répond à son souhait d'entamer une nouvelle production. Il le fait en considérant la potentielle demande en nouveaux produits qu'il mettra à disposition. Son choix d'investir est lié à celui des consommateurs d'acheter, ou de ne pas acheter. « *Or, l'incertitude due au comportement des « autres » est impossible à modéliser*²⁰⁶⁵ ». Dès lors, les théoriciens en économie conçoivent l'incertitude de l'investissement. En droit, imputer le risque de l'investissement soit à l'auteur, soit à la victime d'une rupture brutale peut ainsi sembler réducteur. Il en est tenu compte et c'est pourquoi, les juges refusent opportunément de considérer certains investissements, bien qu'ils soient spécifiques²⁰⁶⁶. En définitive, seuls les investissements spécifiques imposés par l'auteur seraient susceptibles d'être pris en considération pour accroître la durée du préavis à octroyer, tandis que les investissements consentis ou spontanés n'ont vraisemblablement aucune influence sur la durée du préavis²⁰⁶⁷. La reconversion peut seulement être affectée par l'impossible réemploi d'une capacité de production, ou bien atteinte par les coûts que celle-ci représente encore à la date de notification de la rupture.

677. La fonction d'amortissement des investissements. Selon l'article 214-13 du plan comptable général, « *l'amortissement d'un actif est la répartition systématique de son montant amortissable en fonction de son utilisation*²⁰⁶⁸ ». L'acquisition par une entreprise de capacités de production est régie par des règles comptables et fiscales. Pour simplifier le propos, on retient que

²⁰⁶³ B. GUERRIEN, O. GUN, Dictionnaire d'analyse économie. Microéconomie, macroéconomie, monnaie, finance, etc. éd. La Découverte, 2012, ISBN n°978-2-80-717422-2, V° « Investissement », p. 270-272, spéc. p. 270.

²⁰⁶⁴ *Ibid*, spéc. pp. 271-272, V° « Investissement », Investissement et incertitude.

²⁰⁶⁵ *Ibid*, V° « Investissement ».

²⁰⁶⁶ CA Toulouse, 2^{ème} Ch., 05 oct. 2016, n°13/04003, J.-D. n°Ø : « *les investissements réalisés entre 1996 et 2006 par [la victime] n'ont pas à être pris en considération pour la durée du préavis, en considération du fait que le stockage de la fibre de verre et de ses dérivés est bien plus simple que celui des produits chimiques* ». En outre, ces mêmes investissements n'ont pas été réalisés à la demande de l'auteur.

²⁰⁶⁷ Voir cependant CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 30 sept. 2015, n°13/07915, J.-D. n°2015-021784, malgré des investissements publicitaires à la seule initiative de la victime, les juges font une exception et prennent en compte le poste de travail d'un salarié, embauché par la victime et assurant l'après-vente de l'auteur, sans pourtant qu'aucun élément ne soit fourni concernant son licenciement.

²⁰⁶⁸ Règlement ANC n°2014-03 relatif au plan comptable général version consolidée au 1er janvier 2019, art. 214-12, p.28, consulté depuis l'URL :

http://www.anc.gouv.fr/files/live/sites/anc/files/contributed/ANC/1.%20Normes%20fran%c3%a7aises/Recueils/Recueil%20comp table%20entreprises/2019/PCG_2019.pdf, le ven. 29 mai 2020.

pour des immobilisations corporelles « non-complexes », le coût d'acquisition²⁰⁶⁹ correspond au coût amortissable²⁰⁷⁰. Il est divisé en parts égales²⁰⁷¹, afin d'être comptabilisé chaque année. Le nombre d'années dépend de la durée d'utilisation prévue, selon le bien considéré ²⁰⁷². L'amortissement traduit la « *dépréciation*²⁰⁷³ » du bien acquis. Sa comptabilisation, en tant que charge, indique les besoins de renouvellement de l'entreprise en capacités de production, même si l'amortissement en lui-même ne peut suffire à ce que l'entreprise se dote de nouveaux biens²⁰⁷⁴. En outre, il arrive que l'entreprise connaisse des cessations de relations d'affaires alors que l'amortissement d'un bien est en cours.

678. Les conséquences de la cession d'un bien non-amorti. La rupture brutale d'une relation établie peut engendrer certaines difficultés relativement aux amortissements. S'il s'agit d'investissements spécifiquement dédiés à la relation, il n'est dès lors plus utile pour l'entreprise de les conserver et de continuer de les amortir. Qu'engendre la cession de ce bien non-amorti ? De façon succincte, la vente d'une immobilisation correspond à la valeur nette de l'immobilisation lors de la cession²⁰⁷⁵. Compte tenu des impératifs de rapidité et de réactivité, la vente du bien corporel peut ne pas correspondre à sa valeur résiduelle. En cas de correspondance, l'entreprise réalise une plus-value, à défaut : une moins-value ²⁰⁷⁶. Enregistrée en tant que charge exceptionnelle²⁰⁷⁷, elle apparaît dans le résultat exceptionnel. L'incidence est alors fiscale²⁰⁷⁸ ; le

²⁰⁶⁹ Le coût d'acquisition n'est pas le seul à être considéré. L'article L. 123-18 du Code de commerce indique qu' « à leur date d'entrée dans le patrimoine de l'entreprise, les biens acquis à titre onéreux sont enregistrés à leur coût d'acquisition, les biens acquis à titre gratuit à leur valeur vénale et les biens produits à leur coût de production ».

²⁰⁷⁰ A. MIKOL, « Chapitre VI. Amortissements, dépréciations, provisions », in *Gestion comptable et financière*, PUF, « Que sais-je ? », 2019, pp. 39-45, consulté depuis l'URL : <https://www-cairn-info.passerelle.univ-rennes1.fr/gestion-comptable-et-financiere-9782715401143-page-39.htm>, le sam. 30 mai 2020, spéc. p. 40 : « Pour certains biens complexes, l'amortissement n'est pas pratiqué sur la valeur d'entrée globale du bien mais sur chaque composant ; ainsi, pour un immeuble, on est conduit à amortir les murs sur cinquante ans (par exemple), la plomberie sur vingt-cinq ans, les ascenseurs sur quinze ans... ».

²⁰⁷¹ Les fractions du coût amortissable, à parts égales, correspondent au montant de dotations aux amortissements.

²⁰⁷² A. MIKOL, « Chapitre VI. Amortissements, dépréciations, provisions », *ibid.*, spéc. p. 40 : « Les durées d'utilisation sont en pratiques celles recommandées par les usages et par le Code général des impôts et correspondent, toujours en pratique, à la durée de vie du bien ».

²⁰⁷³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *ibid.*, V° « Amortissement », p. 62, sens I, Amortissement industriel.

²⁰⁷⁴ B. COLASSE, *Dictionnaire de comptabilité. Compter / Conter l'entreprise*. Paris, La Découverte, Coll. Repères, 2015, V° « Amortissement », pp. 28-30.

²⁰⁷⁵ F. POTTIER, « Chapitre 11. Les cessions d'immobilisations », in F. POTTIER (dir.), *La compta... Avec ou sans comptes*, EMS Éditions, « Hors Collection », 2014, pp. 211-224, spéc. p. 215 : « [La valeur nette d'une immobilisation amortissable] est égale à la différence entre le coût d'acquisition de l'immobilisation et la somme des amortissements pratiqués sur celle-ci depuis son acquisition jusqu'à sa cession ».

²⁰⁷⁶ F. POTTIER, « Chapitre 11. Les cessions d'immobilisations », *ibid.* L'entreprise réalise une plus-value dans l'hypothèse où le prix de cession est supérieur à la valeur nette comptable, telle qu'elle apparaît dans les comptes de l'entreprise ; à l'inverse, si le prix de cession y est inférieur, l'entreprise réalise une moins-value.

²⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 218 : Suite à la cession de l'immobilisation, l'entreprise s'est appauvrie. « Cet appauvrissement va trouver sa contrepartie au compte de résultat par l'inscription de [la valeur nette comptable] en charges exceptionnelles dans la rubrique « Charges exceptionnelles sur opération en capital » ».

²⁰⁷⁸ *Mémento Comptable 2020*, Ed. Francis LEFEBVRE, n°54350 Répartition du montant global des impôts sur les bénéficiaires, « a. Le PCG (art. 833-15) prescrit de fournir la répartition du montant global des impôts sur les bénéficiaires entre le résultat courant et le résultat exceptionnel en précisant notamment les bases d'imposition ainsi que les crédits d'impôt, avoirs fiscaux et imputations diverses. La finalité de cette répartition est la mise en évidence d'un résultat courant après impôt servant à l'établissement du tableau des affectations du résultat. » Succinctement, l'impôt sur les sociétés est calculé à partir du bénéfice fiscal qui n'est autre

résultat exceptionnel venant grever le résultat courant avant impôt, assiette de l'impôt sur les sociétés. Pour les investissements non-spécifiques, leur cession n'est pas forcément à envisager par l'entreprise. Les risques afférents sont en conséquence moins importants.

679. Les amortissements dans une relation informelle. L'importance des investissements dépend souvent de la durée et de la stabilité de la relation établie. En parallèle, en matière de franchise, un vice de consentement a été retenu eu égard à la résiliation du contrat, compte tenu de la brièveté de sa durée. En effet, les juges retiennent que « *le franchisé ne se serait pas engagé dans un contrat de franchise, dont la durée n'était pas assurée au-delà d'une année ; que cet engagement aurait été dépourvu de toute rationalité économique et juridique* ²⁰⁷⁹ ». L'investissement étant fonction de la durée, il est déraisonnable de l'effectuer sur une période trop brève. Il occasionnerait alors davantage de pertes que de gains. En dehors du cadre contractuel, il est impossible de caractériser un vice de consentement. Pour notre matière, l'auteur agit avec déloyauté s'il vient à rompre une relation alors même qu'il a laissé croire à son partenaire que leur relation allait se poursuivre, celui-ci ayant alors constitué d'importants stocks²⁰⁸⁰. Dans une telle hypothèse, l'appréciation des juges est entière²⁰⁸¹. Ainsi, la reconversion est influencée par les investissements imposés – directement et parfois indirectement – par l'auteur et non encore amortis. Il reste alors à déterminer s'il faut cumuler ces deux premiers caractères au dernier et traiter des investissements « *non reconvertibles* ».

680. « Reconvertible », un qualificatif trompeur. Dérivé de sa forme verbale « *reconvertir* », il signifie ce qui peut être adapté à une situation ou à une activité nouvelle²⁰⁸². En économie, il désigne ce qui peut être converti en une autre valeur²⁰⁸³. Toutefois, « *après avoir acheté un équipement, il est difficile de le revendre sans supporter une perte*²⁰⁸⁴». L'acquisition de biens corporels, ou incorporels, et leur revente, ne peuvent consister en une opération nulle. En la matière, la reconversion n'est pas synonyme d'égalité. Ainsi, un investissement « *non reconvertible* » ne peut être, ni adapté, ni traduit en somme pécuniaire égale à celle déboursée lors de son acquisition. Pour rendre compte de ces caractères, les terminologies de l'économie industrielle semblent davantage à même d'évoquer la reconversion, ou son impossibilité. Les

que le résultat courant avant impôt après prise en compte du résultat exceptionnel (F. NICOLAS, « 7. Impact de la fiscalité », in F. NICOLAS, (dir.), Comptabilité pour non-comptables, Paris, Dunod, « 100% pratique », 2014, pp. 181-197). En définitive, le résultat exceptionnel fait varier le résultat courant et l'impôt en résultant.

²⁰⁷⁹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 02 oct. 2013, n°10/19115, J.-D. n°0, citée par N. DISSAUX, Franchise, in L. VOGEL (dir.), Rép. de droit commercial, Dalloz, juin 2019, maj fév. 2020, n°128.

²⁰⁸⁰ Cass. Com., 28 fév. 1995, n°93-14.437, J.-D. n°1995-000522, Bull. civ. IV, n°63.

²⁰⁸¹ J. MESTRE, Où est sanctionnée la rupture de relations commerciales régulières, RTD Civ. n°04 du 15 déc. 1995, p. 885.

²⁰⁸² V° « Reconvertir », Dictionnaire de l'Académie française, version en ligne.

²⁰⁸³ V° « Reconvertible », Encyclopaedia Universalis, avec Cordial Dico, version en ligne.

²⁰⁸⁴ P. LASSÈGUE, Le traitement comptable des coûts, Revue économique, vol. 15, n°3, 1964, pp. 325-377, DOI : <https://doi.org/10.3406/reco.1964.407605>, spéc. p. 333.

« *investissements irrécupérables*²⁰⁸⁵ » représentent non seulement des sommes colossales, mais surtout contraignent leurs détenteurs à rester en place sur le marché. Si leur sortie est inenvisageable, l'entrée d'autres concurrents peut tout aussi bien être irréalisable. Pour l'expliquer, il convient d'examiner en quoi consiste de tels investissements.

681. Les investissements irrécupérables. Les « *investissements irrécupérables* » consistent dans l'acquisition d'actifs spécifiques²⁰⁸⁶, comprenant un risque inhérent à « *leur caractère faiblement transférable*²⁰⁸⁷ ». Strictement dédiés à une production, leurs détenteurs ne peuvent espérer pouvoir les réorienter s'ils viennent à changer d'activité. Cette impossibilité résulte de leurs caractères « *indivisibles* » et « *inamovibles*²⁰⁸⁸ ». Il faut considérer leur unité et l'impossibilité de les déplacer sans générer de nouveaux coûts. Les « *investissement irrécupérables* », en lieu et place d'« *investissement non reconvertibles* », sont davantage à même d'expliquer les risques et les enjeux de la réorientation de capacités de production. Employé en jurisprudence, le qualificatif « *irrécupérable*²⁰⁸⁹ » comprend une conception stricte dont les juges excluent opportunément certaines immobilisations²⁰⁹⁰.

682. La distinction des investissements et le recours au crédit-bail. En considérant différemment les « *investissements irrécupérables* » des « *investissements non reconvertibles* », il est possible d'apprécier la reconversion de l'entreprise évincée d'une relation établie. Si les premiers présentent des coûts irrécouvrables, les seconds peuvent le plus souvent être : soit réadaptés, soit revendus. En outre, le recours à des opérations de crédit-bail réduit les risques pris par les crédits-preneurs. Les opérations de crédit-bail mobilier sont répandues et permettent aux crédits-preneurs de financer leurs dotations en capacités de productions, sans en supporter directement et immédiatement le coût intégral²⁰⁹¹.

²⁰⁸⁵ M. GLAIS, L'utilisation des travaux de la nouvelle économie industrielle par les autorités de la concurrence, Cahier d'économie politique, n°37, 2000, Qu'a-t-on appris sur la concurrence imparfaite depuis Cournot ? pp. 197-223, spéc. p. 199.

²⁰⁸⁶ T. HOMMEL, Stratégies des firmes industrielles et contestation sociale, Ed. Quae, Coll. « Indisciplines », 1^{ère} Éd., 2004, 354 p., ISBN n°2-7380-1173-X, spéc. p. 99.

²⁰⁸⁷ T. HOMMEL, *ibid.*

²⁰⁸⁸ B. GUERRIEN, O. GUN, *ibid.*, spéc. p. 271, V° « Investissement », Coûts fixes et indivisibilité.

²⁰⁸⁹ Not. CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 24 juin 2015, n°13/05110, J.-D. n°2015-015706 : « *la société [victime] ne démontre pas avoir réalisé des investissements irrécupérables dédiés à [l'auteur] ; qu'au regard de ces éléments, le préavis consenti de deux ans était suffisant* ». CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 08 mars 2017, n°14/13430, J.-D. n°2017-004341, « (...) *la durée de [X] mois retenue par les premiers juges apparaît suffisante, en l'absence (...) de réalisation d'investissements non récupérables* ».

²⁰⁹⁰ Not. pour des investissements immobiliers : Cass. Com., 11 mai 2017, n°16-13.464, J.-D. n°2017-008860 : « *le bénéfice des investissements immobiliers réalisés par la société X..., peu de temps avant la rupture n'était pas perdu pour ses autres activités et ses éventuelles activités futures* ».

²⁰⁹¹ L'acquisition est réalisée par un établissement financier et « *ainsi, l'investisseur n'a pas à affronter les difficultés multiples inhérentes à l'augmentation de capital que nécessiterait l'acquisition de l'immobilisation par un mode de financement traditionnel* ». G. DURANTON, Crédit-bail mobilier, in L. VOGEL (dir.), Rép. de Droit commercial, Dalloz, juin 2000, maj janv. 2019, n°7.

683. L'application cumulative du triple paramètre des investissements. La prise en compte des différents types d'investissements et des opérations de financement permettent d'apprécier la reconversion. Il ne faudrait pas admettre trop facilement des obstacles à la reconversion en considérant des investissements non reconvertibles, qui en fait le sont, et des matériels qui font en réalité l'objet d'opérations de crédits-baux²⁰⁹². En conséquence, on pense que les critères des investissements, tels qu'indiqués par la Cour d'appel de Paris, devraient exister cumulativement pour être pris en considération. Ainsi, les investissements dédiés à la relation, imposés par l'auteur, non encore amortis et irrécupérables doivent être pris en compte, dans la mesure où ils rendent la reconversion difficile.

B. L'opposition des juges sur la reconversion et ses possibilités

684. Des oppositions préjudiciables. Après avoir examiné les paramètres influençant la reconversion de la victime, il faut rendre compte de l'appréciation de la reconversion effective de la victime. Elle est un sujet d'opposition entre les juges du fait et les juges du droit. Les premiers apprécient la reconversion de la victime pour caractériser l'absence de brutalité de la rupture survenue (1) tandis que les seconds s'y opposent (2). Les atouts des solutions rendues en appel sont pourtant indéniables. Leurs solutions font sens avec le respect de la « *ratio legis* » des dispositions et le principe de la réparation intégrale. Mais la Cour de cassation les censure, en indiquant refuser de prendre en considération tout élément postérieur à la notification de la rupture. Cette solution s'oppose à l'un de ses précédents arrêts, en faveur de la prorogation d'un délai de préavis, au cours de celui-ci, et donc nécessairement postérieure à la notification du délai initial. L'ensemble de ces oppositions, entre les cours, ou au sein d'une même cour, dessert profondément la stabilité des dispositions étudiées.

1. La prise en compte de la reconversion effective au fond

685. L'absence de rupture brutale en présence d'une reconversion. Les juges de la Cour d'appel de Paris soutiennent l'absence de brutalité en cas de reconversion de l'entreprise évincée²⁰⁹³. En l'espèce, les parties se livraient à des prestations bilatérales de commissionnement de transport. Mais l'implantation de l'une dans le port du Havre a mis un terme à leur contrat dédié

²⁰⁹² Pour une prise en compte du crédit-bail par les juges lors de l'indemnisation d'une rupture brutale : CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 29 mars 2017, n°15/22953, J.-D. n°2017-006376. Il conviendra également de tenir compte de l'insertion d'une clause pénale au contrat de crédit-bail et de sa mise en œuvre en cas de résiliation anticipée (possiblement dans l'hypothèse d'une rupture brutale).

²⁰⁹³ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 28 janv. 2016, n°14/13036, J.-D. n°2016-002372.

à l'organisation du transport à partir de celui-ci. L'auteur de la rupture a octroyé un préavis de trente jours, correspondant au préavis contractuellement convenu et aux usages en matière de transport international. Une semaine après la fin de ce préavis, la victime était de nouveau partie à un contrat avec une société tierce. Cela ne l'a pourtant pas empêché d'agir contre son ancien partenaire. Les juges du fond ont considéré qu'il n'y avait pas eu de rupture brutale puisqu'un préavis avait été observé, que la reconversion de la victime était effective et que d'après les éléments comptables fournis, le chiffre d'affaires de la demanderesse s'était accru l'année même de la rupture. En appel, les juges confirment la décision et entendent prendre en compte « *la réalité de [la] réorganisation*²⁰⁹⁴ ». En s'appuyant sur la rapidité et la facilité avec laquelle la partie évincée a retrouvé un partenaire, les juges de la Cour d'appel de Paris refusent de considérer une rupture brutale. Ils entendent aussi écarter des comportements ouvertement opportunistes. Cette position détonne avec celle prise par d'autres juges d'appel, avant la spécialisation des juridictions. Ils caractérisent la brutalité de la rupture et font intervenir la reconversion de la victime au moment de l'indemnisation, en vue de la moduler.

686. L'effectivité de la reconversion et la reconnaissance d'une rupture brutale. Avant la spécialisation des juridictions, certaines Cours d'appel se prononcent en faveur de la prise en compte d'une reconversion effective de la partie se plaignant de rupture brutale. Elles le font tout en considérant que la rupture puisse être brutale. Par exemple, les juges de la Cour d'appel d'Angers caractérisent la brutalité de la rupture en l'absence de préavis écrit, mais incluent la reconversion de la victime au stade de l'évaluation du préjudice²⁰⁹⁵. En effet, malgré une résiliation immédiate, la victime en a été informée et « *a pu prendre des dispositions toute aussi immédiates pour réduire l'importance de son préjudice* ». Les juges de la Cour d'appel de Lyon ont, quant à eux, modéré l'indemnisation en raison de la faible part de chiffre d'affaires qu'elle réalisait avec l'auteur de la rupture²⁰⁹⁶. Les juges font donc varier la caractérisation de la brutalité, ou le montant de l'indemnisation, en fonction de la reconversion de la victime. Cela leur permet à la fois de respecter la « *ratio legis* » des dispositions et de veiller à ce que la victime ne s'enrichisse pas au moment de l'indemnisation de la rupture brutale subie.

²⁰⁹⁴ Nous notons la différence de terminologie, la distinction entre la reconversion et la réorganisation fait l'objet de développements ultérieurs consacrés à la tentative de définition de la reconversion.

²⁰⁹⁵ CA Angers, 07 déc. 2004, n°03/01331, J.-D. n°2004-273934.

²⁰⁹⁶ CA Lyon, 3^{ème} ch. civ., 15 janv. 2004, n°02/03192, J.-D. n°2004-238224. En l'espèce, une commerçante se fournit auprès de la société Adidas en chaussures. Le fournisseur requiert de la commerçante son adhésion à une charte de distribution sélective. Après son refus, le fournisseur refuse d'honorer une commande et la commerçante est contrainte de se fournir auprès d'autres grossistes. Le délai observé par le fournisseur pour lui indiquer qu'elle ne sera pas livrée est seulement de six jours. La commerçante lui reproche alors la brutalité de la rupture, ce que les juges retiennent, mais ils fixent les dommages et intérêts à la somme de 1500€ en relevant que le chiffre d'affaires de la commerçante avec la société Adidas « *ne représentait qu'une proportion de 4% environ de ses commandes* ».

687. Une solution sensée. La Cour d'appel de Paris indique que le « *délais de préavis* » doit être compris comme « *un temps nécessaire à l'entreprise délaissée pour se réorganiser* ». Depuis 2017, à quarante-trois reprises, les juges ajoutent les critères à prendre en considération pour caractériser la reconversion²⁰⁹⁷. L'analyse est davantage concurrentielle que contractuelle²⁰⁹⁸. La spécificité des dispositions s'en trouve renforcée. Appartenant au Titre IV du Livre IV du Code de commerce, l'encadrement des ruptures brutales n'intéresse pas seulement les relations bilatérales mais la concurrence dans son ensemble. À travers la résolution d'une situation abusive, les dispositions soutiendraient à la fois les concurrents en tant que litigants, et assureraient à la fois la pérennité de leurs activités sur leur marché : à l'un comme à l'autre. L'application des juges dans l'analyse concurrentielle menée s'accorde avec ce dessein. La prise en considération de la reconversion fait sens avec les impératifs d'ordre concurrentiel.

688. Une solution à l'encontre de l'enrichissement sans cause de la victime. On a précédemment démontré le caractère automatique du préjudice subi par l'entreprise évincée brutalement. En correspondant au gain manqué, le préjudice est présenté comme certain alors qu'il s'affranchit de toute une part de probabilités de réalisation d'opportunités et de non-opportunités. Pour y remédier, on a proposé d'insérer un coefficient d'incertitude pour moduler l'indemnité, en fonction de ces probabilités. On respecte ainsi le principe de réparation intégrale, par lequel est réparé « *tout le préjudice, mais seulement le préjudice*²⁰⁹⁹ ». L'absence de prise en considération de la reconversion rend l'indemnisation artificielle. Elle est manipulée en faveur de la prétendue victime de la rupture brutale. Ce faisant, indemniser une victime, d'ores-et-déjà reconvertie, revient à l'enrichir dans la mesure où elle n'a pas été privée d'une source de gains, donc elle en perçoit, et concomitamment : elle est indemnisée à hauteur de ce qu'elle aurait dû percevoir pendant la durée du préavis qui n'a pas été respectée.

689. Une « occasion manquée²¹⁰⁰ ». La modification du dispositif par l'ordonnance du 24 avril 2019 n'a pas donné lieu à la reconsidération de la reconversion des victimes de ruptures brutales. En doctrine²¹⁰¹, il est proposé de ne pas en tenir compte pour l'appréciation de la brutalité de la rupture, laquelle est fixée à la date immuable de la notification de la rupture. Par contre, la reconversion aurait dû participer à l'évaluation du préjudice. Il serait alors tenu compte des conditions difficiles de reconversion de la victime comme de la facilité avec laquelle des victimes parviennent à réorienter leurs activités. En total accord avec cette proposition, la reconversion

²⁰⁹⁷ C. MOULY-GUILLEMAUD, Assainir le contentieux de la rupture brutale par une réforme des principes jurisprudentiels, D. n°38, du 07 nov. 2019, p. 2102, note 10.

²⁰⁹⁸ N. MATHEY, La rupture brutale devant la cour d'appel de Paris : détermination du préavis nécessaire, CCC n°2, fév. 2018, comm. 28.

²⁰⁹⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, La nouvelle rupture des relations commerciales établies, RDC, n°04, du 16 déc. 2019, p. 45.

²¹⁰⁰ *Ibid.*

²¹⁰¹ *Ibid.*

apparaît comme l'un des éléments fondamentaux à prendre en considération pour l'application des dispositions étudiées. Mais dans cette voie, la Cour de cassation fait barrage.

2. Les seules possibilités de reconversion en droit

690. La position des juges de Cassation : intangible et ferme. Pour les juges de la Cour de cassation, il est inenvisageable de considérer l'effectivité de la reconversion d'une victime de rupture brutale. Elle s'y oppose strictement en affirmant que la Cour d'appel de Paris « *prive sa décision de base légale*²¹⁰² », lorsqu'elle entend la prendre en compte. Le défaut de base légale évoque l'insuffisance de motivation de la décision des juges du fond. En l'occurrence, ils n'ont pas rassemblé les éléments concourant à établir que la durée de préavis octroyé avait été insuffisante pour retenir la rupture brutale. Les éléments rapportés par eux, concernaient la reconversion réussie de la victime. Or la brutalité d'une rupture s'apprécie au moment de sa notification. Aucun élément postérieur ne peut dès lors être compris dans cette appréciation. En conséquence, le constat de la reconversion de la victime ne peut servir à déterminer si la rupture qu'elle a subie a été brutale. Le syllogisme de la Cour de cassation est imparable de sorte que la reconversion d'une victime de rupture brutale ne pourra jamais être considérée. Elle réitère sa solution à maintes reprises : en rejetant « *le moyen invoquant l'opportune reconversion de la victime pour critiquer son indemnisation en des proportions excédant le préjudice effectivement subi*²¹⁰³ » ; en considérant le critère de la « *reconversion opportune* » comme inopérant²¹⁰⁴, en reprochant une violation du texte légal aux juges du fond ayant fondé leur décision de retenir une rupture brutale en fonction d'éléments postérieurs à la notification de celle-ci²¹⁰⁵. Si la Cour de cassation n'entend pas prendre en compte la reconversion de la victime, par son constat de réussite ou d'échec, elle envisage les possibilités de sa reconversion.

691. Les possibilités de reconversion de la victime. En appréciant la brutalité de la rupture à la date de notification de celle-ci, seules les possibilités de reconversion de la victime peuvent être envisagées. Il est impossible de tenir compte de ce qui s'est réellement passé, par contre, il est possible de concevoir ce qui aurait pu être. Le refus absolu de vouloir considérer la réalité éloigne encore davantage les dispositions de celles qu'elles entendent encadrer. La mise au ban du bon sens étant ainsi proclamée aux yeux de tous, les juges du droit prolongent leur analyse

²¹⁰² Cass. Com., 09 juill. 2013, n°12-20.468, Bull. civ. 2013, IV, n°115, J.-D. n°2013-014585.

²¹⁰³ Centre du droit de l'entreprise de la faculté de Montpellier, Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1^{er} janv. au 31 décembre 2017, p. 153, à propos de Cass. Com., 01 mars 2017, n°15-12.785, J.-D. n°2017-011376.

²¹⁰⁴ Centre du droit de l'entreprise de la faculté de Montpellier, Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1^{er} janv. au 31 décembre 2017, p. 84, à propos de Cass. Com., 26 avr. 2017, n°15-23.078, J.-D. n°2017-007793.

²¹⁰⁵ Cass. Com., 05 juill. 2017, n°16-14.201, J.-D. n°Ø.

contrefactuelle jusqu'à considérer les possibilités de reconversion de la victime. À l'instar de l'incertitude imprégnant la réalisation d'un manque à gagner, il faut ajouter les possibilités que présentent la victime de se reconvertir.

692. Les « facultés de reconversion ». En doctrine, un auteur suggère « *d'allonger ou de raccourcir le délai provisoire* » de préavis à accorder en fonction « *des facultés de reconversion*²¹⁰⁶ ». En intercalant les « *facultés* », il place sa préconisation en conformité avec la position prise par les juges de la Cour de cassation. Il ne s'agit pas de considérer la reconversion de la victime mais les possibilités de celle-ci. En se plaçant à la date de la notification de la rupture, les juges ne peuvent tenir compte d'une reconversion qui, à cet instant donné, n'a pas eu lieu. Respectant leur analyse contrefactuelle, ils examinent la situation qui aurait été celle de la victime si un préavis suffisant lui avait été accordé. Ainsi, les possibilités de reconversion s'apparentent : soit à des chances, soit à des risques de non-reconversion. Il s'agit alors à nouveau de convoquer l'ensemble des paramètres, listés par la Cour d'appel de Paris, pour, dès lors, apprécier les possibilités de reconversion. Toutefois, les juges d'appel semblent continuer de vouloir s'opposer à la position prise par la Cour de cassation.

693. La corrélation complexe des différents paramètres. Si la reconversion réussie ne peut être prise en compte pour apprécier la brutalité de la rupture, ou l'indemnisation de celle-ci, les juges de la Cour d'appel de Paris proposent de l'intégrer du côté de l'auteur. Il serait contradictoire de constater une rapide reconversion d'un côté et de soutenir une dépendance économique de l'autre. « *Les obstacles à la reconversion* » et « *la difficulté à trouver un autre partenaire sur le marché, de rang équivalent* » figurent tous les deux en tant que paramètre à prendre en considération pour apprécier la durée de préavis à respecter. Toutefois, ces deux paramètres ont des influences inverses²¹⁰⁷. Effectivement, une forte dépendance amoindrit les chances de reconversion alors qu'une faible dépendance – voire inexistante – renforce les chances de reconversion. Cependant, la corrélation doit être complétée par un autre paramètre : la structure du marché en cause. Ce paramètre paraît influencer considérablement la mise en relation des deux premiers paramètres. Lorsqu'une dépendance économique est constatée auprès d'un opérateur, alors que d'autres sont présents sur le marché en cause, les possibilités de reconversion semblent s'accroître. Le partenaire dépendant, même évincé de la relation, peut trouver à nouer d'autres partenariats. À l'inverse, si une dépendance économique existe alors que le marché est monopolistique, oligopolistique ou captif, alors les possibilités de reconversion diminuent. On peut

²¹⁰⁶ C. GRIMALDI, Comment déterminer le délai de préavis raisonnable que l'auteur d'une rupture doit accorder à son partenaire ? LEDICO du 01 nov. 2017, n°10, p.1, *in fine*.

²¹⁰⁷ C. MOULY-GUILLEMAUD, Assainir le contentieux de la rupture brutale par une réforme des principes jurisprudentiels, D. n°38, du 07 nov. 2019, p. 2102, note 51 : [extraits] « (...) *une forte dépendance économique appelle un long préavis mais suggère une moindre probabilité de reconversion et donc de maintien du chiffre d'affaires tandis qu'en l'absence de dépendance, un marché concurrentiel n'occasionne qu'un bref préavis mais une importante chance de maintien de l'activité à l'identique* ».

même indiquer que les possibilités de reconversion sont nulles dans le cas d'un marché monopolistique ; auquel cas, le choix délibéré de la victime de s'y placer pourra être retenu contre elle. La corrélation de départ se complexifie à mesure que des paramètres. La casuistique de la matière rend difficile toute abstraction, on peut seulement relever les influences que les paramètres ont les uns sur les autres.

694. La démonstration rétroactive de l'absence de dépendance économique. En l'absence de règles déterminables *ex ante* sur l'influence de chacun des paramètres, on retient la contradiction existante entre une reconversion réussie de la victime et la dépendance économique qu'elle s'est arrogée. Les juges de la Cour d'appel de Paris admettent la contradiction et n'entendent pas l'inclure à leurs décisions. Prenant acte de la position des juges de Cassation, contre laquelle ils ne vont pas, ils considèrent que « *la reconversion effective de la victime, intervenue après la rupture, ne peut venir modérer l'évaluation du préjudice*²¹⁰⁸ ». Toutefois, ils ajoutent qu'« *elle peut être prise en compte au niveau de la durée du préavis, en ce que cette reconversion démontre rétroactivement que la victime ait pu trouver des solutions alternatives au moment de la rupture* ». Les juges réaffirment leur solution postérieurement²¹⁰⁹. En doctrine, les auteurs à qui l'on reproche la brutalité de la rupture, sont incités à se saisir de cette solution : « *une rapide reconversion du partenaire éconduit pourra étayer l'argumentation de l'auteur de la rupture qui prétendait qu'il n'était pas à son égard dans un état de dépendance économique*²¹¹⁰ ». La durée de préavis pourrait alors être réduite.

695. Une opposition troublée par une contradiction des juges du droit. Les vacillements de la prise en considération de la reconversion, soit au moment d'appréciation de la durée suffisante du préavis, soit au moment de l'évaluation du préjudice, n'est pas satisfaisante. L'opposition permanente des juges du fait aux juges du droit confère de l'instabilité aux litiges élevés sur le fondement des ruptures brutales. Cette instabilité est renforcée du fait d'une solution contradictoire rendue par les juges du droit²¹¹¹. Ils ont admis « *l'efficacité d'une prorogation du préavis réalisée au cours de celui-ci*²¹¹² ». En l'occurrence, l'auteur de la rupture a d'abord octroyé un préavis d'un an avant la cessation définitive de la distribution de ses produits par son partenaire. Revenu sur sa décision, il décale la fin du préavis en ajoutant quatre mois supplémentaires au délai initial. Les juges d'appel refusent de considérer la brutalité de la rupture en raison du préavis suffisant. Les juges du droit leur donnent raison en indiquant qu'ils ont « *retenu la durée du préavis réellement*

²¹⁰⁸ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 28 juin 2017, n°14/26044, J.-D. n°2017-013713.

²¹⁰⁹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 22 nov. 2017, n°15/18782, J.-D. n°2017-024328.

²¹¹⁰ C. GRIMALDI, Rappels et précisions sur la rupture brutale d'une relation commerciale établie, LEDICO du 01 janv. 2018, n°01, p. 4.

²¹¹¹ Cass. Com., 11 juin 2013, n°12-21.424, J.-D. n°0.

²¹¹² C. MOULY-GUILLEMAUD, Entre modification de la relation et reconversion, l'appréciation de la rupture brutale se précise, D. n°34 du 10 oct. 2013, p. 2324.

effectué et non celui initialement notifié ». En procédant ainsi, la Cour de cassation confirme la façon de faire des juges d'appel qui prennent appui sur des éléments postérieurs. Cette solution est avérée par la transcription de la lettre de l'auteur dans le second moyen de cassation. Ses termes indiquent un préavis d'un an. Ainsi à la date de notification de la rupture – correspondant à celle de la lettre – le préavis est d'une année. Malgré la prolongation postérieure, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé la victime et entérine la position des juges d'appel.

696. Des solutions blâmables. L'ensemble des décisions rendues rend l'ensemble inintelligible dans la mesure où la plupart d'entre elles sont contradictoires. La résistance de la Cour d'appel à la position prise par la Cour de cassation est manifeste. Toutefois, le reproche adressé aux juges n'est pas de leur seul fait. Effectivement, aucun des termes des dispositions ne se rapporte à la reconversion. Comment dans ces conditions faire émerger une application transcendant les interprétations des uns et des autres ? À commencer par le (re)commencement : on propose de définir ce qu'est la reconversion. À l'aide d'une proposition de définition, on pourra considérer la possibilité d'en faire un but à atteindre, tout en tentant de le concilier à la préservation de la concurrence.

§2. Une définition de la reconversion comme période transitoire

697. Délimitation de l'étude. Les termes « *reconversion* » et « *conversion* » sont présents dans diverses matières ainsi que dans différentes branches du droit. Pour la recherche du sens à donner à la reconversion dans notre matière, on choisit d'abord de la confronter au droit social. Des rapprochements en ce sens ont déjà été menés, notamment lors de l'explicitation du caractère « *établi*²¹¹³ ». On poursuit cette seule comparaison et on exclut d'autres branches du droit²¹¹⁴. En revanche, les dispositions, issues du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, intéressent la concurrence et les entreprises, et on ne saurait dès lors se passer du sens économique de la reconversion et de ses analyses.

698. Les éléments de la définition. Des observations communes faites en notre matière et en droit social, on peut situer la notion dans une chronologie, mais non directement l'isoler. La recherche du sens à donner à la reconversion s'articule autour des changements qu'elle implique

²¹¹³ La succession de contrats à durée déterminée caractérisant une relation commerciale établie peut s'apparenter au mécanisme de la requalification d'une succession de contrats de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée déterminée.

²¹¹⁴ Il ne sera ainsi fait aucune référence à la conversion du droit civil et de la procédure civile. Pour le droit des finances publiques, la conversion de la dette publique ne sera pas évoquée, pas davantage que la conversion de peine du droit et de la procédure pénale. En matière de sécurité sociale, la conversion de rente ne sera abordée. Enfin, les conversions de titres, propres au droit financier, ne seront pas mentionnées.

(A). En délimitant leur étendue, la définition s'étoffe (B). En l'opposant à la réorganisation et la désorganisation, la reconversion existe par elle-même et constitue, pour nous, davantage une transition.

A. Un sens originel détourné pour la désignation de changements

699. De « *conversion* » à « *reconversion* ». Le terme « *reconversion* », tel qu'il est employé depuis la seconde moitié du vingtième siècle, s'est éloigné du contexte d'origine contenu dans sa définition économique. L'emploi de « *reconversion* » a supplanté, à tort, celui de « *conversion* » (1). En le comparant à la matière sociale, on relève un trait commun, susceptible d'être un élément constitutif de sa définition : un changement, opéré après un changement unilatéral de circonstances (2).

1. Une utilisation à tort

700. Le préfixe commun des termes communément employés. On ne saurait indiquer d'emblée ce que la reconversion désigne précisément. Les juges n'y font pas systématiquement référence. À l'opposé, ils visent une kyrielle d'autres termes, comme : la réorganisation²¹¹⁵, la réorientation²¹¹⁶, le redéploiement²¹¹⁷, le remplacement²¹¹⁸, la restructuration²¹¹⁹, la

²¹¹⁵ Not., CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 22 nov. 2018, n°17/10290, J.-D. n°2018-020883 : « *Compte tenu de l'ancienneté de la relation commerciale, de l'importance du chiffre d'affaires réalisé par [la victime] avec [l'auteur], et de l'absence de dépendance économique de [la victime], le délai de préavis tenant compte du temps nécessaire à [la victime] pour se réorganiser, aurait dû être de six mois* » ; CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 22 mai 2014, n°12/10054, J.-D. n°2014-011628, « *le préavis de quatre mois accordé par [l'auteur] à la [victime] constituait un délai suffisant pour lui permettre de se réorganiser de façon satisfaisante* » ; CA Versailles, Ch. 12, 26 juill. 2012, n°11/05276, J.-D. n°2012-033919, « *un préavis jusqu'au 31 décembre 2009 aurait été nécessaire pour que la [victime] se réorganise* », souligné par nous.

²¹¹⁶ Not., CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 27 avr. 2017, n°15/11063, J.-D. n°0 : « (...) *c'est dès lors à juste titre que le tribunal a retenu, au vu des circonstances de l'espèce, une durée de huit mois, qui est compatible avec les usages de la profession et qui aurait permis à [la victime] de réorienter son activité* », souligné par nous. Préc. et autrement construit : CA Amiens, Ch. éco., 25 nov. 2004, RG n°02/04483, J.-D. n°2004-278319, « *Attendu que l'article L. 442-6-1-5° qui s'applique même en l'absence d'une relation d'exclusivité, a pour but de contraindre le fournisseur à informer le distributeur de sa décision avec un préavis suffisant afin que celui-ci puisse prendre ses dispositions et donner en temps libre une nouvelle orientation à ses activités* ».

²¹¹⁷ Not., CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 19 sept. 2018, n°18/08183, J.-D. n°2018-016477 : « *Le délai de préavis doit s'entendre du temps nécessaire à l'entreprise pour se réorganiser, c'est-à-dire pour préparer le redéploiement de son activité, trouver un autre partenaire ou une autre solution de remplacement* », souligné par nous.

²¹¹⁸ *Ibid.*

²¹¹⁹ Not., CA Toulouse, Ch. 02, Sect. 02, 06 mars 2012, n°09/03556, J.-D. n°0 : « *Le préjudice à prendre en compte consiste ainsi en une perte de chance de réaliser avec succès une restructuration* ». Pour des jurisprudences refusant d'indemniser les préjudices allégués au titre d'une restructuration, v., not. : CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 fév. 2015, RG n°12/20264, J.-D. n°2015-002382, CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 fév. 2015, RG n°12/19910, J.-D. n°0 : « *Considérant que la rupture n'est pas en soi fautive, seule la rupture brutale donne lieu à indemnisation, laquelle correspond à une indemnité compensatrice évaluée en fonction de la durée du préavis jugée nécessaire ; qu'en conséquence, [la victime] ne peut réclamer une indemnité complémentaire correspondant au coût de sa restructuration* », souligné par nous ; v. aussi : CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 02 mars 2017, n°15/10786,

réinstallation²¹²⁰, et, plus trivialement, le verbe « *se retourner*²¹²¹ ». Ils ont tous en commun : de viser les activités de la victime et d'être construits à partir du préfixe « re- ». Parmi ses significations²¹²², ce préfixe marque à la fois « *la répétition ou la reprise* » et « *le retour dans un état antérieur* ». On les envisagera successivement.

701. La construction de « reconversion » à partir du préfixe itératif. Le préfixe « re- » précède de nombreux verbes et c'est le cas de « *convertir* ». Il acte la transformation d'« *une chose en une autre*²¹²³ ». La définition du verbe « *convertir* » rejoint le sens commun de la reconversion, laquelle est envisagée comme une « *transformation par laquelle on adapte quelque chose à une situation ou à une activité nouvelle*²¹²⁴ ». La proximité des définitions fait se confondre le verbe « *convertir* » et le nom « *reconversion* ». Nous ne sommes pas les premiers à l'observer. Déjà en 1954, le président confédéral Maurice Baladoux indique que les deux termes, « *conversion* » et « *reconversion* », « *sont employés l'un pour l'autre*²¹²⁵ » ; alors que le premier suffirait.

702. L'utilisation à tort de « reconversion ». Si la reconversion se présente comme une « *deuxième conversion*²¹²⁶ », il ne faudrait alors s'intéresser qu'à la seule « *conversion* ». La « *reconversion* », marquant un « *retour dans un état antérieur* », ne semble pas convenir pour notre étude. L'exemple fourni par l'article de 1954 en atteste : il évoque le retour d'une usine d'automobiles à ses activités civiles, après avoir fabriqué des chars pendant la guerre²¹²⁷. En économie, le terme « *reconversion* » comprend une empreinte historique : il désigne « *l'adaptation de la production de guerre à la production de paix*²¹²⁸ ». C'est pourquoi, lorsqu'on se rapporte

J.-D. n°Ø, CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 22 janv. 2016, n°13/21184, J.-D. n°Ø, CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 fév. 2015, n°12/22955, J.-D. n°2015-002375, CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 11 sept. 2014, n°12/18874, J.-D. n°Ø, CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 28 juin 2013, n°12/01138, J.-D. n°2013-015761, CA Colmar, Ch. civ. 01, sect. A, 17 mai 2011, RG n°1 A 09/00510.

²¹²⁰ Not. CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 10 déc. 2010, n°09/14884, J.-D. n°Ø : « *Considérant que le préavis a pour objet de permettre après rupture la réinstallation du commerçant concerné en prenant en compte l'ensemble des facteurs, notamment la difficulté à se réinstaller en tenant compte des difficultés rencontrées pour ne pas perdre une partie de la clientèle constituée* ». Pour une jurisprudence refusant d'indemniser « *des frais de réinstallation* » : CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 30 mars 2017, n°15/10192, J.-D. n°2017-006379.

²¹²¹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 17 oct. 2018, RG n°16/10538, J.-D. n°2018-018686 : « *il appartenait à [l'auteur de la rupture] [...] de consentir à son partenaire un préavis suffisant pour se retourner* », souligné par nous.

²¹²² V° « *R(e)-, Ré-* », Dictionnaire de l'Académie française, version en ligne : « *Élément de composition qui entre dans la formation de nombreux mots, principalement des verbes et leurs dérivés. Il marque la répétition ou la reprise (...). Il peut aussi indiquer le retour dans un lieu ou le retour à un état antérieur (...). Il peut enfin avoir un sens augmentatif (...), ou une valeur intensive, (...).* »

²¹²³ V° « *Convertir* », Dictionnaire de l'Académie française, version en ligne.

²¹²⁴ V° « *Reconversion* », Dictionnaire de l'Académie française, version en ligne.

²¹²⁵ M. BOULADOUX, La reconversion, dont on parle tant, n'est-elle pas une façade derrière laquelle il n'y a rien ?, Recherches : éléments d'études et de recherches pour militants syndicalistes, 1954-11, pp. 33-39, consulté en ligne depuis Gallica, le mar. 02 juin, ark:/12148/bpt6k6310112r. Cet article d'actualité appréhende la notion de reconversion à l'aune du D. n°54-951 du 14 sept. 1954 relatif à l'adaptation de l'industrie, le reclassement de la main d'œuvre et la décentralisation industrielle (publié au JORF du 23 sept. 1954, p. 9054).

²¹²⁶ M. BOULADOUX, La reconversion, dont on parle tant, n'est-elle pas une façade derrière laquelle il n'y a rien ?, *ibid.* p. 33.

²¹²⁷ *Ibid.* p. 33. Pour l'exprimer autrement, l'entreprise a d'abord transformé sa production dans le contexte de l'économie de guerre, puis, à l'issue de celle-ci, l'a de nouveau transformée pour retourner à sa production initiale.

²¹²⁸ A. SILEM (dir.), Lexique d'économie, Dalloz, sept. 2018, Éd. n°15, ISBN n°978-2-247-18498-9, V° « *Reconversion* ».

spécifiquement à cette définition, un abus de langage est relevé²¹²⁹. La « *reconversion* » est utilisée à tort pour évoquer la « *conversion* ». Communément admis et usité, le premier a supplanté le second, en le détournant de son contexte historique et économique.

703. Une utilisation pure irréaliste. Pour notre étude, l'entreprise victime n'aspire pas à retourner à ses activités, telles qu'elles pouvaient exister antérieurement à la relation établie rompue. Dans l'application des principes de responsabilité civile, pour la réparation de la brutalité de la rupture de relations établies, la réparation intégrale vise « *le rétablissement de l'état antérieur*²¹³⁰ ». La reconversion y trouverait sa raison d'être. Elle s'insère parfaitement dans l'application pure du principe de réparation intégrale. Mais cette application relève du juridisme et ne peut être atteinte. Ce mouvement de recul s'oppose à celui résolument inverse des entreprises. Dans leur dynamique, elles n'aspirent qu'à croître, tout le moins à se maintenir, mais jamais à reculer²¹³¹.

704. L'empreinte sociale. Lorsque lui est accolé l'adjectif « *professionnel* », la reconversion relève indéniablement de la matière sociale. Pour la suite, on y fait écho afin de tenter de décrire ce qu'est, en elle-même, la « *reconversion* ». Après avoir constaté que le terme employé est utilisé à tort, on continue le recensement d'autres éléments pour pouvoir déterminer si le terme est approprié.

2. Un changement consécutif à des circonstances modifiées de façon unilatérale

705. Les activités, sujettes à reconversion. De façon générale, les définitions relatives à la « *reconversion* » intéressent deux matières : l'économie et le travail²¹³². Elles intéressent alors les activités : celles de l'entreprise et celles du salarié. Cette dichotomie rejoint celle adoptée par le

²¹²⁹ *Ibid*, pp. 215-216, V° « *Conversion* », sens 2 (sens étroit), b. pour « conversion industrielle » ou « conversion économique » : « On parle à tort dans ce cas, de reconversion industrielle car cette dernière expression indique un retour à ce qui a été momentanément abandonné en raison d'évènements extérieurs comme une guerre. »

²¹³⁰ *Supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2. Section 2. Les aspects juridico-économiques de la réparation – *L'évaluation du préjudice, la poursuite d'une compensation satisfaisante*, §1. Le calcul approximatif du gain manqué, B. L'indétermination des éléments de l'assiette de calcul, 1. La réparation par la marge : une compensation du gain manqué.

²¹³¹ Lorsque des conglomerats se séparent de certaines branches d'activités, la réduction des activités pourrait s'apparenter à un recul. Mais il s'agit davantage d'une rationalisation des activités pour permettre à l'entreprise de subsister (pour un exemple : accusant des pertes colossales en 2018, le conglomérat étatsunien General Electric se sépare depuis de certaines activités, A. BARBAUX, Mais où s'arrêtera le démantèlement de General Electric ?, Usine Nouvelle, 30 oct. 2018, consulté depuis l'url : <https://www.usinenouvelle.com/article/mais-ou-s-arretera-le-demantelement-de-general-electric.N762969>, le sam. 18 juin 2020.

²¹³² V° « *Reconversion* », Dictionnaire de l'Académie française, version en ligne. V° « *Reconversion* », CNRTL, version en ligne. Ces deux dictionnaires proposent de décliner la définition de la « reconversion » par une première acception liée à l'économie, et par une seconde liée au travail. Bien que rares, d'autres sens peuvent être toutefois être prêtés au terme « *reconversion* ». Il s'agit alors de considérer la religion (« faire retrouver la foi perdue ») ou encore « *l'adaptation d'un état d'esprit, d'une mentalité individuelle ou collective à une situation nouvelle* ».

droit. Le dictionnaire du vocabulaire juridique de l'Association Capitant fournit deux définitions de la reconversion²¹³³ : la première concerne le salarié²¹³⁴, la seconde l'entreprise²¹³⁵. Les activités ne sont pas leurs seuls traits communs, on en relève un autre susceptible de définir la reconversion. Toutefois, une différence d'importance mettra un terme à toute comparaison ultérieure entre les matières.

706. Un changement de circonstances. En droit social, la reconversion professionnelle concerne, notamment, le salarié licencié pour motif économique²¹³⁶, le salarié victime d'atteintes d'accidents du travail et de maladies professionnelles²¹³⁷ ou bien encore le salarié démissionnaire²¹³⁸. Pour tous, des dispositions existent pour leur permettre d'occuper de nouveau un poste de travail. Ils vont suivre des formations, possiblement obtenir un diplôme, le tout pour ajouter à leur formation initiale, et ainsi l'adapter, pour pouvoir occuper un emploi différent du précédent. La reconversion professionnelle du salarié est envisagée lorsqu'un changement se produit, quelle que soit par ailleurs sa nature. De façon abstraite, des changements succèdent à un changement de circonstances, de situation. Spécifiquement, on envisage le cas du salarié licencié pour motif économique.

707. Un changement unilatéral de circonstances. S'agissant du salarié licencié pour motif économique, le licenciement émane de l'employeur. Le salarié subit la mesure prise. Cette circonstance peut être transposée à la victime de rupture brutale, subissant également une rupture unilatérale. Les ruptures imputées, à l'employeur ou à l'auteur, rendent le salarié et la partie évincée en position de subir ; ces derniers ne prenant pas part à la décision des premiers.

²¹³³ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, *ibid.*, p. 857, V° « Reconversion ».

²¹³⁴ *Ibid.*, V° « Reconversion », sens 1 : « Série de mesures par lesquelles un salarié licencié est préparé à occuper un emploi ne répondant pas à sa spécialité ».

²¹³⁵ *Ibid.*, V° « Reconversion », sens 2 : « Opération par laquelle une entreprise modifie soit le processus de fabrication, soit l'objet fabriqué. »

²¹³⁶ Art. L. 1233-61 du Code du travail : « Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, lorsque le projet de licenciement [pour motif économique] concerne au moins dix salariés dans une même période de trente jours, l'employeur établit et met en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre ». Selon l'article L. 1233-62 du même Code, « Le plan de sauvegarde de l'emploi prévoit des mesures telles que : [...] 5° Des actions de formation, de validation des acquis de l'expérience ou de reconversion, de nature à faciliter le reclassement interne ou externe des salariés sur des emplois équivalents ». L. MECHIN (dir.), *Mémento social 2020*, Éd. Francis Lefebvre, n°48176.

²¹³⁷ F. RIGAUD (dir.), Santé, sécurité et conditions de travail au quotidien, Wolters Kluwers, 105-55 *Quels sont les droits du salarié déclaré inapte à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ?* maj avr. 2020 : « Depuis le 1^{er} janvier 2019, les victimes atteintes d'accidents du travail et de maladies professionnelles, atteintes d'une incapacité permanente d'un taux supérieur ou égal à 10%, peuvent, au titre de la reconversion professionnelle, bénéficier d'un abondement de leur compte personnel de formation (CPF) pour financer tout ou partie d'une formation de nature à favoriser cette reconversion ».

²¹³⁸ L. MECHIN (dir.), *Mémento social 2020*, Éd. Francis Lefebvre, n°6550 Démission pour reconversion : « Une démission dans le but de mettre en œuvre un projet de reconversion professionnelle nécessitant le suivi d'une formation, ou se traduisant par un projet de création ou de reprise d'entreprise, ouvre droit au versement d'allocations de chômage à condition que [...] ». Pour ce cas, en se référant au cadre légal, notamment à la lecture de l'article L. 5422-1 du Code du travail, référence est faite à un « conseil en évolution professionnelle ». L'évolution professionnelle ne se substitue pas à la reconversion professionnelle dans la mesure où elle se rapporte au travail d'une personne, toutefois il est intéressant d'imaginer qu'il puisse y avoir des évolutions professionnelles sans recourir impérativement à des reconversions. Les différents termes employés impliquent des subtilités et des différences de degrés, bien qu'ils aient un but commun autour de l'emploi professionnel.

Toutefois, les reconversions envisagées dans les deux cas doivent d'être distinguées et la comparaison entre matières va prendre fin.

708. Des reconversions incomparables. En droit social, le contrat de travail est un lien de subordination entre l'employeur et son salarié²¹³⁹. Lorsque l'employeur licencie un salarié pour motif économique, une obligation de reclassement pèse sur lui²¹⁴⁰. Il est alors contraint de mettre en œuvre un ensemble de mesures pour garantir le retour à l'emploi du salarié dont il se sépare. Ce dernier bénéficie d'une protection. La reconversion envisagée pour le salarié licencié ne peut en aucun cas être reproduite en notre matière. Les relations établies sont nouées entre des entreprises qui font affaire ensemble. à l'origine, prévu pour endiguer les déréférencements, l'encadrement des ruptures brutales n'est pas conditionné dans son application à la démonstration d'une quelconque asymétrie des forces en présence. L'état de dépendance économique est l'un des paramètres à prendre en considération pour apprécier la reconversion de la victime. Mais la dépendance économique n'est pas une condition d'application des dispositions étudiées²¹⁴¹. Par conséquent, la protection offerte au salarié licencié ne saurait être déclinée pour la victime d'une rupture brutale.

709. Un intervalle de temps intercalé entre les changements. Le changement de circonstances, la rupture ou le licenciement, appellent d'autres changements. La situation postérieure ne correspondra vraisemblablement plus à la situation initiale. Un intervalle de temps s'intercale entre ces deux périodes distinctes. Durant ce temps, les formations suivies par le salarié licencié font évoluer sa situation afin d'occuper un nouvel emploi, différent du précédent. Lors de la rupture brutale, des modifications sont envisagées. Opérées par l'entreprise évincée, elles doivent lui permettre de continuer son activité. Pour définir plus précisément ce que représente ce temps de reconversion, on détermine l'étendue des changements auxquels elle est susceptible de donner lieu.

²¹³⁹ Cass. Com., 13 nov. 1996, n°94-13.187, Bull. V, n°86, J.-D. n°1996-004273 : « *le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* ».

²¹⁴⁰ L. MECHIN (dir.), *Mémento social 2020*, *ibid*, n°47945 : « (...) *l'obligation de reclassement n'incombe qu'à l'employeur* (Cass. soc., 09 fév. 2000, n°97-44.023, J.-D. n°Ø) ».

²¹⁴¹ En notre matière, l'état de dépendance économique ne correspond pas à la dépendance économique telle qu'elle est envisagée, sous sa forme d'abus, par l'article L. 420-2 du Code de commerce. Pour rappel, l'état de dépendance économique renseigne sur le volume d'affaires que la victime effectue avec l'auteur. Sur cette distinction, v. *supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2 : L'appréciation du préavis, un exercice dévolu aux juges, §1. L'appréciation multicritères des juges, B. Les critères prétoriens indirectement visés par le dispositif, 1. L'influence de l'état de dépendance économique par une définition dépréciée,

B. La délimitation de l'étendue des changements

710. Avancée dans la définition. La reconversion s'envisage comme un intervalle de temps : consécutif à un changement de circonstances et appelant d'autres changements, de telle sorte que la période issue de la reconversion ne corresponde plus à la situation initiale. Pour continuer de la définir, on la distingue de notions voisines : la désorganisation et la réorganisation (1). Puis, on délimite l'étendue des changements car la reconversion appelle des modifications, sans pour autant que celles-ci puissent être assimilées à de profondes transformations (2). En définitive, on sera en mesure de fournir une proposition de définition.

1. Une différence d'ampleur avec la réorganisation

711. La désorganisation, une appréciation incidente. Avant de distinguer la réorganisation de la reconversion, on commence par l'opposer à la désorganisation. Empruntés aux actions en concurrence déloyale, elle apparaît incidemment en matière de rupture brutale²¹⁴². Les discussions autour de l'autonomie de l'action en concurrence déloyale²¹⁴³ ne remettent pas en cause l'existence d'actions distinctes les unes des autres : avec la concurrence déloyale d'un côté et de la rupture brutale des relations établies d'un autre. La désorganisation est l'une des formes que peut prendre la concurrence déloyale²¹⁴⁴. La désorganisation peut également « *provenir de la rupture brutale de la relation commerciale établie*²¹⁴⁵ ». Elle en est une conséquence, mais il faut convenir des conditions dans lesquelles la désorganisation pourra être indemnisée.

712. La qualification des changements engendrés par la rupture. Relevée à quelques reprises, la désorganisation n'est pas systématiquement accueillie en tant que préjudice. Pour l'être, elle doit impérativement découler de la brutalité de la rupture et non de la rupture elle-

²¹⁴² M. TEXIER, La désorganisation – Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise, Y. PICOD (préf.), Presses Universitaires de Perpignan, 605 p., ISBN n°2-914518-88-9, Introduction pp. 15-39, spéc. p. 37 : « *La rupture brutale de relations commerciales établies est de temps à autre l'occasion pour les juridictions de constater la désorganisation de l'entreprise évincée* ». Cette affirmation est corroborée par les quelques occurrences (« *désorganisation* ») présentes dans les jurisprudences des bilans établis chaque année par le Centre du droit de l'entreprise de la Faculté de Droit de Montpellier. Pour l'étude détaillée et actualisée des jurisprudences, nous renvoyons à un document de synthèse en annexe (V. Annexe 2).

²¹⁴³ M. MALAURIE-VIGNAL, Autonomie de l'action en concurrence déloyale, CCC n°6, juin 2019, dossier 4. Les références, sporadiques et circonstanciées à la désorganisation lors de ruptures brutales, rendent compte du maintien d'actions distinctes malgré une volonté, exprimée par certains, de fondre les pratiques restrictives de concurrence au sein d'un plus vaste ensemble relatif à « *la loyauté dans les pratiques commerciales* ».

²¹⁴⁴ Y. PICOD, Y. AUGUET, N. DORANDEU, Concurrence déloyale, in L. VOGEL, Rép. de droit commercial, Dalloz, oct. 2010, maj fév. 2020, n°162.

²¹⁴⁵ M. TEXIER, La désorganisation – Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise, *ibid.*, n°184, p. 156, l'autrice poursuit en indiquant que « *la désorganisation peut également survenir à la suite d'une rupture abusive* ».

même²¹⁴⁶. L'application de ce principe restreint la possibilité d'indemniser la désorganisation. Certaines circonstances peuvent néanmoins justifier que des décisions l'accueillent, mais celles-ci s'appuient sur leur propre explicitation de la désorganisation²¹⁴⁷. La fin d'une relation établie engendre assurément des changements²¹⁴⁸ ; si le préavis ne fait que les différer, la désorganisation n'est pas caractérisée²¹⁴⁹. De simples perturbations temporaires peuvent être observées. Le caractère passager, momentané, ne coïncide pas avec la perte d'un élément de l'organisation ou la perte d'une valeur concurrentielle nécessaire au fonctionnement de l'entreprise, selon la définition de la désorganisation²¹⁵⁰. En ce cas, la perte est telle que le fonctionnement est durablement atteint. La qualification va donc à la fois dépendre du degré de gravité des changements et du temps pour y pallier. La permanence des actions en concurrence déloyale et sur le fondement des ruptures brutales renforce notre conviction de poursuivre la délimitation de l'étendue des changements, pour pouvoir les différencier, afin d'isoler ce qu'est la reconversion pour notre matière.

²¹⁴⁶ Sur cette distinction, M. TEXIER, La désorganisation, *ibid.*, n°596, pp. 478-479 : « il convient de distinguer nettement le préjudice licite liés à la rupture de relation d'affaires et le préjudice de désorganisation résultant de la rupture brutale. Comme le rappelle la Cour d'appel de Douai, le contractant déçu « 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. CA Douai, 2^{ème} ch., 15 mars 2001, n°1999/01301, J.-D. n°2001-164640. Dans le même sens : CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 22 janv. 2016, n°13/21184, J.-D. n°Ø, « Mais considérant que l'article L. 442-6, I-5° du code de commerce vise à réparer le préjudice occasionné par le caractère brutal de la rupture, et non celui découlant de la rupture elle-même ». Plus anc., CA Toulouse, Ch. 02, Sect. 01, 12 oct. 2011, n°10/01339, J.-D. n°2011-024806, « Attendu que ce préjudice comprendra [outre la perte des quatre mois de préavis], une indemnité pour réparer la désorganisation de l'entreprise entraînée par les circonstances de la rupture ».

²¹⁴⁷ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 29 mars 2018, n°15/22669, J.-D. n°Ø : « il est démontré que la brutalité de la rupture a engendré une certaine désorganisation des services de [la victime] ». En visant « une certaine désorganisation » (souligné par nous), les juges semblent vouloir atténuer l'importance du qualificatif choisi ; ce dernier ne correspondant vraisemblablement pas à son corolaire en matière de concurrence déloyale. Plus explicitement : CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 08 juin 2016, n°13/21346, J.-D. n°Ø : « Il convient, pour fixer la durée du préavis prévu par l'article L. 442-6 I 5^{ème} du code de commerce, d'évaluer le temps nécessaire pour remédier à la désorganisation résultant de la rupture » ; la référence directe à la « désorganisation » est inhabituelle. Toutefois, le trouble suggéré est immédiatement dissipé par la phrase qui suit : « Il importe ainsi de tenir compte de la nature de la relation commerciale entre les sociétés, de l'ancienneté de cette relation, de son importance dans le chiffre d'affaire[s] de celui qui subit la rupture, ou des investissements qu'il a réalisés », classiquement, les éléments d'appréciation de la durée de préavis suffisant sont listés, sans qu'aucun élément novateur puisse être rapporté à la désorganisation telle qu'elle est entendue en concurrence déloyale, confirmée par Cass. Com., 05 avr. 2018, n°16-28.116, J.-D. n°Ø (rejet). La liste fournie pour l'appréciation du préavis, fait correspondre cette période permettant de pallier la désorganisation momentanée de l'entreprise évincée.

²¹⁴⁸ Sans aller jusqu'à arguer d'une désorganisation, d'aucuns allèguent des changements au titre des préjudices subis consécutivement à la brutalité de la rupture. En tant que tels, ils sont le plus souvent refusés par les juges qui les rattachent à la rupture des relations et non au caractère brutal de celle-ci. Not. CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 04 juill. 2013, n°11/07179, J.-D. n°Ø : « Les frais exposés par [la victime] pour procéder au changement de marques, soit les adaptations de la décoration intérieure du garage et le changement des enseignes lumineuses, ne sont que la conséquence de la rupture, qui n'est pas fautive en elle-même, mais non de la brutalité de la rupture qui seule peut être indemnisée, que ce soit sur le fondement contractuel ou sur celui de l'article L 442-6-I-5° du code de commerce. La [victime] doit donc être déboutée de cette demande. »

²¹⁴⁹ CA Aix-en-Provence, 1^{ère} Ch. A., 02 avr. 2013, n°12/02659, J.-D. n°2013-016220 : « Attendu que l'achat de matériels et de réactifs a été rendu nécessaire par la résiliation du contrat de collaboration, et que l'appelante aurait dû réaliser cet investissement, qui n'aurait été repoussé que de quelques semaines si l'intimée avait respecté un préavis plus conforme aux usages », souligné par nous.

²¹⁵⁰ Y. PICOD, Préface, in M. TEXIER, La désorganisation – Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise, *ibid.*, p. 8.

713. Les éléments d'une réorganisation. Pour distinguer la reconversion de la réorganisation, on choisit de se référer au cas particulier de la réorganisation d'un réseau automobile. Les règlements européens successifs, ainsi que la jurisprudence de la CJUE renseignent utilement sur l'ampleur qu'elle peut prendre. L'identification d'éléments généraux caractéristiques propres à la réorganisation permettra par la suite de définir la reconversion comme des modifications sans profondes transformations.

714. Les règlements d'exemption des accords de distribution automobile. Un réseau de distribution automobile repose sur des contrats de concession automobile²¹⁵¹. Ils peuvent être le siège de certaines restrictions de concurrence : la répartition des marchés par le constructeur peut conduire au cloisonnement du marché. Soumis à la prohibition de la pratique anticoncurrentielle d'entente²¹⁵², ces accords de distribution peuvent toutefois s'y soustraire, par la satisfaction des conditions de règlements d'exemption²¹⁵³. Leur existence témoigne, qu'en dépit des restrictions constatées, les effets de l'organisation d'un tel réseau comportent « *un certain nombre d'effets positifs sur le marché en cause*²¹⁵⁴ », *in fine*, bénéfiques aux consommateurs. À ce titre, le secteur automobile a bénéficié de plusieurs règlements d'exemption²¹⁵⁵. Ils rendent inapplicables l'article 101 §3 TFUE aux entreprises du secteur entrant dans leur champ d'application. On s'intéresse particulièrement aux deux règlements prévoyant la possibilité pour le fournisseur d'observer un préavis abrégé, en cas de résiliation de l'accord de distribution, pour réorganiser son réseau²¹⁵⁶. Bien qu'une telle disposition ne trouve plus application depuis le 31 mai 2010²¹⁵⁷, les éléments prétoriens donnés pour son interprétation sont très utiles pour appréhender ce que peut être une

²¹⁵¹ C. ALCALDE, La distribution automobile : étude juridique, D. MAINGUY (préf.), Études Teutates, CDM Montpellier, 2012, consulté depuis l'URL : <https://cdcmontpellier.files.wordpress.com/2015/01/cc3a9line-alcalde-la-distribution-automobile-etude-juridique-teutates-2012.pdf>, le ven. 05 juin 2020, spéc. p. 9

²¹⁵² Article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE »), JOUE n° C 326, du 26 oct. 2012, p. 47. Versions antérieures : article 81 du Traité instituant la Communauté européenne (« TCE »), JOUE n° C 325, du 24 déc. 2002, p. 33 et article 85 du Traité instituant la Communauté Économique Européenne (« CEE ») (1957).

²¹⁵³ « *En principe, les règlements d'exemption ont pour seul objet de préciser les conditions à remplir pour bénéficier d'une exemption par catégorie* », J. VOGEL, L. VOGEL, Droit de la distribution automobile, Bruylant, « Lawlex », Éd. n°1, oct. 2016, ISBN n°978-2-8027-5430-5.

²¹⁵⁴ C. ALCALDE, La distribution automobile : étude juridique, *ibid.*

²¹⁵⁵ Règlement CEE n°123/85 du 12 décembre 1984, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles, JOUE n° L 15, du 18 janv. 1985, p. 16 ; remplacé par : Règlement CE n°1475/95 de la Commission du 28 juin 1995, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles ; JOCE n° L 145 du 29 juin 1995, p.25. Règlement CE n°1400/2002 de la Commission du 31 juill. 2002, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, JOCE n° L 203 du 1^{er} août 2002, p. 30 ; l'application du règlement n°1400/2002 a pris fin le 31 mai 2010. « *La Commission a adopté un nouveau règlement automobile 461-2010 le 27 mai 2010, entré en vigueur le 1^{er} juin 2010, qui expirera le 31 mai 2023* ». Pour une étude d'ensemble : J. VOGEL, L. VOGEL, Droit de la distribution automobile, Bruylant, « Lawlex », Éd. n°1, oct. 2016, ISBN n°978-2-8027-5430-5.

²¹⁵⁶ Règlements n°1475/95/CE (art.5, n°3, 1^{er} tiret) et n°1400/2002/CE (art. 3, n°5, b. ii).

²¹⁵⁷ « *Le régl. n°1400/2002 est demeuré applicable jusqu'au 31 mai 2013 à l'activité de vente de véhicules neufs. Depuis, celle-ci a basculé dans le champ d'application du régl. n°330/2010. L'activité d'après-vente automobile est régie, depuis le 1^{er} juin 2010, par le régl. n°461/2010 du 27 mai 2010, JO L129 du 28 mai 2010, 52* » note de L. VOGEL, Droit européen des affaires, Dalloz, Précis, Éd. n°02, mars 2019, ISBN n°978-2-247-18504-7, p. 633. Nous précisons que le règlement n°330/2010 prend fin le 31 mai 2022.

réorganisation. Ils intéressent successivement l'ampleur de la réorganisation, puis ses caractères nécessaire et rapide.

715. Une réorganisation d'« ampleur »²¹⁵⁸. En jurisprudence, il est indiqué que « *la réorganisation implique nécessairement une modification de l'organisation des structures de distribution du fournisseur*²¹⁵⁹ ». Les changements à opérer ne concernent pas seulement les activités mais les structures qui les abritent. Les précisions, apportées par le même arrêt²¹⁶⁰, abondent dans le sens de modifications très importantes, apportées à : « *la nature ou à la forme des structures* », à leur « *objet* », aux « *modalités de la fourniture des produits et services concernés* », au « *nombre et [à] la qualité des participants* » et enfin, à « *leur couverture géographique* ». La réorganisation appelle à refonder – au moins pour partie – l'activité principale du fournisseur. En se référant à la structure, ce sont les éléments fondateurs²¹⁶¹ de l'activité qui vont être modifiés.

716. Le caractère nécessaire de la réorganisation. Le caractère nécessaire de la réorganisation n'a pu être apprécié à partir de l'« *appréciation commerciale subjective*²¹⁶² » du fournisseur. Les considérations d'ordre économiques et commerciales ressortent d'une vision et de choix propres à l'entrepreneur, et ne peuvent donc pas être appréhendées en tant que telles. Dès lors, il est précisé qu'objectivement, le fournisseur doit rapporter tout élément utile pour démontrer qu'en l'absence de réorganisation, il subirait des « *conséquences économiques défavorables*²¹⁶³ ». En réorganisant les bases de son activité, il pourra plus aisément faire face à la survenance de difficultés potentielles, pallier certains risques inhérents à son activité et appréhender les évolutions de son secteur d'activité.

717. La rapidité de la réorganisation. La période transitoire d'application de deux règlements d'exemption successifs en matière de distribution automobile s'est révélée problématique. Durant celle-ci, des têtes de réseaux ont résilié, en nombre, leurs accords de distribution en recourant au préavis abrégé ; pour le meilleur : se conformer au nouveau cadre juridique du règlement de 2002

²¹⁵⁸ R. BERTIN, Les conditions de recours à la procédure extraordinaire de résiliation avec préavis réduit à un an pour cause de réorganisation d'un réseau de distribution automobile, RLDA fév. 2007, n°13, 783, pp. 74-81, spé. P. 76.

²¹⁵⁹ CJCE 7 sept. 2006, VW-Audi Forhandlerforeningen c/ Skandinavisk Motor Co A c/ S, aff. C-125/05. Cass. com., 26 juin 2007, n°06-12.077, J.-D. n°2007-039828. L. ARCELIN, La vaine résistance des petits concessionnaires automobiles à la réorganisation des réseaux, LPA n°240 du 30 nov. 2007, p. 13 : « *Sans prendre partie sur la nature de la réorganisation, elle constate que la Cour d'appel « a fait ressortir que la réorganisation substantielle du réseau était nécessaire pour des raisons tant juridiques qu'économiques* » ».

²¹⁶⁰ *Ibid*, considérant 29.

²¹⁶¹ *Ibid*. Les éléments fondateurs font en écho aux « *éléments profonds* ». Nous insérons un extrait d'une des questions préjudicielles posées à la CJCE, qui fait état d'une différence dans les traductions : « *Le terme 'nécessité' se retrouve dans toutes les versions linguistiques du règlement n°1475/95, mais le terme 'profondément' ne se trouve que dans la version danoise* ». La question préjudicielle intéresse alors la nature de la réorganisation du fournisseur.

²¹⁶² *Ibid*, considérant 38.

²¹⁶³ *Ibid*, considérant 38.

et proposer de nouveaux contrats, et, pour le pire : exclure définitivement certains de leurs distributeurs²¹⁶⁴. Ces derniers ont agi contre les concédants. Le préavis abrégé étant une dérogation au principe²¹⁶⁵, il est à envisager strictement. La réorganisation projetée ne doit dès lors pas déjà être entamée ou avoir eu lieu dans les années les plus récentes précédant les résiliations²¹⁶⁶. La réorganisation doit alors répondre à une exigence de rapidité²¹⁶⁷. L'étude de la réorganisation dans le cas particulier des réseaux de distribution automobile livre ses éléments caractéristiques, desquelles on tire des enseignements généraux. On les remet successivement en perspective avec notre étude.

2. Une période propice à pallier les difficultés de la brutalité

718. La continuation d'activités suite à un changement de circonstances. La réorganisation commande que l'entreprise, qui s'y emploie, s'attèle à modifier les fondements de ses activités. Il ne s'agit pas pour elle de procéder à des ajustements mais d'aller au-delà. Les conversions des activités se produisent au fur et à mesure des évolutions et des révolutions. Les entreprises adaptent leurs activités à ces nouvelles circonstances. Ce changement de circonstances est un révélateur pour l'entreprise : soit elle trouve une nouvelle façon de s'y épanouir, soit elle y résiste, soit elle y est indifférente. Ses réactions, ou la combinaison de celles-ci, conditionnent, au moins pour partie, la continuation de ses activités. On ne pense pas qu'une rupture, même brutale, d'une relation établie soit susceptible d'entraîner des changements d'une telle envergure. Il convient de le vérifier.

719. Des inadaptations antérieures à la rupture brutale. Pour nous, la cessation d'une relation établie ne peut pas remettre en cause l'ensemble des activités d'une entreprise. C'est pourquoi, et le plus souvent, les coûts de restructuration, allégués au titre des préjudices subis lors

²¹⁶⁴ R. BERTIN, Les conditions de recours à la procédure extraordinaire de résiliation avec préavis réduit à un an pour cause de réorganisation d'un réseau de distribution automobile, *ibid*, pp. 74-75.

²¹⁶⁵ *Ibid*, p. 76.

²¹⁶⁶ *Ibid*, pp. 76-77.

²¹⁶⁷ CJCE 7 sept. 2006, *ibid*, considérant 40.

de la rupture, ne sont pas indemnisés²¹⁶⁸, tout comme les frais afférents à une réinstallation²¹⁶⁹. Néanmoins, un changement soudain peut entraîner des difficultés. Le préavis octroyé doit alors permettre d'y pallier et, si c'est possible, de les résoudre. À défaut, ce n'est peut-être pas que le délai était trop court, mais que les difficultés étaient plus profondes. Le fait qu'un partenaire souhaite mettre un terme à une relation peut trouver diverses justifications. Parmi elles, la comparaison faite avec d'autres peut révéler des conditions tarifaires moins avantageuses ou des conditions économiques moins intéressantes²¹⁷⁰. Sans contraindre l'auteur à motiver sa rupture, une entreprise cherche vraisemblablement à traiter dans des conditions qui lui sont profitables. Le fait que l'entreprise évincée ne puisse pas proposer de conditions similaires, ou un produit ou service augmenté de nouvelles propriétés, peut rendre compte d'une inadaptation. Le cas échéant, ce n'est pas à l'auteur d'une rupture de supporter la réorganisation de son ancien partenaire.

720. La rupture potentiellement révélatrice de difficultés profondes. L'ampleur des mesures de réorganisation conduirait assurément à l'allongement des préavis. Mais s'il faut envisager la réorganisation de la victime, sa nécessité préexistait à ce changement de situation. La durée du préavis ne devrait donc pas être proportionnée à la durée des transformations à accomplir. On a constaté que la nécessité de la réorganisation d'un réseau automobile était justifiée de façon objective par la démonstration de « *conséquences économiques défavorables* ». Si celles-ci sont constatées de façon consécutive à une rupture brutale²¹⁷¹, on les relie à une réorganisation qui n'a pas été effectuée antérieurement. Les difficultés rencontrées suite à une cessation de relations d'affaires ne lui sont qu'indirectement imputables, puisqu'elles la précèdent.

²¹⁶⁸ Not. : CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 fév. 2015, RG n°12/20264, J.-D. n°2015-002382, CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 fév. 2015, RG n°12/19910, J.-D. n°Ø, « *Considérant que la rupture n'est pas en soi fautive, seule la rupture brutale donne lieu à indemnisation, laquelle correspond à une indemnité compensatrice évaluée en fonction de la durée du préavis jugée nécessaire ; qu'en conséquence, [la victime] ne peut réclamer une indemnité complémentaire correspondant au coût de sa restructuration* », souligné par nous ; v. aussi : CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 02 mars 2017, n°15/10786, J.-D. n°Ø, CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 22 janv. 2016, n°13/21184, J.-D. n°Ø, CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 fév. 2015, n°12/22955, J.-D. n°2015-002375, CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 11 sept. 2014, n°12/18874, J.-D. n°Ø, CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 28 juin 2013, n°12/01138, J.-D. n°2013-015761, CA Colmar, Ch. civ. 01, sect. A, 17 mai 2011, RG n°1 A 09/00510.

²¹⁶⁹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 30 mars 2017, n°15/10192, J.-D. n°2017-006379 : « *sont ainsi écartées les demandes afférentes à l'indemnité de emploi qui visent des frais de réinstallation qui auraient été, en tout état de cause, induis en cas de rupture régulière du contrat* », souligné par nous.

²¹⁷⁰ En ce sens, A. VAN EEVKHOUT, La durée du préavis de rupture d'une relation d'affaires, *Revue des contrats* n°2, 01 avr. 2005, p. 491 : « *Les entreprises deviennent [...] particulièrement vigilantes, au terme naturel du contrat, afin d'éviter les contentieux, voire même peuvent être tentées de prolonger artificiellement la relation contractuelle plutôt que de risquer d'être condamnées sur le fondement d'une rupture brutale. En pratique et plus particulièrement dans les contrats à durée indéterminée, la relation contractuelle peut se trouver ainsi prolongée alors même que cette dernière, soit n'est pas économiquement viable, soit n'offre pas tous les critères de satisfaction sans pour autant justifier une résiliation pour faute* ». Il faut admettre qu'il y a un certain artifice à vouloir prolonger une relation d'affaires dont l'auteur ne se satisfait pas. En définitive, ça ne peut être que parfois repousser l'inévitable : l'entreprise évincée peut péricliter si ses difficultés sont trop importantes.

²¹⁷¹ Les nombreuses actions, sur le fondement de la rupture brutale des relations commerciales établies, élevées par des organes de procédures collectives ne peuvent que corroborer cette affirmation.

721. La dynamique des cessations de relations. Économiquement, la dynamique des échanges repose sur une adaptation permanente de l'offre à la demande. Cela amène les entreprises à se lier, et se délier, continuellement, de relations d'affaires. L'examen des cas de ruptures brutales ne doit pas occulter le fait que l'on traite exclusivement les litiges qui y sont liés, et non de l'ensemble des ruptures ayant lieu. On ne peut pas établir précisément la part des ruptures dont on a à connaître depuis le contentieux ; toutefois, ce qui est certain c'est qu'une partie des ruptures nous échappe. Parmi elles : certaines ne sont pas brutales, même si l'on est enclin à penser que d'autres le sont. Mais ces dernières ne font pas l'objet de contentieux. Plusieurs raisons peuvent être avancées : une méconnaissance du cadre légal, l'accès à des conseils, le coût et la longueur des procédures, les risques d'échecs ; on y ajoute : la continuation des activités par la conclusion de nouveaux accords, de nouveaux partenariats. L'« *effet d'aubaine*²¹⁷² » attaché aux dispositions ne doit pas rendre global le traitement qu'il réserve à ses contentieux. Il reste que pour certaines entreprises, la fin d'une relation commerciale peut acter la fin de leur propre activité.

722. Les entreprises dépendantes. Les règlements d'exemption en matière de distribution automobile intéressent le cas particulier des concessionnaires. Dans l'hypothèse où leur activité repose sur la distribution, la réparation et le service après-vente associé aux seules marques d'un constructeur automobile, d'évidence, si celui-ci lui retire la concession, le concessionnaire se retrouve sans aucune activité. Il en va de même pour certains franchisés, distributeurs ou importateurs exclusifs. Ces opérateurs sont dépendants de la manne d'activité d'un seul autre opérateur. La cessation de leur relation doit être encadrée et organisée de sorte à ne pas laisser l'entreprise évincée sans ressource. Dans ces conditions, une réorganisation s'envisage. Ses activités devront être profondément modifiées. C'est la condition de dépendance qui doit guider l'ampleur des modifications à opérer. Elle rend nécessaire l'existence de dispositions spécifiques intéressant seulement certaines entreprises. À l'opposé, elle ne saurait, sans être préalablement démontrée, exigée d'un auteur qu'il respecte un temps de préavis proportionné à une réorganisation, au risque d'altérer une réalité qui est toute autre.

723. La rapidité, un trait commun dans des perspectives temporelles différentes. Après avoir analysé leurs différences, la réorganisation et la reconversion présentent un trait commun : celui de la rapidité. Malgré les transformations profondes d'une réorganisation, celle-ci ne peut néanmoins s'envisager qu'à court ou moyen terme. À défaut, de nouvelles difficultés pourraient apparaître. Les changements, à opérer par l'entreprises évincée, doivent pouvoir être réalisés durant un préavis d'une durée limitée. Cependant, cet intervalle de temps ne peut pas être aussi

²¹⁷² Not. rappelé par : M. CHAGNY, Jurisprudence : La règle sur la rupture brutale entre droit spécial de la concurrence et droit commun de la responsabilité civile, RTD Com. n°04 du 19 janv. 2017, p. 719.

important que celui consacré à une réorganisation. Il convient de remettre en perspective la rapidité exigée pour chacune des modifications dans leurs intervalles de temps respectifs. L'auteur d'une rupture est dans l'impossibilité d'octroyer un délai de préavis permettant une réorganisation, au risque de lui-même se mettre en difficulté. Le maintien des conditions de la relation rompue pourrait aussi limiter ses possibilités de nouer de nouveaux liens. Ainsi, la fragilisation des entreprises, à soutenir lors d'une rupture brutale, s'étendrait à celles qui sont supposées leur garantir un soutien. Pour l'éviter, les durées de préavis doivent être limitées, et bien davantage par rapport aux dix-huit mois proposés par l'article L. 442-1, II du Code de commerce.

724. Définition négative. La reconversion n'est ni la désorganisation, ni la réorganisation. La cessation d'une relation engendre nécessairement des changements mais ne fait pas disparaître entièrement ce pourquoi l'entreprise existe, ce en quoi elle se distingue des autres et ce par quoi elle est constituée. Au terme d'une relation établie, l'activité de l'entreprise perdure. Si tel n'est pas le cas, soit les difficultés auxquelles l'entreprise doit faire face sont plus profondes, soit son activité s'est exercée au sein d'une relation caractérisée par la dépendance. D'une part, la rupture brutale révèle les failles d'une entreprise, mais il ne peut en aucun cas lui être imputé une désorganisation d'ensemble. D'autre part, l'état de dépendance économique justifie qu'une réorganisation se mette en place. L'ampleur des changements est rendue nécessaire pour que l'entreprise évincée puisse de nouveau exercer une activité.

725. Définition positive : une transition. Sans faire référence ni aux changements ni à sa notification écrite, le préavis correspond à une transition. Le préavis est une période : c'est un temps prescrit légalement. L'article L. 442-1, II du Code de commerce le prévoit négativement et l'article 1211 du Code civil positivement. Le premier texte prévoit ce qu'il advient du justiciable qui n'en observe pas²¹⁷³. Pour le second, la résiliation unilatérale offerte aux cocontractants est conditionnée par une obligation de faire²¹⁷⁴. Consécutif à un changement unilatéral de circonstances, le préavis se déroule de façon à permettre à la partie subissant la rupture de pallier les difficultés occasionnées par la brutalité de celle-ci. Au terme « reconversion », on préférera celui de « transition » pour désigner l'état intermédiaire, correspondant à celui qui s'intercale entre l'annonce faite de la rupture et la rupture effective.

²¹⁷³ C. Com., art. L. 442-1, II : « en l'absence d'un préavis ».

²¹⁷⁴ C. civ., art. 1211 : « sous réserve de respecter le délai de préavis ».

SECTION 2 : DES PROTECTIONS PRÉCAIRES

726. Une mesure de protection défavorable à la concurrence. Envisagé comme une transition, le préavis permet à la victime de continuer ses activités, telles qu'elle les déployait avec l'auteur, avec d'autres entreprises. Les conditions loyales de sortie d'une relation établie sont ainsi garanties. Elles sont renforcées dès lors qu'un fort degré de dépendance existe entre entreprises liées. En jurisprudence, cela se traduit par l'allongement des durées de préavis et l'augmentation de l'indemnisation. Les mesures supportées par les auteurs les ont conduits à faire supporter les coûts des ruptures sur les consommateurs : en répercutant le surcoût sur les produits ou services acquis par eux. Les effets néfastes engendrés sur la concurrence font douter de la possibilité de faire perdurer les dispositions qui en sont à l'origine. Pour concilier le respect de préavis avec la préservation de la concurrence, est-ce que la protection des dispositions devrait être limitée aux seules victimes dépendantes ? Dans l'affirmative, il faudrait que leur état soit préalablement caractérisé (§1). D'autres moyens peuvent être soulevés, mais constatant les faiblesses propres à la justice d'urgence en faveur de la victime, il faudra envisager l'assurance du risque d'indemnisation de rupture brutale supporté par l'auteur, afin de sauvegarder sa solvabilité à l'issue des mesures contentieuses (§2).

§1. La protection des seules entreprises évincées dépendantes

727. Des protections concomitantes. La continuation des activités de l'entreprise évincée est facilitée par son indépendance économique vis-à-vis de l'auteur. Elle doit se défaire de l'idée d'être assistée à l'issue d'une relation établie. Aucune obligation d'assistance ne devrait peser sur l'auteur (A). Les considérations solidaristes se conçoivent strictement. « *La libre concurrence suppose la libre entreprise. La sujétion justifie la discrimination*²¹⁷⁵ ». Respectant ce double précepte, un traitement dédié aux victimes dépendantes pourrait se concevoir (B). Pour la préservation de la concurrence, la non-assistance de la part de l'auteur coïncide avec l'assistance des victimes dépendantes.

A. La non-assistance de l'auteur

728. Une solution fonction d'une conception. La poursuite des activités de la victime devrait être assurée sans que l'auteur de la rupture ait besoin de lui apporter son concours. La solution

²¹⁷⁵ C. CHAMPAUD, La concession commerciale, RTD Com. 1963, extrait n°3-1963, pp. 451-504, spéc. p. 499.

prévalant en droit de la distribution intégrée doit être généralisée à notre matière (1). Toutefois, cela n'est envisageable qu'après avoir posé l'alternative liée à la double conception possible de la relation établie. Entendue comme parent pauvre du contrat, la solution peut être directement réitérée. Mais en tant que notion, la protection accrue qu'elle commande pourrait justifier qu'une assistance bénéficie à la victime. Pour autant, on repousse un « *solidarisme relationnel* » (2). Notre refus se fonde conformément à la jurisprudence refusant de reconnaître un mandat d'intérêt commun à la fin d'une collaboration entre entreprises. De surcroît, la mutualisation des difficultés fait courir un risque de fragilisation pour l'auteur et ce, au détriment de la concurrence.

1. La généralisation de l'absence d'obligation d'assistance

729. L'accompagnement graduel de l'auteur. En pratique, des mesures d'accompagnement sont mises en œuvre par l'auteur en faveur de l'entreprise évincée. On les observe en jurisprudence. Elles se distinguent les unes des autres par l'importance du soutien apporté. Lorsqu'il s'agit simplement de « *suggestions de reconversion*²¹⁷⁶ », les entreprises évincées sont libres de les accepter ou de les refuser. Le soutien se renforce par l'indication précise d'« *une possibilité de reconversion auprès d'une autre entreprise nommément désignée*²¹⁷⁷ ». De surcroît, une « *mise en relation*²¹⁷⁸ » atteste d'actes, directement accomplis, pour assurer la continuation des activités de la victime. De façon encore plus accrue, la mise en œuvre d'un « *dispositif d'accompagnement [...] ayant permis le maintien du chiffre d'affaires*²¹⁷⁹ » de la victime lui assure la pérennité de ses activités malgré la rupture subie. Dans cet arrêt, l'assistance envers

²¹⁷⁶ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 14 déc. 2017, n°16/04578, J.-D. n°Ø.

²¹⁷⁷ Centre du Droit de l'Entreprise, Centre du Droit du marché, Faculté de droit de Montpellier, Application du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, Bilan des décisions judiciaires pénales (année 2005) et civiles (période du 1^{er} janv. 2004 au 1^{er} semestre 2006, à propos de CA Nancy, Ch. Com. 02, 11 fév. 2004, n°00/02960, J.-D. n°2004-264738, « *Attendu que l'intimée [l'auteur] a en outre invité l'appelante [la victime] à répondre aux appels d'offre que ferait la société choisie pour reprendre l'activité palettes – la société [reprenante] – pour la réparation des palettes qu'elle serait amenée à louer à [l'auteur]* » (p. 8). En l'espèce, l'auteur et la victime sont liés par un contrat de sous-traitance ayant pour objet la réparation des palettes. Lorsque l'auteur fait le choix d'externaliser son activité de traitement des palettes, il indique au sous-traitant, dont il se sépare, la société à laquelle il va dorénavant louer les palettes. Cette dernière procède par appel d'offres pour les prestations de réparation. Ainsi, l'auteur de la rupture a suggéré à son sous-traitant de répondre aux appels d'offres de la société qu'il lui a indiqués. L'arrêt poursuit en énonçant que « *l'opportunité de poursuivre l'activité de réparation de palettes avec la société choisie par [l'auteur] pour lui louer des palettes, lui avait été offerte pendant le délai de préavis, les négociations ayant échoué* » (p. 10). En définitive, malgré l'ensemble des démarches d'accompagnement impulsées par l'auteur, la victime n'a pas pu poursuivre l'activité sous-traitée.

²¹⁷⁸ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 14 déc. 2017, n°16/04578, J.-D. n°Ø : « *cette durée [24 mois] devait en effet suffire pour permettre à [la victime] de défloquer ses camions (ce qui n'était qu'une question de jours, voire de semaines) et de retrouver de nouveaux marchés, ce d'autant que [l'auteur] justifie l'avoir mise en relation avec d'autres entreprises de matériaux (...)* ».

²¹⁷⁹ CA Chambéry, Ch. com., 02 oct. 2007, n°07/00807, J.-D. n°2007-353932 : « *[La victime] a ainsi bénéficié d'un délai de préavis de plus de deux ans, largement supérieur aux usages, qui était amplement suffisant pour lui permettre de rechercher de nouveaux débouchés et procéder à toute reconversion utile le cas échéant, ce d'autant qu'il était doublé du dispositif d'accompagnement ci-dessus décrit* ». En l'espèce, les parties sont liées par un contrat de sous-traitance. Le donneur d'ordres délocalise ses activités de fabrication et de montage de skis de fond. Pour compenser l'enlèvement des machines-outils, le donneur d'ordres consent à augmenter ses tarifs. Une telle augmentation a non seulement permis au sous-traitant de maintenir son chiffre d'affaires, mais aurait également dû lui permettre le réaménagement des locaux et des temps de travail de ses salariés en adéquation avec les prestations à accomplir pour les nouveaux clients.

la victime est à son paroxysme. Dans celui-ci et dans les autres, les juges ont reconnu des préavis suffisants. Malgré cela, le lien de cause à effet ne semble pas établi et la question se pose de savoir si ces différents soutiens participent à retenir que la rupture n'a pas été brutale.

730. La négation d'un effet direct entre assistance et absence de brutalité. Les juges reprennent dans leurs arrêts les différentes mesures d'accompagnement. Ils peuvent y faire référence lorsqu'elles existent au moment de la notification de la rupture. Ce sera manifestement le cas car elles témoignent de l'anticipation avec laquelle l'auteur envisage la rupture, nécessairement antérieure à la communication de sa décision de rompre. Toutefois, leur appréciation semble entrer dans une appréciation plus globale. Cela nous empêche de savoir si de telles mesures peuvent à elles seules déqualifier la brutalité de la rupture. Sans pouvoir fournir de réponse plus précise, on examine la situation en une autre matière, dans laquelle l'assistance de l'auteur n'est pas exigée pour considérer l'absence d'abus dans la résiliation d'un contrat. Cette solution a cours en matière de distribution.

731. L'absence d'assistance du concédant. En distribution intégrée, lorsque l'auteur complète sa décision de rompre de mesures de soutien, sa bonne foi est avérée²¹⁸⁰. À l'inverse, la mauvaise foi de l'auteur n'est pas automatiquement caractérisée en l'absence d'assistance de sa part²¹⁸¹. Selon la Cour de cassation, aucune obligation d'assistance ne pèse sur le concédant²¹⁸² en vue de la reconversion de son concessionnaire. Les exclusivités²¹⁸³ ayant cours en distribution automobile créent une dépendance directe des concessionnaires envers les concédants²¹⁸⁴. Dans

²¹⁸⁰ M. TEXIER, La désorganisation – Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise, *ibid.*, p. 201 et s.,

²¹⁸¹ *Ibid.*

²¹⁸² Cass. Com., 06 mai 2002, n°99-14.093, Bull. 2002, IV, n°81 p. 87, J.-D. n°2002-014206, P. STOFFEL-MUNCK, La rupture d'un contrat de concession, en respectant le délai de préavis contractuel permettant au concessionnaire d'organiser sa reconversion, n'est pas abusive, le concédant n'étant pas tenu à une obligation d'assistance, JCP G n°39, 25 sept. 2002, II 10146.

²¹⁸³ C. CHAMPAUD, La concession commerciale, *ibid.* Le concessionnaire bénéficie d'une exclusivité territoriale et d'un monopole sur les produits « *prévendus* ».

²¹⁸⁴ Pour la caractérisation du lien de dépendance entre un concessionnaire et son concédant : C. CHAMPAUD, La concession commerciale, *ibid.* Dans cet article, l'auteur décrit avec précision ce qu'est la concession commerciale, en la mettant en perspective de ses enjeux économiques historiques (essor de la consommation et production de masse). De surcroît, il propose une définition du contrat de concession automobile, dont les termes employés font indubitablement référence au degré de dépendance entre entreprises : c'est une « *convention par laquelle un commerçant appelé concessionnaire, met son entreprise de distribution au service d'un commerçant ou industriel appelé concédant pour assurer, exclusivement, sur un territoire déterminé, pendant une période limitée, et sous la surveillance du concédant, la distribution des produits dont le monopole de revente lui est concédé* » (n°24, p. 471). V. aussi P. LE TOURNEAU, Concessions. – Distribution, circuits et réseaux de distribution. – Inventaire des diverses concessions. – Fondement et protection des réseaux de distribution, JCI Contrats Distribution, fasc. 1010, maj : 22 juill. 2014, spéc. n°35. Les contrats de concession sont des contrats de dépendance. Historiquement, la dépendance du concessionnaire envers le concédant est avérée. Néanmoins, et spécifiquement pour le secteur automobile, des modifications ont été apportées au cadre légal de l'organisation de la distribution. Au niveau communautaire, les règlements d'exemption ont successivement comporté des dispositions en faveur du multimarquisme. En ce cas, le concessionnaire peut « *proposer à la vente des produits de plusieurs concédants* », V. P. LE TOURNEAU, M. ZOÏA, Concession exclusive. – Effets et rupture, JCI Contrats – Distribution, fasc. 1035, maj 03 juill. 2019, n°10 (Exclusivité simple du concessionnaire : poly-concessionnaire multimarques). S'agissant du développement du multimarquisme, et de son appréciation, nous renvoyons aux développements de Céline ALCALDE dans sa thèse consacrée à la distribution automobile (C. ALCALDE, *ibid.*, spéc. n°233. Favoriser le multimarquisme et s. ; Le droit au multimarquisme (n°482 et s.)).

ce contexte, « *la rupture de la relation contractuelle est susceptible de provoquer la disparition économique de son partenaire*²¹⁸⁵ ». Malgré le risque avéré, le concédant-auteur n'est pas contraint de devoir garantir la pérennité des activités du concessionnaire dont il se sépare²¹⁸⁶. La solution est ancrée dans un secteur marqué par un rapport de force déséquilibré²¹⁸⁷. En l'absence de solution aussi explicite pour notre matière, on s'interroge sur la possibilité de généraliser cette situation aux ruptures brutales de relations établies.

732. L'extrapolation d'une solution. Le rapport de force asymétrique – la dépendance du concessionnaire envers le concédant – ne justifie pas que la tête de réseau accompagne la continuation des activités du concessionnaire évincé. La concession commerciale repose sur une triple subordination du concessionnaire envers son concédant : d'ordre commercial, comptable et financière²¹⁸⁸. En rappelant qu'aucune dépendance économique n'est à démontrer entre entreprises parties à une relation établie²¹⁸⁹, on ne conçoit pas qu'une entreprise exerçant son droit le plus strict, de rompre, puisse être tenue à davantage qu'une tête de réseau. Dès lors, la solution propre à la distribution pourrait trouver à s'appliquer dans notre matière. La généralisation envisagée semble par contre limiter la spécificité de la notion de relation établie. En effet, sa qualification conduit à offrir une protection accrue, parfois davantage que celle retirée d'une relation contractuelle. Malgré la protection découlant du dispositif, un « *solidarisme relationnel* » ne doit pas s'instaurer.

²¹⁸⁵ D. MAZEAUD, Le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire au vue de sa reconversion lors de la rupture du contrat, D. n°37, du 31 oct. 2002, p. 2842. C. CHAMPAUD, La concession commerciale, *ibid*, n°13, p. 462 : « *le concessionnaire qui ne vend que les produits du concédant se coupe à la fois de tout autre fournisseur et de toute autre clientèle que celle attachée à la marque de son co-contractant. Dans ces conditions, le non-renouvellement du contrat signifiera peut-être sa ruine et en tout cas, la perte de la plus grande partie de sa propre clientèle* ».

²¹⁸⁶ Solution réitérée par Cass. Com., 19 juin 2019, n°17-29.000, J.-D. n°2019-010770, CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 03 avr. 2019, n°17/12787, J.-D. n°2019-005150, N. FERRIER, Concurrence – Distribution, D. n°14 du 16 avr. 2020, p. 789, 2 – Distribution exclusive, à propos de la solution rendue par la Cour de cassation, le commentateur signale que « *si, dans la distribution exclusive, une obligation d'assistance est souvent mise à la charge du concédant, sa portée ne doit pas être exagérée* ». Les juges de la Cour d'appel de Paris tempèrent également, en ne visant aucune « *obligation* » : « *si le concédant doit une certaine assistance commerciale et technique au concessionnaire, qui peut être également assortie d'une assistance financière et d'un devoir de conseil, l'obligation d'assistance ne doit pas porter atteinte à l'indépendance juridique du distributeur* », souligné par nous.

²¹⁸⁷ C. CHAMPAUD, La concession commerciale, *ibid*, p. 454, 2., le terme « *concession* » est d'origine administrative : « *[...] à l'instar des contrats administratifs, la concession commerciale est une convention d'inégalité. Les intérêts du concédant prévalent. Il impose sa loi* » ; 3., p. 454, l'auteur évoque les « *petits entrepreneurs confrontés aux géants de l'industrie automobile* » ; 18., p. 465, exposant « *la domination économique et juridique du concédant* » ; 21., p. 467, réaffirmant « *la domination exercée ici par le fournisseur* » ; 23., p. 470, par rapprochement avec le sous-traitant : « *L'un et l'autre sont défendants d'une entreprise beaucoup plus puissante que la leur* », 49., p. 486, « *Le concessionnaire est, pieds et mains liés dans les mains du concédant* ».

²¹⁸⁸ C. CHAMPAUD, La concession commerciale, *ibid*, in Chapitre II Les obligations nées du contrat, Section II – Effets liés à l'intégration économique de l'entreprise du concessionnaire, n°1. Le contrôle de l'entreprise du concessionnaire, 1° La subordination commerciale et 2° La subordination comptable et financière.

²¹⁸⁹ Cass. Com., 17 mars 2004, n°02-17.575, J.-D. n°0 : « *l'arrêt relève à bon droit que la rupture brutale des relations commerciales établies peut être constatée indépendamment de toute situation de dépendance économique* » ; réaffirmé par : Cass. Com., 23 janv. 2017, n°04-16.779, n°04-17.951, Bull. 2007, IV n°8, p. 8, J.-D. n°2007-037046 : « *le respect d'un délai de préavis s'impose en cas de rupture d'une relation commerciale établie indépendamment de l'état de dépendance économique d'une partie envers l'autre* ».

2. Le refus du « solidarisme relationnel »

733. La protection accrue commandée par la notion de relation établie. La relation établie existe en tant que telle, sans aucune référence au contrat²¹⁹⁰. En l’outrepassant, elle enserme les entreprises dans des liens étroits, en dépit de la méconnaissance de l’auteur relativement au volume d’activité et à la part de chiffre d’affaires qu’il représente pour l’autre entreprise. Leurs rapports ne sont pas seulement réduits à des éléments quantifiables. La reconnaissance d’une relation établie saisit la loyauté²¹⁹¹, la confiance et la croyance légitime en sa poursuite²¹⁹². La protection se traduit également par l’allongement des délais de préavis²¹⁹³. La relation établie ne se retrouve pas non plus au cœur des limites posées à l’obligation d’exécuter le contrat de bonne foi²¹⁹⁴. La loyauté s’étend à son contact. Enfin et paradoxalement, son dessein protecteur pourrait même faire renoncer certains justiciables à leurs statuts spéciaux²¹⁹⁵. Ainsi présentée, la relation pourrait justifier qu’une assistance soit reconnue en faveur de l’entreprise évincée. Malgré tous les éléments précédemment visés, une obligation d’assistance ne devrait pas peser sur l’auteur.

734. Un refus en germe. Pour nous, la relation commerciale établie est une notion pouvant légitimer l’obligation d’assistance de l’auteur. On envisage cette possibilité, mais pour trancher entre les deux alternatives présentées : on s’oppose à la retenir. Généralement, ce serait d’abord

²¹⁹⁰ *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

²¹⁹¹ P. STOFFEL-MUNCK, La rupture d’un contrat de concession, en respectant le délai de préavis contractuel permettant au concessionnaire d’organiser sa reconversion, n’est pas abusive, le concédant n’étant pas tenu à une obligation d’assistance, JCP G n°39 du 25 sept. 2002, II, 10146. L’auteur met en relation la loyauté et le rapport entre cocontractants. A mesure que le rapport entre eux se densifie, par ancienneté, par étroite collaboration, par dépendance, alors l’exigence de loyauté s’en trouve renforcée. C’est exactement ce qui se produit eu égard à la reconnaissance d’une relation commerciale établie. Sa caractérisation impose que son dénouement s’entoure d’une loyauté renforcée. Cette présentation souffre de devoir concevoir des niveaux de loyauté. Ceux-ci transparaissent dans « l’épaisseur du concept de loyauté » visé par Le Professeur STOFFEL-MUNCK.

²¹⁹² *Not. Cass. Com.*, 20 nov. 2012, n°11-22.660, J.-D. n°2012-026570 : « [l’auteur] qui a, spontanément, signifié à [la victime] par courrier recommandé du [...], avec un préavis de neuf mois, le non-renouvellement du contrat en cause, n’a pas abusé de la confiance de son partenaire en lui laissant croire à la conclusion d’un nouveau contrat ». C.-A. MAETZ, Rupture brutale de relations commerciales établies, JCI Concurrence – consommation, fasc. 300, maj sept. 2019, 22. Éléments de définition (*in* 3° Existence d’une relation commerciale établie), *in fine* : « [...] cette précarité exclut alors la mise en œuvre de l’article L. 442-1, II du code de commerce, le préavis imposé par ce texte puisant précisément sa raison d’être dans la confiance, dans l’attente légitime du partenaire relativement à la pérennité de la relation d’affaires. ».

²¹⁹³ La durée de préavis peut être plus importante que celle prévue contractuellement (N. MATHEY, Concessionnaire : rupture brutale et préavis contractuel, JCP E n°50, 12 déc. 2013, 1693, « d’ordinaire, les juges se libèrent des prévisions contractuelles pour retenir un préavis plus long que celui fixé par les parties, ce qui a pour effet d’assurer une meilleure protection de la victime de la rupture », v. not. CA Paris, Pôle 05, Ch.05, 27 avr. 2017, n°15/11063, J.-D. n°Ø (préavis contractuel : trois mois, préavis accordé : quatre mois et demi, préavis suffisant apprécié par les juges : huit mois), *contra* les juges peuvent également retenir des durées de préavis plus courtes que celles des prévisions contractuelles : CA Reims, Ch. civ. Sect. 1^{ère}, 14 fév. 2017, n°15/02398, J.-D. n°2017-003723 (préavis contractuel : 24 mois, préavis suffisant apprécié par les juges : 12 mois). La prise en considération de l’état de dépendance économique concourt également à allonger le préavis (Cass. Com., 20 mai 2014, n°13-16.398, Bull. 2014, IV, n°89, J.-D. n°2014-010675, N. MATHEY, Rupture brutale de relations commerciales établies, CCC n°7, juill. 2014, comm. 158 : « la dépendance économique conduit simplement à un allongement du délai de préavis raisonnable »).

²¹⁹⁴ L. LEVENEUR, Des limites de l’exigence de bonne foi dans l’exécution du contrat, CCC n°10, oct. 2019, 151, se référant à Cass. Com., 10 juill. 2007, n°06-14.768, Bull. 2007, IV, n°188, J.-D. n°2007-040143.

²¹⁹⁵ N. MATHEY, Rupture brutale et mandat d’intérêt commun : précisions de procédure, CCC n°6, juin 2014, comm. 136, l’auteur indique que « dans certains cas, il pourrait être préférable de renoncer au statut de l’agence commerciale ». Il relève et met clairement en évidence « le paradoxe d’une législation spéciale sensée être plus protectrice mais dépassée par une règle plus générale [l’encadrement des ruptures brutales des relations commerciales établies] ».

faire supporter encore davantage de difficultés à l'auteur que celles qu'il encourt déjà avec l'imprévisibilité propre aux dispositions. Plus précisément, notre refus s'ancre conformément à la jurisprudence niant l'existence d'un mandat d'intérêt commun lors de la cession d'une collaboration entre entreprises²¹⁹⁶. Il est ainsi vain de vouloir superposer le mandat d'intérêt commun à la relation établie dans le but d'obtenir une indemnisation complémentaire.

735. L'instrumentalisation du préavis converti en dommages et intérêts. L'intérêt pécuniaire lié à la reconnaissance d'un mandat d'intérêt commun est patent, pourtant sa révocation ne donne pas automatiquement lieu à indemnisation²¹⁹⁷. L'obligation d'assistance ne peut se substituer²¹⁹⁸ à une indemnité de cessation de relation ; elle serait pareillement refusée. Le dénouement d'une relation établie ne se solde pas par le versement d'une indemnité mais pas le respect d'un préavis. De façon triviale et selon une maxime rebattue, le second correspond au premier. Finalement, l'indemnité est effective à l'issue du contentieux, puisque le préavis n'est pas observé mais converti en dommages et intérêts. S'il appartient à l'auteur d'octroyer un préavis, il ne peut ni suppléer l'inaction de la victime, ni porter sciemment atteinte à la reconversion de la victime.

736. Les obligations de faire et de ne pas faire de l'auteur. Le délai de préavis doit être suffisant pour permettre à la victime de se réorganiser²¹⁹⁹. Selon cette formule jurisprudentielle, l'auteur octroie un préavis pour que la partie évincée soit en mesure de réagir. L'auteur est cantonné à accorder ce laps de temps. Il ne lui appartient pas d'agir à la place de la victime pour assurer sa reconversion. S'il ne peut agir, il doit également s'abstenir de « *compromettre les chances de reconversion de son partenaire*²²⁰⁰ ». Un auteur nous rappelle que « *la mauvaise exécution du préavis peut être source de responsabilité alors même que la durée du préavis octroyé par l'auteur de la rupture serait raisonnable*²²⁰¹ ». D'un commun accord, les parties peuvent préparer la fin de leur relation, en prévoyant notamment une baisse progressive des

²¹⁹⁶ Cass. Com., 08 janv. 2002, n°98-13.142, Bull. 2002, IV n°1, p. 1, J.-D. n°2002-012506 : « *l'essor de deux entreprises non liées par un contrat de mandat est sans incidence sur les conditions de l'arrêt de leur collaboration* ».

²¹⁹⁷ D. FERRIER, Le contrat de concession exclusive ne constitue pas un mandat d'intérêt commun, D. n°37 du 22 oct. 1998, p. 333 : « *la notion d'intérêt commun n'emporte pourtant pas indemnisation de plein droit ; même un mandat d'intérêt commun à durée indéterminée peut être résilié sans indemnité lorsque le contrat exclut une indemnisation*, Cass. Com., 07 juill. 1983, Bull. civ. IV, n°209 [n°82-12.721, J.-D. n°1983-701642] règle rappelée implicitement par Cass. Com. 03 juin 1997, Bull. civ. IV, n°171 [n°95-12.402, J.-D. n°1997-002084] ».

²¹⁹⁸ P. STOFFEL-MUNCK, La rupture d'un contrat de concession, en respectant le délai de préavis contractuel permettant au concessionnaire d'organiser sa reconversion, n'est pas abusive, le concédant n'étant pas tenu à une obligation d'assistance, *ibid.*

²¹⁹⁹ Cass. Com., 02 oct. 2019, n°17-24.135, J.-D. n°2019-017096.

²²⁰⁰ N. MATHEY, Rupture de relations commerciales au cours du préavis, CCC n°10, oct. 2013, comm. 209, à propos de Cass. Com., 09 juill. 2013, n°12-20.468, Bull. 2013, IV, n°115, J.-D. n°2013-014585 et CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 23 mai 2013, n°12/01166, J.-D. n°2013-010560.

²²⁰¹ N. MATHEY, La mauvaise exécution du préavis peut être source de responsabilité, CCC n°11, nov. 2019, comm. 178.

commandes ²²⁰², la fin d'exclusivités concédées ²²⁰³ ou encore une « *solution de remplacement* »²²⁰⁴. Mais durant l'exécution du préavis, les entreprises ne doivent pas revenir sur leurs engagements – ou désengagements – respectifs au risque d'engager leur responsabilité. L'effectivité des mesures prises repose sur les comportements adoptés par les deux entreprises, sans quoi l'auteur pourrait lui-même se retrouver face à des difficultés.

737. La mutualisation²²⁰⁵ des difficultés. Abonder en faveur de l'assistance de l'entreprise évincée revient à répartir les difficultés qu'elle subit entre elle et l'auteur de la rupture²²⁰⁶. Y a-t-il un intérêt cela ? Cette mise en commun peut les faire paraître moins importantes du point de vue de chacune des entreprises. En théorie, de telles mesures pourraient résoudre certaines situations²²⁰⁷. Mais une telle technique ne pallie pas l'inaction de l'entreprise évincée. On fait de nouveau référence au dispositif d'accompagnement par lequel l'auteur avait consenti jusqu'à l'augmentation de ses tarifs afin de maintenir le chiffre d'affaires de l'entreprise qu'il évinçait. L'absence d'action de cette dernière lui a été préjudiciable. Elle n'a ni prospecté, ni réaménager son temps et son activité afin de pouvoir la poursuivre. Le préavis est un temps privilégié qui doit pousser l'entreprise évincée à agir. Son utilité est paralysée par son inanité, renforçant de surcroît les difficultés de part et d'autre de la relation.

²²⁰² Cass. Com., 27 mars 2019, n°17-18.676, J.-D. n°2019-004727.

²²⁰³ Cass. Com., 11 mai 2017, n°16-13.464, J.-D. n°2017-008860.

²²⁰⁴ Cass. Com., 09 mars 2010, n°08-21.055, J.-D. n°2010-001527, N. MATHEY, La rupture n'est pas brutale : une solution de remplacement a été proposée, CCC n°6, juin 2010, comm. 155. En l'espèce, une entreprise allemande s'approvisionne en lacets auprès d'un fournisseur. Rachetée par un « groupe » américain, les perspectives de production (de l'ordre de 20 millions de lacets sous blister, avec la mise en place d'une sous-traitance) ne correspondent vraisemblablement pas aux capacités du fournisseur. Il se voit alors proposer la continuation de ses activités durant deux années pour une catégorie de lacets destinés aux grandes surfaces et pendant une année pour une autre catégorie destinée aux magasins spécialisés. En plus de cela, les sociétés s'y approvisionnant lui proposent « *de lui racheter son stock et d'intervenir auprès de la société de droit américain Mitchell pour le rachat des machines devenues inutiles en fin de période* ». Malgré toutes les mesures prises en faveur de la continuation de l'activité du fournisseur, celui-ci l'assigne sur le fondement d'une rupture brutale de leur relation commerciale établie. En appel, puis en cassation, les juges considèrent que la rupture n'a pas été brutale.

²²⁰⁵ En l'absence de définition du terme « mutualisation » de la plupart des dictionnaires actuels, nous reprenons son approche sémantique telle que développée par Monsieur Philippe CALVEZ, directeur d'établissement sanitaire, social et médico-social, dans son mémoire intitulé « La mutualisation inter établissements : un défi managérial pour le directeur d'établissement sanitaire et médico-social », EHESP (consulté depuis l'URL : <https://documentation.ehesp.fr/memoires/2010/dessms/calvez.pdf>, le lun. 22 juin 2020), p. 5 : « *Le mot « mutualisation » fait partie du langage institutionnel, voire des lignes de financement de l'État et des collectivités. Or, il est très peu défini dans les dictionnaires même les plus récents. Pour autant, il renvoie à des notions qui appartiennent au même champ sémantique, à savoir « mutualiser », « mutuel », « mutualisme » et « mutualité ». La racine commune du latin « mutuus » se définit comme suit : « Qui s'échange entre deux ou plusieurs personnes, entre deux ou plusieurs choses ». Ces mots introduisent un certain nombre de notions clés que sont : la répartition des frais ou risques, la mise en commun, la réciprocité, l'échange d'actions. L'idée de mutualisation renvoie aussi à l'idée de partage. Mutualiser, c'est inscrire dans des systèmes de partage et d'échanges, et cela peut avoir pour objet des moyens de production, des emplois, des savoirs, des moyens de communication, des services. Il est ainsi question d'échanges matériels humains, financiers, matériels, techniques et intellectuels. ».*

²²⁰⁶ L. MAYAUX, Assurance : généralités, in E. SAVAUX (dir.), Rép. de droit civil, Dalloz, maj avr. 2020, n°29. Absence de dimension juridique (in A. Notion de mutualité), La mutualité peut s'envisager comme une « *technique de répartition des risques* ». A l'instar d'une répartition des risques, nous envisageons une répartition des difficultés, tout comme peut être évoquée les mutualisations des dettes.

²²⁰⁷ L'assurance repose sur la mutualisation des risques. Pour une définition, L. MAYAUX, Assurance : généralités, *ibid*, « l'assurance est, en effet, la « *compensation des effets du hasard par la mutualité organisée suivant les lois de la statistique* » (A. CHAUFON, Les assurances, 1884, p. 4).

738. Les risques d'une mutualisation défailante. Une rupture brutale peut révéler de profondes difficultés rencontrées par l'entreprise évincée dans la poursuite de son activité. De surcroît, son absence de réaction durant le préavis peut conduire à les aggraver. Dans ces deux cas, et dans l'hypothèse où une obligation d'assistance pèserait sur l'auteur, il en serait affecté. Au préavis octroyé, d'autres engagements viendraient s'ajouter. Toutes ces mesures sont coûteuses pour l'auteur, durant la période même où il souhaite rompre une relation dans laquelle il ne trouve plus son compte. L'acculer d'une double peine, par laquelle il devrait supporter des difficultés en plus des siennes, le précipiterait dans un contexte préoccupant. La rupture exposerait donc deux parties au lieu d'une à des difficultés. L'effet est désastreux lorsqu'il est envisagé relativement aux innombrables ruptures occasionnées par la dynamique des affaires. L'effet cumulatif lié au dispositif fragilise tout un ensemble d'entreprises là où l'encadrement ne devait s'intéresser qu'à des rapports bilatéraux. Dans ces conditions, la différenciation entre entreprises, selon leur subordination économique, est d'une absolue nécessité.

B. Le traitement particulier de la dépendance des victimes

739. Une protection désuète à renouveler. Historiquement dédié à la lutte contre les déréférencements, les dispositions comprenaient une mesure spéciale en faveur des entreprises distribuant des produits MDD²²⁰⁸. Jusqu'à la réforme de 2019, elle prévoyait que la durée de préavis était doublée. Gommée du dispositif, cet abandon détache un peu plus l'article L. 442-1, II du Code de commerce de son contexte d'origine (1). Pourtant, il semble qu'il n'a jamais été aussi nécessaire de consacrer des dispositions en faveur des entreprises évincées dépendantes. Leur réserver un traitement particulier permettrait de les soutenir, compte tenu des impératifs de réorganisation et de restructuration de leur appareil de production. Pour elles, l'ensemble du champ sémantique lié à la nouveauté se justifie puisque leurs activités, directement en lien, avec l'auteur s'arrêtent. Des dispositions dédiées aux entreprises dépendantes pourrait alors voir le jour et supplanter les dispositions actuelles (2).

²²⁰⁸ « sous marque de distributeur » ci-après écrit « sous MDD », selon l'acronyme couramment utilisé en la matière.

1. L'abandon du doublement du préavis

740. Une disparition parmi d'autres. La réforme du 24 avril 2019²²⁰⁹ a modifié le dispositif d'encadrement des ruptures brutales, en autres, en lui attribuant une nouvelle numérotation²²¹⁰ et en supprimant certaines règles particulières. À ce titre, le doublement du préavis en faveur des entreprises distribuant des produits MDD est supprimé²²¹¹. Le nouveau texte retire également au ministre sa prérogative de fixer des arrêtés prévoyant des durées de préavis spécifiques pour des catégories de produits ou services²²¹². Les suppressions se justifient pour « *les dispositions devenues sans objet*²²¹³ » ; leur non-utilisation acte donc leur disparition. De prime abord c'est ce qui peut être reproché au doublement du préavis appliqué aux produits sous MDD²²¹⁴. Mais l'interdiction du prix imposé *per se* demeure alors même que la même critique peut lui être adressée²²¹⁵. Les disparitions comportent un objectif général de simplification. On ne pense pas

²²⁰⁹ Ord. n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, JORF n°0097 du 25 avr. 2019, texte n°16.

²²¹⁰ L'ordonnance précitée procède à la renumérotation suivante : l'article L. 442-6, I-5° du Code de commerce devient l'article L. 442-1, II du même Code. Selon l'article 2 de l'ordonnance, il s'agit d'un remplacement car l'article L. 442-6 n'est pas supprimé ; il abrite désormais l'interdiction du prix imposé *per se*.

²²¹¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ord. n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, JORF n°0097 du 25 avr. 2019, texte n°15. Sans fournir la moindre justification, sinon celle d'ordre général relative aux précisions des définitions des pratiques commerciales restrictives énumérées à l'article L. 442-1 du code de commerce, le rapport indique : « *La condition de doublement de la durée de préavis licite en cas de marque de distributeur ou en cas de mise en concurrence par enchère à distance est en outre supprimée.* ». La suppression est reçue simplement là où la nouvelle disposition, prévoyant que la responsabilité de l'auteur d'une rupture ne peut être engagée lorsqu'il a octroyé un préavis de dix-huit mois, est justifiée pour des « *raisons de régulation du contentieux et de réalisme économique* » (phrase précédente).

²²¹² K. MAGNIER-MERRAN, La rupture brutale : pour un regain de confiance autour du texte, AJCA n°01 du 17 janv. 2019, p. 13, « *Aucun arrêté ne peut être relevé à ce jour* ». A la veille de la réforme du dispositif d'encadrement des ruptures brutales de relations commerciales établies, le Ministre chargé de l'économie n'avait jamais usé de la faculté qui lui était offerte de prendre des arrêtés fixant des délais de préavis minimum en considération de certains produits ou services. La suppression de la disposition inusitée s'en trouve justifiée.

²²¹³ L. n°2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, JORF n°0253 du 1^{er} nov. 2018, texte n°1, article 17, I, 1°. Cet article habilite le Gouvernement à procéder, par voie d'ordonnance, à la modification du titre IV du livre IV du Code de commerce, dans les limites indiquées.

²²¹⁴ N. MATHEY, Rupture brutale et marque de distributeur, CCC n°10, oct. 2011, comm. 213 : « *Les précédents sont rares et les cas où la distribution sous marque de distributeur est retenue encore plus (CA Angers, [Ch. com.], 24 janv. 2006, [n°05.00067] : Juris-Data n°2006-299638, pour un préavis de 12 mois porté pour cette raison à 24 mois). La grande majorité des décisions rendues sur le sujet écarte le doublement du préavis au motif que la relation commerciale ne porte pas sur des produits distribués sous marque de distributeur (CA Versailles, [Ch. 12, sect. 02], 18 mai 2006, [n°04/08829] : Juris-Data n°2006-321841. – CA Paris, [Pôle 05, Ch. 10], 15 sept. 2010, [n°08/19277] : Juris-Data n°2010-027116)* ». C. ARONICA et L. OSTOJSKI, La rupture de relations commerciales établies, in Le Lamy Droit Économique [en ligne], maj nov. 2021, n°3142 (Cas spéciaux) : « *ces deux hypothèses [en visant le cas des produits sous MDD et les enchères à distance] ont désormais disparu du nouvel article L. 442-1 II du code de commerce. [...] Un examen détaillé de la jurisprudence démontre en effet que ces deux hypothèses se voulaient assez peu fréquentes en pratiques* ». Pour une actualisation des jurisprudences, d'application positive et négative, dans le même ouvrage, n°3202 – Présentation de la mesure visant à assurer le doublement du préavis.

²²¹⁵ T. LAMBERT, La prohibition du « prix imposé » par l'article L. 442-6 du Code de commerce est-elle toujours nécessaire ?, JCP G n°25, 24 juin 2019, doctr. 682 : « [...] *le maintien du texte tel quel semblant aller de soi. Pour autant, et loin s'en faut, son bénéfice réel laisse perplexe, au vu des rares utilisations dont il semble être l'objet, sans aller néanmoins jusqu'à l'anecdotique : la site Internet de la DGCCRF mentionne ainsi, pour la période comprise entre 2010 et 2018, deux véritables cas de prix fixés par les fournisseurs et imposés aux distributeurs ; pour ce qui est des rapports de la Commission d'examen des pratiques commerciales, le bilan des décisions judiciaires établi par la faculté de droit de Montpellier qui y est inclus tous les ans recense pour l'ensemble des années 2010-2016 neuf décisions suivies de droits condamnation mais aucune au pénal. [...] Maigre bilan donc pour un texte que l'on veut maintenir malgré tout.* »

qu'il faille arrêter l'analyse à l'apparente poursuite d'une simplification, tant ce terme perd de son sens au fil des lois qu'il intitule²²¹⁶. Ces premières remarques nous permettent de refuser de prêter à toutes les disparitions la même portée et d'isoler spécifiquement la suppression du doublement de préavis des produits MDD.

741. Le détachement des dispositions de leur contexte d'origine. Issu de la loi relative aux nouvelles régulations économiques, la mesure de doublement de préavis²²¹⁷ poursuivait l'objectif d'insuffler de l'équilibre dans les relations entre producteurs et distributeurs²²¹⁸. Mais la mise en œuvre de cette règle est contestée en raison de l'impossibilité de déterminer, avec exactitude et par anticipation, la durée suffisante du préavis à octroyer²²¹⁹. Son effectivité dépend aussi de la caractérisation des produits MDD. Strictement appréciée en jurisprudence, la qualification n'est pas automatique²²²⁰. En 2018, la Cour d'appel de Paris précise les critères cumulatifs pour leur identification²²²¹. L'attention particulière envers cette production demeure car la dépendance créée entre le fournisseur et le distributeur n'est plus à démontrer²²²². En l'état, le premier accumule les difficultés liées à l'absence de clientèle propre, aux investissements irrécupérables et à

²²¹⁶ Not. P. BILLET, La (pseudo) simplification du droit de l'environnement et du droit de l'urbanisme et l'amélioration de leur qualité. A propos de la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n°26, 27 juin 2011, 2232.

²²¹⁷ L. n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (ci-après « loi NRE »), JORF n°113 du 16 mai 2001, p. 7776, texte n°2, article 56.

²²¹⁸ V. DUMONCEAU-BEAUNE et S. BELMONT, Les fournisseurs de produits sous marques de distributeurs et la loi NRE ou comment prévenir et gérer une situation de dépendance, CCC n°6, juin 2002, chron. 12 : « *Le projet de loi relatif aux Nouvelles régulations économiques (NRE) visait à corriger les différents aspects du droit de la concurrence laissés perfectibles par la loi Galland du 1^{er} juill. 1996, au premier rang desquels l'équilibre des relations entre producteurs et distributeurs* ».

²²¹⁹ N. DISSAUX, Centrales et groupements d'achat et de référencement – Relations externes, in L. VOGEL, Rép. de droit commercial, Dalloz, juin 2016, n°280.

²²²⁰ Cass. Com., 24 nov. 2015, n°14-24.672, J.-D. n°Ø, E. CHEVRIER, Rupture brutale d'une relation commerciale : doublement du préavis, Dalloz actualité 12 nov. 2013. Cass. Com., 22 oct. 2013, n°12-19.500, Bull. 2013, IV, n°156, J.-D. n°2013-023271. Pour une synthèse de jurisprudences intéressant les conditions requises pour le doublement des préavis en cas de produits sous MDD, nous renvoyons à M. GINER ASINS et A. SANZ, Rupture de relations commerciales établies. Bilan 2015-2016, JCP E n°39, 28 sept. 2017, 1501. Pour retenir le doublement du préavis, les juges doivent vérifier que les produits distribués sous MDD répondent à la définition telle que posée par l'article R. 412-47 du Code de la consommation (anciennement L. 112-6, al. 2, du même Code). Pour une critique de cette « *définition fonctionnelle* », v. V. DUMONCEAU-BEAUNE et S. BELMONT, Les fournisseurs de produits sous marques de distributeurs et la loi NRE ou comment prévenir et gérer une situation de dépendance, *ibid.*

²²²¹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 avr. 2018, n°15/02833, J.-D. n°2018-005678. De l'ancien article L. 112-6, al. 2 du Code de la consommation, les juges d'appel dégagent « *quatre critères cumulatifs (...) pour qu'un produit soit qualifié de produit 'MDD' : (1) les caractéristiques du produit doivent être définies par le distributeur ; (2) le produit est destiné à la vente (revente) au détail ; (3) le produit doit faire l'objet d'une vente (revente) par le distributeur ; (4) le produit doit être vendu (revendu) sous une marque dont le distributeur est propriétaire* ». En l'occurrence, le premier et le dernier des quatre critères précités ne sont pas remplis. Par conséquent, le producteur ne peut bénéficier du doublement de la durée de préavis.

²²²² V. DUMONCEAU-BEAUNE et S. BELMONT, Les fournisseurs de produits sous marques de distributeurs et la loi NRE ou comment prévenir et gérer une situation de dépendance, *ibid.*, « *les fabricants de marques de distributeurs sont placés dans une situation préoccupante car leur état de dépendance par rapport à leurs « donneurs d'ordres » est parfois non seulement total, mais également difficilement réversibles* », « *Un producteur sans clientèle propre et ne produisant plus que les marques d'un distributeur devient ni plus ni moins un sous-traitant fragile de la grande distribution* ». Les autrices se réfèrent à l'enquête menée par Monsieur Le Professeur Michel GLAIS et exposée lors d'un colloque. M. GLAIS, exposé introductif, in Conquête de la clientèle et droit de la concurrence – Actualité et perspectives françaises, allemandes, communautaires et américaines, sous le haut patronage de Guy CANIVET, Premier Président de la Cour de cassation, 6 déc. 2000, consulté depuis l'url : <https://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/creda/pdf/documents/12-abus-puissance-achat-intro.pdf>, le mer. 24 juin 2020.

l'inutilisation de son outil de production, en raison de « *l'imposition d'un cahier des charges de production le plus souvent draconien*²²²³ », après une cessation de relation. Les produits MDD continuent de garnir les linéaires²²²⁴ et d'être à l'origine de problèmes d'états de dépendance. Les dispositions renoncent visiblement à les résoudre et s'en dessaisissent directement. En comparaison, l'obligation spécifique d'étiquetage est maintenue²²²⁵ et d'autres obligations relatives aux prix renouvelées²²²⁶. En rompant avec ce qui pouvait le relier à ses origines, l'article L. 442-1, II du Code de commerce assoit son statut reposant sur une règle spéciale, étendue à un horizon pour le moins général. L'extension des dispositions se fait au détriment des entreprises, dont les modes de production et les liens conclus avec d'autres, justifiaient qu'elles soient protégées. Mais leur protection n'a pas entièrement disparu.

742. Une appréciation qui subsiste malgré la suppression. La suppression du doublement du préavis se justifie doublement : pour non-usage et parce que son appréciation subsiste²²²⁷. En effet, la durée du préavis est fixée selon une appréciation multicritère²²²⁸, y figure l'état de dépendance économique. La production, répondant à un cahier des charges établi par un distributeur, peut donc être indirectement appréhendée. Elle l'est à travers de la situation de dépendance qu'elle crée au détriment du producteur²²²⁹. L'appréciation prétorienne rend possible l'allongement des préavis en faveur des victimes dépendantes. Malgré la persistance de la

²²²³ V. DUMONCEAU-BEAUNE et S. BELMONT, Les fournisseurs de produits sous marques de distributeurs et la loi NRE ou comment prévenir et gérer une situation de dépendance, *ibid.*

²²²⁴ C. TIRARD, MDD : la fin de l'exception française ?, NIELSEN, 07 fév. 2019, consulté depuis l'url : <https://www.nielsen.com/fr/fr/insights/article/2019/mdd-the-end-of-the-french-exception/>, le mer. 24 juin 2020, « Depuis le début de l'année, les MDD (...) renouent avec la croissance alors que la France était jusqu'alors un cas isolé en Europe de l'ouest avec des marques propres en souffrance (-2,3 points de part de marché en 5 ans) ». Pour l'étude d'une période précédente attestant de la croissance des MDD : P. MOATI, M. MAZARS et M. RANVIER, Le développement des marques de distributeurs et les stratégies des industriels de l'alimentaire, Centre de Recherche pour l'Étude et l'Observation des Conditions de Vie, Cahier de recherche n°242, déc. 2007, téléchargé depuis l'URL : <https://www.credoc.fr/publications/le-developpement-des-marques-de-distributeur-et-les-strategies-des-industriels-de-l-alimentaire>, le mer. 24 juin 2020. En 2020, en France, près d'un produit vendu sur trois est un produit sous MDD (<https://www.plmainternational.com/fr/industry-news/private-label-today>, consulté le mer. 24 juin 2020). Pour une étude prospective qui réserve une attractivité et une pertinence accrue pour les produits sous MDD : Nielsen, webinar : Covid-19, enseignements et perspectives, 08 mai 2020 (<https://www.nielsen.com/fr/fr/insights/webinar/2020/webinar-covid-19-enseignements-et-perspectives/>, consulté le mer. 24 juin 2020), à partir de la vingt-neuvième minute : « Marques nationales (ci-après « MN ») et MDD, quels constats & opportunités ? » ; à partir de la trente-deuxième minute : l'évolution des MDD et MN postérieurement à la crise économique 2008-2009 » ; à partir de la cinquante-cinquième minute : « Nos paris pour la sortie de crise »).

²²²⁵ Sur l'obligation spécifique d'étiquetage des produits sous MDD devant mentionner « *le nom et l'adresse du fabricant si celui-ci en fait la demande* » (art. R. 412-47 C. de la consommation, anc. art. L. 112-6 du même Code).

²²²⁶ D. LOYER-BOUEZ (dir.), Mémento Concurrence Consommation 2020, Éd. Francis LEFEBVRE, n°85430 in Indication du prix des produits agricoles dans les contrats de fabrication des produits MDD (Art. L. 441-7 C. Com. tel qu'issu de l'ord. n°2019-359 du 24 avr. 2019, *ibid.*, anc. art. L. 441-10 du même Code), n°85390 et s. pour l'insertion d'une clause de renégociation du prix dans certains contrats de fabrication de produits MDD, d'une durée d'exécution supérieure à trois mois (Art. L. 441-8, dernier alinéa C. Com.).

²²²⁷ M. BEHAR-TOUCHAIS, Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019, JCP E n°29, 18 juill. 2019 : « [...] il y a disparition des préavis spéciaux pour les produits de marque de distributeur (MDD) ou pour les enchères à distance. En fait, ces circonstances s'ajouteront au faisceau d'indices que le juge apprécie. »

²²²⁸ *Supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

²²²⁹ La dépendance économique du fait de la puissance d'achat des distributeurs est fournie à titre d'exemple. Son corollaire se conçoit également : la dépendance économique du fait de la puissance de vente de certains producteurs, dont les produits sont incontournables. Les distributeurs sont en ce cas dépendants des producteurs.

solution, on préférera toujours une loi explicite sur les protections à octroyer plutôt que la possibilité laissée aux juges de les interpréter. En l'état, ils font coexister deux notions de dépendance économique ; une confusion en résulte. En définitive, malgré ses réécritures²²³⁰, les dispositions ne sont arrivées ni à résoudre les dérèfèrencements brutaux, ni à isoler un traitement curatif en faveur des seules entreprises dépendantes.

743. Le constat d'échec des dispositions. À défaut d'avoir introduit le terme « *dérèfèrencement* » dans la lettre des dispositions, leur champ d'application s'est étendu aux entreprises hors du secteur de la grande distribution. Elles ne représentent plus qu'une partie minimale des litiges ayant trait aux ruptures brutales²²³¹. La précarisation de leurs relations s'est notamment faite au moyen d'appels d'offres²²³². Dès lors, elles sont soustraites à l'application des dispositions. Leur utilité envers les entreprises dépendantes du secteur de la distribution se restreint à mesure que d'autres dispositions s'étendent²²³³. La substitution n'est pourtant pas parfaite et les états de dépendance existent toujours.

2. Des dispositions à dédier aux victimes dépendantes

744. La proposition de dispositions spéciales. Les relations établies et dépendantes sont caractérisées selon les critères de la dépendance économique, tels qu'ils apparaissent dans la première étape de la démonstration de la pratique anticoncurrentielle²²³⁴. Étant présents parmi le faisceau d'indices pour l'appréciation du préavis, il doit être mis fin à une distinction artificielle. La réécriture des dispositions présenterait des atouts et permettrait de répondre aux critiques de

²²³⁰ M. LE BESCOND DE COATPONT, Rupture brutale de relations commerciales établies, JCI Contrats – Distribution, fasc. 262, maj mars 2022, 2 (Texte de la prohibition) à propos des évolutions successives.

²²³¹ C.-A. MAETZ, Rupture brutale de relations commerciales établies, JCI Concurrence – consommation, fasc. 300, maj sept. 2019, 1. Genèse et évolution du texte, *in fine* : « *Initialement conçu pour encadrer les rapports de distribution, le texte est, en raison de la généralité des termes employés, abondamment utilisé dans tous les secteurs de l'économie au point d'ailleurs, paradoxalement, qu'il peut sembler que le « secteur de la grande distribution est en définitive celui dans lequel son application est la moins fréquente* ». L. VOGEL, La dérive du droit de la rupture brutale de relations commerciales établies. Plaidoyer pour une réforme, *in* Mèl. M. GEMAIN, 2015, p. 855 : « (...) récemment, l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce a connu une expansion sans limite. Il s'étend aujourd'hui à toute l'économie, alors que le secteur de la grande distribution est en définitive celui dans lequel son application est la moins fréquente. ».

²²³² Not. CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 30 nov. 2017, n°16/03369, J.-D. n°Ø, Groupe Go Sport, Courir France c/ Sté des Ets F. P. « *en notifiant [au fabricant] leur recours à un appel d'offres pour choisir leur fournisseur, [les distributeurs] ont manifesté leur attention de ne pas poursuivre les relations contractuelles dans les conditions antérieures* ». CA Versailles, Ch. 12, Sect. 02, 10 mars 2011, n°09/09875, J.-D. n°2011-004963, Terre de Siègne c/ Carrefour.

²²³³ S'agissant de la triple extension du dispositif relatif au déséquilibre significatif opérée par l'ord. du 24 avril 2019 : M. BEHAR-TOUCHAIS, Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019, JCP E n°29, 18 juill. 2019, 1363, 6 « *L'élargissement du champ d'application du texte [art. L. 442-1, I C. Com.] résulte tout d'abord de l'extension de la notion d'auteur du déséquilibre significatif (1°), puis de celle de victime (2°), et enfin du moment du déséquilibre significatif (3°)* ». ».

²²³⁴ L'abus de dépendance économique est une pratique anticoncurrentielle prévue à l'article L. 420-2 du Code de commerce. Sa démonstration doit respecter trois étapes : (1) la caractérisation d'une dépendance économique, (2) d'un abus et enfin (3) d'une atteinte au marché.

l'application massive des précédentes. Toutefois, des interrogations demeurent quant à l'intérêt de laisser subsister l'encadrement de la rupture des relations établies alors qu'une protection est continuellement offerte aux parties, depuis la négociation et jusque dans l'exécution de leur contrat.

745. Des dispositions renouvelées en réponse à une réalité tronquée. En recherchant la définition de la « *reconversion* », on a retenu que ce terme était inapproprié²²³⁵. Le préavis est la période transitoire laissée à l'entreprise évincée afin qu'elle pallie les difficultés engendrées par la brutalité de la rupture subie. Seules les entreprises placées dans un état de dépendance économique sont concernées par les réorganisations et les restructurations. La règle est l'appréciation du préavis par un faisceau d'indices. Leurs influences sont contraires : si certains l'augmentent, d'autres la réduisent²²³⁶. Les jurisprudences nous apprennent que l'état de dépendance économique pèse dans cette appréciation. La mise en évidence et le poids de ce critère modifie la manière d'envisager les relations entre entreprises : non plus selon un rapport d'indépendance mais dans l'assujettissement. L'exception deviendrait alors la règle, et la règle l'exception. Cette conception rend compte d'une réalité tronquée. Elle ne devrait pas perdurer puisque les juges sont attentifs à considérer l'état de dépendance économique « *subi et non voulu* »²²³⁷. Incertains que cela suffise, il faut envisager de mettre fin à la coexistence des dépendances économiques.

746. La fin de la coexistence des dépendances économiques. En droit de la concurrence, la dépendance économique a pu simultanément faire l'objet d'une pratique restrictive de concurrence et d'une pratique anticoncurrentielle²²³⁸. L'une comme l'autre ont rarement été

²²³⁵ *Supra* ce chapitre : section 1, §2. La définition de la reconversion

²²³⁶ *Supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1. L'appréciation multicritères des juges

²²³⁷ M. MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, Éd. Sirey, Coll. Université, 8^{ème} éd., nov. 2019, ISBN n°978-2-247-19756-9, p. 297, n°655 Un état de dépendance voulu ? « *Une situation de dépendance économique est exclue lorsqu'elle résulte du propre choix de stratégie commerciale du revendeur.* » La Professeure cite à l'appui plusieurs jurisprudences : Aut. conc., décision n°14-D-07 du 23 juill. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits bruns, en particulier des téléviseurs, pt. 114, p. 28 (dans le point précédent, l'Autorité cite l'arrêt pris par les juges d'appel de Paris : CA Paris, Pôle 1, Ch. 03, 10 déc. 2013, n°13/12715, J.-D. n°Ø, (procédure de référé) : « *qu'elle [la défenderesse] a ainsi opéré un choix de stratégie commerciale qui lui est personnel, prenant le risque de se trouver en situation de dépendance économique à l'égard de [l'auteur] en dépit des termes parfaitement explicites de la lettre de rupture* » ; Aut. conc. n°12-D-11 du 06 avr. 2012 concernant une saisine de la société Roland Vlaemyck Tisseur à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication et de la commercialisation de serviettes industrielles, pt. 76, p. 11 « *choix économique délibéré* ».

²²³⁸ En 2001, la loi NRE introduit l'article L. 442-6, I 2° b) selon lequel « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...) d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées* ». Il demeure jusqu'à l'introduction de la notion de déséquilibre significatif par la loi de modernisation de l'économie du 04 août 2008. Durant cette même période, l'article L. 420-2, al. 2 du Code de commerce prohibe les abus de dépendance économique. Pour les critiques élevées envers le maintien de la dépendance économique en tant que pratique anticoncurrentielle : J. ZOUGHFI, L'article L. 442-6 C. Com. après l'adoption de la loi NRE : la création de nouveaux délits civils, Droit 21, 2002, Chr., AJ 182, consulté depuis l'URL : revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/aj20020408zoughi1.pdf, le ven. 26 juin 2020.

appliquées²²³⁹. Ce qui nous intéresse est l'étape de la caractérisation de la dépendance économique. Pour l'établir, plusieurs éléments sont requis dans le cadre de la pratique anticoncurrentielle²²⁴⁰, tandis qu'elle s'entend de la seule part de chiffre d'affaires réalisée par la victime avec l'auteur²²⁴¹ pour la rupture brutale. Étant entendu que la jurisprudence n'entend pas faire correspondre les deux²²⁴², une démonstration s'oppose à une simple indication. Pour nous, la distinction est artificielle. Les éléments de qualification de la dépendance économique de l'article L. 420-2 du Code de commerce se retrouvent parmi le faisceau d'indices appréciés par les juges pour fixer la durée suffisante du préavis. Ils tiennent compte des conditions et de la structure du marché²²⁴³, des caractéristiques intrinsèques des produits ou services et de la notoriété de l'entreprise²²⁴⁴. La coexistence des dépendances économiques n'est pas justifiée dès lors que les mêmes éléments sont appréciés. Même la condition d'absence de solution équivalente²²⁴⁵ est présente parmi quelques jurisprudences²²⁴⁶. La rigueur de la démonstration doit pouvoir bénéficier de la même façon à toutes les entreprises. Une application restreinte en résultera, en réponse aux dérives de l'application massive du dispositif tel qu'il a été interprété depuis son origine.

²²³⁹ Pour la pratique anticoncurrentielle : M. MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, *ibid.*, n°651. Abus de dépendance économique devant les juridictions de l'ordre judiciaire, « *Le peu de succès jurisprudentiel de l'article L. 420-2, alinéa 2* ». S. RETTERER, La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution, D. n°18 du 01 mai 2003 : « *Le succès de cette disposition est pour le moins mitigé* ».

Pour la pratique restrictive de concurrence : E. CLAUDEL, L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (commentaire de l'article 1143 nouveau du Code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique), RTD Com. n°03 du 07 oct. 2016, calquant l'analyse sur celle menée lors de la caractérisation de la pratique anticoncurrentielle, « *la notion perdit toute effectivité et disparut pratiquement des prétoires, ainsi qu'en attestaient les bilans dressés par la Commission d'examen des pratiques commerciales* ».

²²⁴⁰ Cons. Conc., Décision n°01-D-49 du 31 août 2001 relative à une saisine et à une demande présentée par la société Concurrence concernant la société Sony, p.3 : « *Considérant que la dépendance économique, au sens de l'article L. 420-2 alinéa 2 précité, résulte de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de la part de marché du fournisseur, de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, à condition que cette part ne résulte pas d'un choix délibéré de politique commerciale de l'entreprise cliente, enfin, de la difficulté pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents ; que ces conditions doivent être simultanément vérifiées pour entraîner cette qualification* ». Pour une distinction des conditions à remplir selon que la dépendance s'établisse envers le fournisseur ou envers le distributeur : M. MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, *ibid.* n°653, p. 296.

²²⁴¹ *Supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1., B., 1. L'influence de l'état de dépendance économique par une définition dépréciée. Cour d'appel de Paris, Fiche n°9, *ibid.*

²²⁴² *Supra*, pour mémoire, l'état de dépendance économique n'est pas l'une des conditions requises pour l'application du dispositif encadrant la rupture brutale des relations commerciales établies. Cass. Com., 17 mars 2004, n°02-17.575, J.-D. n°Ø.

²²⁴³ *Supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1. B. Les critères prétoires indirectement visés par le dispositif.

²²⁴⁴ Cass. Com., 20 juin 2018, n°16-24.163, n°2018-010873.

²²⁴⁵ M. MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, *ibid.* n°654, p. 297 : « *La loi du 15 mai 2001 a supprimé la condition d'absence équivalente requise par les textes d'origine. Mais la jurisprudence l'a rétablie [...]* ».

²²⁴⁶ Not. CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 19 janv. 2018, n°15/10939, J.-D. n°2018-002948 ; CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 21 fév. 2018, n°15/05499, J.-D. n°Ø ; CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 16 mars 2018, n°16/04406, J.-D. n°Ø. Ces jurisprudences sont celles visées par une subdivision intitulée « *Identification de la dépendance par l'absence de solution équivalente sur le marché* », extraite du Bilan des décisions judiciaires et pénales, pour la période du 1^{er} janv. au 31 déc. 2018, établi par le Centre du droit de l'entreprise de la Faculté de Droit de Montpellier, pp. 156-157.

747. Une solution d'application restreinte. La réduction voulue s'inscrit en réponse aux différentes critiques découlant de l'application massive et parfois excessive²²⁴⁷ des dispositions. À ce titre, le rapport fait au Président de la République relatif à l'ordonnance réformant les dispositions d'étude est édifiant. L'allongement des préavis en jurisprudence a pu « *imposer aux entreprises de rester en relation avec des partenaires pendant de très longs préavis même si leurs offres commerciales ne correspondaient plus aux conditions de marché*²²⁴⁸ ». La dynamique de certains marchés non mûres est freinée et la compétitivité des entreprises nationales affectée. En outre, les coûts des indemnités ont contraint certains auteurs à les répercuter sur leurs produits ou services. L'élévation des prix se fait au détriment des consommateurs. Cette conséquence néfaste est contraire au dessein propre du droit de la concurrence. Le respect du choix de paradigme implique qu'aucune distinction ne puisse le mettre en péril, pas même celle entre, ce qui l'est commun d'appelé, les « *petit* » et « *grand* » droit de la concurrence. Ce n'est pas parce que l'atteinte au marché, propre aux pratiques anticoncurrentielles, n'est pas à démontrer lors de pratiques restrictives de concurrence, qu'elle ne se produit pas.

748. La dépendance économique saisie par la rupture brutale. La dépendance économique a glissé de texte en texte jusqu'à ce qu'elle soit saisie par l'encadrement de la rupture brutale des relations établies. Le rapprochement des relations de dépendances et des relations établies avait déjà été suggéré²²⁴⁹. On y souscrit avec le renouvellement souhaité pour les dispositions. La rupture brutale n'a-t-elle été jusqu'alors que l'indemnisation indirecte d'une relation de dépendance qui a échoué à être caractérisée ? N'est-ce que l'ultime action offerte à l'entreprise dépendante pour obtenir réparation d'un état qu'elle n'a pas choisi ?

749. L'application de dispositions protectrices tout au long des relations. Depuis qu'elles existent, les pratiques restrictives de concurrence veillent à l'équilibre de relations loyales entre

²²⁴⁷ S. LE GAC-PECH, Rompre son contrat, RTD Civ. n°02 du 15 juin 2005, n°20 : « [...] la sanction retenue en cas de rupture brutale peut, si elle est excessive, dépasser son objectif, soit le strict encadrement de la rupture. Le juge a pour mission de s'assurer que le partenaire délaissé a reçu une information suffisante, laquelle postule seulement un délai de préavis. L'orientation insufflée par le législateur, à savoir une discipline dans la manière de rompre, sera de fait dépassée si le juge alloue des indemnités permettant de compenser le fait même de rompre. C'est alors la rupture elle-même qui se trouve sanctionnée et non plus la manière brutale de rompre. Aussi les juges devront-ils garder à l'esprit cette « exigence de mesure » dans la réparation, sauf à dévoyer le contrôle instauré par les lois Galland, puis NRE. ».

²²⁴⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ord. n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, *ibid*.

²²⁴⁹ J. ZOUGHJI, L'article L. 442-6 C. Com. après l'adoption de la loi NRE : la création de nouveaux délits civils, *ibid*. « la relation du 2° b) paraît extrêmement proche de celle de la « relation commerciale établie » du 5°. Il peut donc raisonnablement être admis que la relation de dépendance doit au moins être « établie » ». A l'inverse de la position prise par l'autrice, nous considérons que la relation commerciale établie devrait être complétée de la démonstration d'une dépendance économique.

entreprises²²⁵⁰. Depuis la réforme de 2019, le contrôle des « *déséquilibres contractuels*²²⁵¹ » a pris une importance considérable au sein de l'article L. 442-1, I du Code de commerce. Il s'applique « *dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution du contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services* ». Le champ d'application *rationae personae* de l'article L. 442-1 du Code de commerce est commun au déséquilibre significatif et à la rupture brutale. Le déséquilibre significatif et l'avantage manifestement disproportionné couvrent toute la relation contractuelle, mais la rupture peut-elle y être incluse ? Une réponse positive découle de l'interprétation de clauses compromissaires²²⁵². Les juges leur ont fait produire leurs effets quand il était prévu qu'un arbitrage serait prévu en cas de litige survenant au cours de l'exécution du contrat, rupture comprise.

750. Le déséquilibre significatif lors de la résiliation. Un déséquilibre dans les droits et obligations des parties peut s'observer à l'aune du terme et des conditions prévues pour la résiliation du contrat. S'agissant d'un contrat à durée indéterminée, une durée préfixe de préavis peut conduire à léser l'entreprise évincée. Inscrite dans la durée, l'importance de la relation établie doit être traduite par l'allongement du préavis. Les clauses évolutives de préavis peuvent être une solution appropriée²²⁵³, tout en sachant qu'elles ne lieront pas le juge. Dans le cadre de contrat à durée déterminée, la connaissance du terme est un indice privilégié pour la répartition des droits et obligations entre cocontractants. Les clauses relatives aux investissements, largement entendus, pourront de fait créer un déséquilibre en présence d'un terme trop proche. L'amortissement des investissements ne pourrait être réalisé et aucune rentabilité s'en dégager.

²²⁵⁰ CEPC, Rapport d'activité 2010/2011, consulté depuis l'URL :

https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/cepc/rapports/rapport2010_2011.pdf, le sam. 27 juin 2020, Annexe 11 : Bilan de l'action contentieuse civile et pénale de la DGCCRF en 2010, premier paragraphe d'introduction : « *Le droit des pratiques restrictives de concurrence est né de la volonté d'instaurer des relations commerciales loyales et transparentes entre professionnels et de réprimer les pratiques révélatrices d'un rapport de force déséquilibré entre les partenaires commerciaux* ».

²²⁵¹ M. CHAGNY, Quelle refonte du titre IV du livre IV du code de commerce après l'ord. n°2019-359 du 24 avril 2019 ? , JCP E n°19, 09 mai 2019, act. 304, Contrôle des déséquilibres contractuels : « *Le contrôle des déséquilibres contractuels, qui faisait précédemment l'objet de trop nombreuses règles, est confiée à deux règles préexistantes, relatives au déséquilibre significatif et à l'avantage manifestement disproportionné. Les changements effectués dans leur rédaction sont destinés à en étendre les possibilités d'application, de façon à leur permettre de notamment d'appréhender les pratiques antérieurement stigmatisées par une règle ciblée.* ».

²²⁵² Cass. Com., 21 oct. 2015, n°14-25.080, J.-D. n°2015-023370, les juges déduisent de la généralité des termes de la clause compromissoire (« *la clause stipulée entre les sociétés [auteur] et [victime] prévoyait la compétence d'un arbitre pour « les différends qui viendraient à naître à propos de la validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution, de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat* » ») qu'il n'y a pas lieu de distinguer selon que l'action engagée va être de nature contractuelle ou délictuelle. Ils confirment la compétence du tribunal arbitral. M. MALAURIE-VIGNAL, Un tribunal arbitral est compétent pour se prononcer sur l'indemnisation du préjudice né d'une rupture brutale de relations commerciales établies, CCC n°02, fév. 2016, comm. 41. R. KAMINSKY, J. ROZIER, Plus d'obstacle à la clause compromissoire ou l'inexorable montée en puissance de l'arbitrage dans le contentieux des pratiques restrictives de concurrence, JCP E n°10, 10 mars 2016, 1138. Cette jurisprudence est fournie à titre d'exemple, l'étude de l'arbitrabilité du contentieux de la rupture brutale des relations commerciales établies est traitée dans son ensemble dans le dernier chapitre (Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, *infra*).

²²⁵³ L. DESOUTTER, Les clauses de rupture – étude pratique, RLDA n°51, 1^{er} juill. 2010, p. 110 : « *Il pourrait néanmoins être imaginé de concilier « la loi des parties » et les exigences de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce en stipulant des clauses de résiliation unilatérale à géométrie variable prévoyant des durées de préavis différentes en fonction de l'ancienneté de la relation contractuelle au moment de la rupture.* ».

En pratique, l'action contentieuse liée au déséquilibre significatif peut être découragée car elle signe la fin du courant d'affaires. Mais si elle est engagée, l'appréciation de la résiliation peut caractériser un déséquilibre significatif. De là, il n'est plus certain qu'il faille conserver l'encadrement des ruptures brutales des relations établies. Son abrogation, souhaitée de longue date²²⁵⁴, et réitérée depuis²²⁵⁵, pourrait enfin être envisagée.

751. Un retour au droit commun. Dédier l'encadrement des ruptures brutales aux victimes dépendantes impose de se demander s'il faut conserver, à côté et en l'état, les dispositions en faveur des relations établies. On envisage tour à tour les entreprises susceptibles d'y être intéressées, à commencer par le secteur de la grande distribution. L'obligation de formaliser les résultats de leurs négociations s'applique à certains producteurs et fournisseurs²²⁵⁶. Elle tend à être accentuée et de nouveau modifiée²²⁵⁷. Le support contractuel permet l'application des dispositions du droit commun qu'il s'agisse de contrats à durée indéterminée²²⁵⁸ ou de contrats à durée déterminée²²⁵⁹. Tout secteur confondu, le recours aux appels d'offres tend à rendre les relations précaires, les faisant ainsi échapper à l'application des dispositions. Certains transporteurs sont écartés du dispositif car un contrat type s'applique. La disparition des dispositions mettrait fin à la disparité des protections pour des prestations identiques. Enfin, les parties peuvent fonder leurs actions sur la violence économique²²⁶⁰. Le retour au droit commun acte celui de la force obligatoire des contrats, sans laquelle les courants d'affaires ne peuvent prospérer dans la sécurité juridique. Pour les relations informelles, la démonstration d'une dépendance économique commande une rigueur qui y conduit également. Par conséquent, un retour au droit commun peut s'opérer efficacement, en complément des dispositions relatives au déséquilibre significatif. Dans ces conditions, l'encadrement des ruptures brutales pourrait être strictement dévolu aux relations caractérisées par une dépendance économique.

²²⁵⁴ J. ZOUGHFI, L'article L. 442-6 C. Com. après l'adoption de la loi NRE : la création de nouveaux délits civils, *ibid.*, 3. La consécration du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, « *Déjà renforcées en 1996, alors pourtant que certaines voix s'étaient élevées en faveur de leur abrogation [X. de MELLO]* ». L. NICOLAS-VULLIERME, Pratiques restrictives de l'article L. 442-6 du Code de commerce, JCI Concurrence Consommation, fasc. 290, maj 2012, 1. Des pratiques interdites contestées, mais nécessaires, « [...] ces règles n'auraient jamais dû être adoptées avec l'introduction du principe de la liberté des prix et de la concurrence en 1986 en France car elles mettent à mal la liberté contractuelle et ne protègent nullement la libre concurrence. ».

²²⁵⁵ J.-B. BLAISE, Un dernier bastion ? A propos de la loi du 02 août 2005 en faveur des PME, Sept. 2005, Concurrences n°3-2005, art. n°1220, pp. 1-2. F. JENNY, Le régime juridique des pratiques restrictives de concurrence en question, fév. 2019, Concurrences n°1-2019, art. n°89449

²²⁵⁶ Art. L. 441-3 C. Com.

²²⁵⁷ L.-M. AUGAGNEUR, Après EGalim, quel modèle de régulation alternatif des négociations commerciales ? AJCA n°02 du 17 fév. 2020, p. 74.

²²⁵⁸ Art. 1211 C. Civ.

²²⁵⁹ Art. 1212 C. Civ.

²²⁶⁰ Art. 1143 C. Civ.

§2. Les protections déclinées dans la justice d'urgence et dans l'assurance

752. La préservation de la concurrence par la protection des victimes dépendantes. Pris en faveur des fournisseurs déréférencés par de puissants distributeurs, l'application des dispositions au plus grand nombre s'est accompagnée de dérives, qui ont atteint la concurrence. Son fonctionnement est affecté par la longueur des préavis octroyés et les montants considérables d'indemnisation. Pour contenir ces effets néfastes, on a proposé de restreindre l'application du dispositif aux seules entreprises démontrant un état de dépendance envers l'auteur de la rupture. L'impossibilité de pouvoir soutenir à la fois les victimes et à la fois la concurrence est causée non seulement par l'accroissement de leur nombre mais également par les mesures qui leur sont offertes. On recherche les moyens possibles pour atteindre l'objectif du double soutien à apporter à la victime dépendante et à la concurrence. Parmi eux, on examinera la justice d'urgence et l'assurance de responsabilité civile professionnelle.

753. La formulation de propositions. Le recours à la justice d'urgence protège provisoirement la situation des victimes, sans avoir définitivement résolu leurs difficultés. En l'absence de dépendance caractérisée vis-à-vis de l'auteur, il pâtit des mesures prises à son encontre. Le juge des référés est attentif aux intérêts de la victime, sans que ceux-ci soient mis en balance avec ceux de l'auteur. La justice d'urgence serait ainsi un moyen incomplet pour satisfaire la dualité de l'objectif fixé (A). Pour l'atteindre, on avance alors l'idée de faire du risque pour une entreprise d'être à l'origine d'une rupture brutale, un risque assurable. En cas de condamnation, la prime versée par l'assureur permettrait de dédommager la victime sans ébranler la situation de l'auteur. Cette proposition permettrait de soutenir pécuniairement la victime de la rupture brutale et la concurrence en maintenant en place des entreprises viables (B).

A. La justice d'urgence, l'insuffisance d'une solution provisoire et unilatérale

754. L'action en référé par l'entreprise évincée. L'action en responsabilité pour rupture brutale d'une relation établie peut être introduite devant le juge des référés. La justice d'urgence rassemble toute une série d'atouts procéduraux pour ordonner la poursuite forcée de la relation établie (1). Les conditions d'ouverture sont en faveur de la demanderesse car la brutalité de la rupture alléguée est constitutive à la fois d'un trouble manifestement illicite et d'un dommage imminent (2). Le caractère unilatéral des mesures prises au soutien de la poursuite des activités de la victime rend la situation de l'auteur instable. Malgré l'existence de contestations entre parties, la prescription de mesures en référé reste possible. Le préavis forcé est parfois dénué d'objectivité. La contradiction de certaines solutions rendues au fond en atteste.

1. L'action en référé, atout procédural sujet à critiques

755. L'absence d'autonomie du référé. Pour notre matière, le juge des référés tire ses pouvoirs de la combinaison de dispositions dédiées. Le dernier alinéa du II de l'article L. 442-4 du Code de commerce prévoit le recours au juge des référés²²⁶¹. En ce qui concerne le président du tribunal de commerce ses pouvoirs en matière de référé sont prévus aux articles 872 et 873 du Code de procédure civile. La saisine est subordonnée à la réunion de deux séries de conditions : soit une urgence en l'absence d'une contestation sérieuse²²⁶², soit l'existence d'un trouble manifestement illicite ou un dommage imminent en présence d'une contestation sérieuse²²⁶³. Les dispositions sont confortées par la possibilité offerte au juge des référés d'ordonner, sous astreinte, les mesures idoines.

756. L'astreinte, « frapper le portefeuille pour ébranler la volonté ²²⁶⁴ » de l'auteur. L'astreinte facilite l'exécution des obligations en nature²²⁶⁵. Saisi par les parties s'estimant victimes de ruptures brutales, le juge des référés peut rendre son ordonnance sous astreinte. Il l'emploie pour rétablir le plus promptement possible les relations rompues brutalement. Le Tribunal de commerce de Paris a par exemple ordonné à une entreprise de reprendre des livraisons, sous astreinte²²⁶⁶. Le maintien de la relation établie se justifie lorsqu'elle est affectée d'un certain degré de dépendance. À défaut, le nombre important de recours élevés sur le fondement de l'article L. 442-1, II du Code de commerce, et possiblement en référé, constitue un frein à la résolution globale des difficultés découlant des ruptures. Celles de la victime sont temporisées durant la poursuite, sans pouvoir considérer qu'elles soient définitivement résolues. En outre, de nouvelles contraintes pèsent sur l'auteur de la rupture : il ne peut accéder à d'autres marchés puisqu'il est toujours lié. Même sans être tenu dans des liens d'exclusivités, le coût d'un double emploi de ressources pour se fournir en biens ou services n'est pas économiquement viable. Davantage que l'inefficacité créée par les mesures prises en référé, celles-ci fragilisent la concurrence dans son ensemble. Dans ce contexte, l'astreinte tient un rôle d'amplificateur.

²²⁶¹ Code de commerce, art. L. 442-4, II, dernier alinéa : « *Le juge des référés peut ordonner, au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire.* ».

²²⁶² Code de procédure civile, art. 872 : « *Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de commerce peut, dans les limites de la compétence du tribunal, ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse et qui justifient l'existence d'un différend.* ».

²²⁶³ Code de procédure civile, art. 873, premier alinéa : « *Le président peut, dans les mêmes limites, et 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.* ».

²²⁶⁴ J. CARBONNIER, Droit civil, Les obligations, PUF, 22^{ème} éd., 2000, n°373.

²²⁶⁵ P. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 11^{ème} éd., nov. 2017, ISBN n°978-2-247-17311-2, 2322.84 pp. 1097-1098.

²²⁶⁶ T. com., Paris, 16 janv. 2020, n°2020001069. Son montant a été fixé à 460.000 euros par jour de retard.

757. La spécialisation du juge de l'évidence. Le recours au juge des référés ne soulève pas de spécificité pour sa saisine. Malgré la règle explicite de l'identité des domaines de compétences entre juge du fond et juge des référés²²⁶⁷, la question s'est tout de même posée de savoir si le juge des référés était celui des juridictions spécialisées. Les juges d'appel affirment l'application des règles de spécialisation au juge des référés²²⁶⁸. Au soutien de cette solution, l'article D. 442-3 du Code de commerce vise généralement les « *juridictions commerciales compétentes* »²²⁶⁹. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Mais les réécritures des articles pourraient affaiblir cette position. Là où l'ancien article D. 442-3 du Code de commerce visait l'application globale de l'article L. 442-6 du même Code, y compris son IV incluant le juge des référés à la résolution des litiges, l'actuel article D. 442-3 vise seulement l'application du III de l'article L. 442-4. Or la référence au juge des référés se trouve dans l'article L. 442-4, II. On ne pense pas que cela puisse remettre en cause la spécialisation du juge des référés. Mais l'objectif de prévoir un article spécifique relatif à la mise en œuvre de l'action en justice afférente aux pratiques restrictives de concurrence ne semble pas être complètement atteint. S'il efface une ambiguïté²²⁷⁰, il en insère d'autres, par les renvois imprécis entre textes.

758. Les atouts de la spécialisation. D'aucun avance que « *le fait que le juge des référés soit doté d'une connaissance fine des textes qui figurent à l'article L. 442-6 constitue un plus indéniable pour déterminer si un « trouble manifestement illicite » peut véritablement être allégué*²²⁷¹ ». L'évidence de la brutalité d'une rupture ne peut être qu'évanescence, eu égard notamment à la stabilité de la relation nouée. Le président du Tribunal de commerce connaît la distinction qui consiste à opposer la succession de contrats à durée déterminée, conférant un caractère établi, de cette même succession si elle est issue d'appel d'offres, rendant la relation précaire. Il sait également que la survenance du terme d'un contrat à durée déterminée, précédé d'un préavis, empêche la caractérisation de toute brutalité²²⁷². Sans même que le juge du référé puisse juger au

²²⁶⁷ X. VUITTON, Synthèse – Référés civils, Lexis 360, Date de fraîcheur : 01 janv. 2020, 3 : « *Le juge des référés compétent rationae materiae est celui de la juridiction qui serait compétente au fond pour connaître du litige et dont il est l'émanation.* ».

²²⁶⁸ CA Paris, Pôle 1, Ch. 02, 05 juin 2014, n°13/19047, J.-D. n°0 ; CA Doua, Ch. 02, Sect. 02, 27 nov. 2012, n°12/00899, J.-D. n°2012/028706. J.-D. BRETZNER, Détermination du juge des référés apte à statuer sur une demande fondée sur l'article L. 442-6 du code de commerce, AJCA n°07, 01 oct. 2014, p. 293.

²²⁶⁹ J.-D. BRETZNER, Détermination du juge des référés apte à statuer sur une demande fondée sur l'article L. 442-6 du code de commerce, *ibid.*

²²⁷⁰ Rapport au Président de la République relatif à l'ord. n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, *ibid* : « *Le III de l'article L. 442-6 du code de commerce actuel présentait une ambiguïté : sa rédaction laissait entendre que seuls le ministre et le ministère public étaient recevables à demander la nullité des clauses litigieuses.* »

²²⁷¹ J.-D. BRETZNER, Détermination du juge des référés apte à statuer sur une demande fondée sur l'article L. 442-6 du code de commerce, AJCA n°07, 01 oct. 2014, p. 293.

²²⁷² CA Paris, Pôle 01, Ch. 08, 22 juin 2018, n°18/04463, J.-D. n°0, confirmant l'ordonnance de référé selon laquelle il n'y avait pas lieu de poursuivre le contrat de distribution au-delà de l'échéance contractuelle fixée par les parties. En l'espèce, l'auteur de la rupture a « *amplement respecté le préavis puisque ce sont 213 jours qui se sont écoulés* » entre le jour de la notification et la date d'expiration du contrat, en lieu et place des 180 jours de préavis prévus.

fond, les particularismes de la matière lui confère des réflexes, justifiant la spécialisation, même si elle est par ailleurs critiquée.

759. Les contradictions de la spécialisation, en référé et au fond. Les huit juridictions spécialisées du premier degré²²⁷³ rassemblent les actions sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence. La concentration porte en elle plusieurs effets contradictoires, contrevenant aux impératifs annoncés et aux avantages attendus. L'application massive de l'encadrement de la rupture brutale engorge les juridictions et ralentit *de facto* le traitement contentieux. Les référés, soumis aux juges spécialisés, subissent le même sort. Par ailleurs, la spécialisation est justifiée par la technicité des litiges mais les juridictions ont la possibilité de consulter la commission d'examen des pratiques commerciales²²⁷⁴. Une grande variété de cas d'espèce est portée à la connaissance des juges. De leur appréciation *in concreto*, ils décèlent les particularités propres à telle activité, ou tel secteur, pour jauger de la suffisance du préavis. L'homogénéité recherchée semble contradictoire avec l'appréciation déployée ; à défaut, seules des tendances peuvent s'en dégager. Si l'affaire portée en référé comprend des difficultés et empêche la compétence du juge saisi, celui-ci peut renvoyer l'affaire au fond.

760. La passerelle : une mise en état accélérée²²⁷⁵. En vertu de l'article 873-1 du Code de procédure civile, le président du Tribunal de commerce peut renvoyer l'affaire au fond, lorsqu'une partie en fait la demande et si l'urgence le justifie²²⁷⁶. Lorsque la compétence du juge des référés est empêchée²²⁷⁷ en raison des difficultés propres à l'espèce, il peut fixer une audience au fond à bref délai. C'est alors que « *la procédure de référé devient procédure à jour fixe*²²⁷⁸ ». Telle qu'elle est présentée, la « *passerelle* » « *n'est pas un mode de saisine d'une juridiction, mais un pouvoir conféré au juge, en vue d'assurer un traitement rapide que l'urgence justifie*²²⁷⁹ ». En effet, un référé doit avoir nécessairement eu lieu au préalable²²⁸⁰. En utilisant la « *passerelle* », le juge des

²²⁷³ Code de commerce, Annexe 4-2-1.

²²⁷⁴ Art. L. 440-1 C. Com., IV, al. 2 : « *La commission d'examen des pratiques commerciales peut également être consultée par les juridictions sur des pratiques, définies au présent titre [Titre IV : De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées], relevées dans les affaires dont celles-ci sont saisies.* ». M. CHAGNY, J. RIFFAULT-SILK, Actualité du contentieux des dommages concurrentiels, RLC, n°20, 1^{er} juill. 2009.

²²⁷⁵ J.-D. BRETZNER, Détermination du juge des référés apte à statuer sur une demande fondée sur l'article L. 442-6 du code de commerce, AJCA n°07, 01 oct. 2014, p. 293. J.-D. BRETZNER et E. DUMINY, Le contentieux de la rupture du contrat d'affaires, AJCA n°01, 15 janv. 2015, p. 14

²²⁷⁶ Code de procédure civile, art. 873-1 : « *À la demande de l'une des parties et si l'urgence le justifie, le président saisi en référé peut renvoyer l'affaire à une audience dont il fixe la date pour qu'il soit statué au fond. Il veille à ce que le défendeur dispose d'un temps suffisant pour préparer sa défense. L'ordonnance emporte saisine du tribunal.* ».

²²⁷⁷ Code de procédure civile commenté, Lamy, art. 873-1.

²²⁷⁸ Code de procédure civile commenté, Lamy, art. 873-1.

²²⁷⁹ Cour de Cassation, Rapport annuel 2014, pp. 365-366 Les pouvoirs du juge en matière de passerelle.

²²⁸⁰ Cass. Civ. 2^{ème}, 16 mai 2012, Bull. 2012, II, n°90, n°11-11.998, n°2012-010207. H. CROZE, Référé – Procédure, JCI Procédures Formulaire, fasc. 20, maj 18 oct. 2019, 35.

référés maintien la rapidité de traitement du litige d'autant que la demanderesse – la victime de la rupture – n'a nul besoin d'assigner de nouveau²²⁸¹.

2. Les contradictions du préavis forcé

761. Une solution dérivée du maintien forcé des contrats. Lorsqu'il est saisi, le juge des référés peut ordonner la poursuite d'une relation établie rompue brutalement. Cette solution s'inscrit dans la lignée de jurisprudences plus anciennes et antérieures à l'encadrement des ruptures brutales. Le juge des référés a ordonné la reprise immédiate de relations contractuelles après qu'il a été mis fin à un contrat de distribution exclusive²²⁸². Plusieurs solutions ultérieures maintiennent des contrats : modifié de manière irrégulière²²⁸³, et exceptionnellement rompu de façon régulière²²⁸⁴. En calquant les solutions sur celles rendues en matière contractuelle, est-ce envisager l'absence de spécificité des référés en matière de ruptures brutales ? Pour y répondre, on examine dans quelles conditions s'appliquent les mesures prises en référé pour notre matière.

762. Une urgence implicite. L'urgence caractérise le référé alors qu'elle ne figure pas systématiquement parmi ses cas d'ouverture²²⁸⁵. L'urgence est vraisemblable pour les cas de « dommage imminent » et de « trouble manifestement illicite »²²⁸⁶. Elle découle de l'état de surprise, voire de stupéfaction, lorsqu'une entreprise apprend soudainement la cessation d'une relation établie. La célérité propre à cette forme de justice est nécessaire pour fournir une résolution

²²⁸¹ L'article 873-1 du Code de procédure civile indique *in fine* que « l'ordonne emporte saisine du tribunal », une nouvelle assignation n'est donc pas nécessaire. Cette disposition met fin à une difficulté antérieure, née de la non-reconnaissance de la « passerelle » en matière commerciale (Référé commercial : passerelle vers le néant, Bulletin des Transports et de la Logistique, n°2923, 14 janv. 2002).

²²⁸² Cass. Com., 21 mars 1984, n°82-12.347, Bull. 1984, IV, n°115, J.-D. n°1984-700765. Pour un autre exemple dans lequel le juge des référés ordonne l'exécution d'une obligation de livraison : Cass. Com. 26 fév. 1991, n°89-16.348, Bull. 1991, IV, n°87, p. 58, J.-D. n°1991-000710. L. LEVY. Référés – Pouvoirs du juge a) [...], JCP G n°41, 02 oct. 1992, II 21914.

²²⁸³ CA Paris, 14^{ème} ch., sect. A, 28 janv. 2009, n°08/17748, J.-D. n°Ø, l'ordonnance de référé par laquelle un fournisseur est contraint de reprendre les livraisons d'acier est confirmée. En l'occurrence, la cessation des relations contractuelles était imputable au fournisseur dans la mesure où il avait unilatéralement modifié, à la hausse, les prix de vente. L'acheteur avait alors « saisi le juge des référés d'une demande de condamnation [du fournisseur, en l'occurrence négociant entrepositaire] à lui livrer, aux conditions convenues, les quantités d'acier dont elle aurait besoin pendant le reste de l'année 2008 ».

²²⁸⁴ N. MATHEY, Le juge des référés peut ordonner la poursuite de la relation commerciale en cas de déréférément, CCC n°4, avr. 2010, comm. 93., citant : Cass. Civ. 1^{ère}, 07 nov. 2000, n°99-18.576, Bull. 2000, I, n°286, p. 185, J.-D. n°2000-006739 et *contra* : Cass. Com., 28 nov. 2006, n°04-20.734, Bull. 2006, IV, n°234, p. 258, J.-D. n°2006-036162, J. MESTRE et B. FAGES, L'article 873 du nouveau code de procédure civile et l'incompétence du juge des référés pour ordonner la poursuite d'un contrat régulièrement résilié, RTD Civ. n°02 du 15 juin 2007, p. 345.

²²⁸⁵ Les articles 872 et 873 du Code de procédure civile se différencient dans la mesure où seul le premier vise « tous les cas d'urgence » ; le second n'en faisant pas mention.

²²⁸⁶ N. CAYROL, Référé civil, in S. GUINCHARD (dir.), Rép. de procédure civile, Dalloz, mars 2016, maj janv. 2020, 369, pour qui « les cas de « dommage imminent » ou de « trouble manifestement illicite » sont certainement solubles dans les « cas d'urgence » dont le juge des référés est traditionnellement saisi : n'y a-t-il pas toujours urgence à prévenir un dommage imminent ou urgence à mettre fin au scandale que constitue un trouble manifestement illicite ? ».

provisoire à la partie qui se prétend victime²²⁸⁷. La brutalité est évidente en l'absence de préavis, mais est-elle flagrante en cas d'insuffisance de celui-ci ? La durée du préavis fait l'objet de contestations entre parties.

763. La contestation sérieuse relative à la suffisance du préavis. Généralement, pour l'auteur, la durée octroyée est suffisante, alors que la victime déplore sa brièveté. Cette opposition fonde l'existence d'une contestation sérieuse^{2288 2289}. L'article 873 du Code de procédure civile prévoit que le juge des référés puisse prescrire des mesures « *même en présence d'une contestation sérieuse* ». Mais leur étendue est moindre qu'en l'absence d'une contestation sérieuse²²⁹⁰. Le trouble manifestement illicite et le dommage imminent coïncident avec une contestation sérieuse, et appellent la prescription de mesures conservatoires ou de remise en état. En jurisprudence, la rupture brutale caractérise alternativement l'un et l'autre.

764. La brutalité comme trouble manifestement illicite. Possiblement défini comme « *toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit*²²⁹¹ », le trouble manifestement illicite peut être retenu eu égard à la brutalité d'une rupture. En tant que fait juridique²²⁹², la rupture brutale est la violation recherchée. L'absence de préavis, ou l'insuffisance de sa durée, fonde le caractère illicite. La continuation forcée de la relation établie s'impose afin de faire cesser la brutalité avec laquelle elle a été rompue²²⁹³. La relation doit alors être renouée. La connaissance purement rationnelle de

²²⁸⁷ N. MATHEY, *ibid.* : « *En présence d'une rupture brutale, l'urgence est pressante dans la mesure où la victime est surprise dans ses prévisions. Il faut lui laisser le temps de se préparer à la disparition du contrat en réorganisant son entreprise et en cherchant d'autres partenaires. Le recours au référé est manifestement une nécessité.* ».

²²⁸⁸ X. VUITTON, Synthèse – Référé civils, Lexis 360, 1^{er} janv. 2020, 9. « *La contestation sérieuse est celle qui existe lorsqu'un des moyens de défense opposés aux prétentions du demandeur n'apparaît pas immédiatement vain et laisse subsister un doute sur le sens de la décision qui pourrait être rendue au fond.* ».

²²⁸⁹ Une contestation sérieuse peut pareillement exister entre les parties s'agissant de la gravité des manquements. Bien que l'article L. 442-1, II du Code de commerce dispense l'auteur de préavis en cas d'« *inexécution par l'autre partie de ses obligations* », les juges exigent que soit rapportée l'existence d'une faute grave (*supra*). Cette dernière fera manifestement l'objet d'une contestation entre les parties : l'auteur s'en prévalant pour ne pas observer de préavis et la victime la repoussant pour pouvoir en bénéficier.

²²⁹⁰ L'article 872 du Code de procédure civile vise « *toutes les mesures* » possiblement prescrites par le juge des référés en l'absence de contestation sérieuse, alors que lorsque celle-ci existe, il faut se rapporter à l'article suivant, l'article 873, pour constater qu'en présence d'une contestation sérieuse, le juge prescrit des mesures conservatoires ou de remise en état.

²²⁹¹ X. VUITTON, *ibid.*, 11.

²²⁹² G. MORELLI, Cours général de droit international public (volume 89), in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, consulté en ligne, depuis l'URL : http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_ppirdc_A9789028612624_05, le ven. 03 juill. 2010 : « *Le caractère, pour un fait, d'être juridique n'est pas un caractère naturel. C'est, au contraire, une qualité attribuée au fait par une règle de droit : une qualité, par conséquent, qui ne saurait être estimée existante que par rapport à un ordre juridique donné. Aussi s'agit-il d'une qualité relative à l'ordre juridique d'où elle dépend. Il se peut que le même fait matériel soit pris en considération par plusieurs ordres juridiques en tant que condition d'effets juridiques qui doivent se produire en chacun d'eux. En ce cas, le fait matériel constitue, non pas un fait juridique unique, mais autant de faits juridiques qu'il y a d'ordres juridiques qui le prennent en considération.* »

²²⁹³ CA Paris, Pôle 01, Ch. 02, 24 janv. 2019, n°18/14599, J.-D. n°2019-000821 : « *La rupture litigieuse de relations commerciales établies depuis près de 22 ans avec [la victime] en vertu du contrat est donc à l'évidence brutale. Elle constitue en conséquence un trouble manifestement illicite* », CA Paris, Pôle 01, Ch. 02, 26 janv. 2017, n°15/18120, J.-D. n°2017-005019 : « *La brutalité de*

l'article 873 précité aboutit à voir appliquer une mesure, pour partie, dénuée de sens en pratique. En premier lieu, la reprise forcée des relations entre entreprises, dont l'une a manifesté sa volonté de ne plus en faire partie, va s'avérer houleuse. Le contexte litigieux ôte tout caractère serein aux échanges en résultant. En second lieu, aucune analyse économique²²⁹⁴ n'est conduite sur le point de savoir s'il existe des explications à cet arrêt soudain. Une baisse de rentabilité, la généralisation d'une conjoncture économique morose peuvent être autant d'éléments appréciés par les juges du fond et justifiant que la rupture se déroule sans préavis²²⁹⁵. La justice d'urgence est une réponse évidente à la cessation de l'illicéité ; sa limite est de maintenir une relation sans tenir compte d'impératifs objectifs²²⁹⁶.

765. La rupture brutale comme cause d'un dommage imminent. Les difficultés produites à l'encontre de la victime fondent des difficultés nouvelles, dont l'accumulation et l'aggravation font poindre l'impossibilité pour elle de pouvoir y pallier. Quant à la victime dépendante, elle court le risque de ne pas pouvoir se reconvertir. Le dommage imminent est souverainement apprécié²²⁹⁷. Le juge des référés a ainsi constaté qu'un dommage imminent menaçait les acheteurs d'un produit distribué par une société délibérément mise en liquidation judiciaire²²⁹⁸. Toutefois, la rigueur de la distinction entre mesures cède pour « *« toujours » permettre au juge de répondre utilement à la difficulté propre au cas dont il est saisi*²²⁹⁹ ». La distinction imposée par l'article 873 du Code de procédure civile souffre de ne pas être objectivement tranchée²³⁰⁰. L'illicéité concourt à la caractérisation d'un dommage imminent, à l'instar de la brutalité d'une rupture, préjudiciable pour la partie qui la subit. En conséquence, la brutalité compose avec la dualité : celle d'être à la fois un

cette rupture résultant du défaut de préavis suffisant s'analyse donc, sans préjudice de la décision à intervenir au fond, en un trouble manifestement illicite », Cass. Com. 23 juin 2015, n°14-14.687, J.-D. n°2015-019547 : « *la cour d'appel a pu retenir l'existence d'un trouble manifestement illicite* », CA Paris, Ch. 14 A, 28 janv. 2009, n°08/17748.

²²⁹⁴ N. MATHEY, Rupture abusive et maintien judiciaire du contrat, CCC n°07, juill. 2012, comm. 173, à propos de Cass. Com. 03 mai 2012, n°10-28.366, J.-D. n°2012-009253 et n°10-28.367, J.-D. n°Ø. En l'occurrence, un fournisseur arrête brutalement de vendre un engrais à des coopératives et des exploitants agricoles. Concomitamment, il décide de cesser toute activité et place sa société en liquidation judiciaire. En référé, il est condamné à reprendre les relations commerciales avec ses acheteurs. Le commentateur de cet arrêt appelle à « *la plus grande prudence* » s'agissant de la prescription d'une telle mesure. Selon l'arrêt, l'auteur serait le seul fournisseur d'engrais. De plus, la rentabilité moindre de l'activité aurait conduit à la cessation complète d'activité du fournisseur. Si de tels éléments ne peuvent justifier totalement la brutalité de la rupture, ils pourraient néanmoins l'atténuer. Cela ne semble pas avoir été le cas eu égard au long préavis, deux années, prononcé par les juges.

²²⁹⁵ *Supra*.

²²⁹⁶ N. MATHEY, Rupture abusive et maintien judiciaire du contrat, CCC n°07, juill. 2012, comm. 173, *in fine* « *pour être tout à fait juste, la décision du juge des référés doit tenir compte des intérêts de toutes les parties : l'intérêt du fournisseur mais aussi celui du distributeur. Si l'on veut bien laisser une place au solidarisme, il ne doit pas être à sens unique.* ».

²²⁹⁷ N. CAYROL, Référé civil, *ibid.* 376 : « *Le « dommage imminent » est considéré comme une notion de fait et est donc abandonné à l'appréciation souveraine des juges du fond.* ».

²²⁹⁸ Cass. Com., 03 mai 2012, *ibid.*, N. DORANDEU, Concurrence illégale, *in* Centre de droit de la concurrence Yves Serra, Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme, D. n°41 du 29 nov. 2012, p. 2760. N. MATHEY, Rupture abusive et maintien judiciaire des contrats, CCC n°07, juill. 2012, comm. 173.

²²⁹⁹ N. CAYROL, Référé civil, *ibid.* 557.

²³⁰⁰ *Ibid.* 378.

trouble manifestement illicite et la cause d'un dommage imminent. Elle apparaît ainsi dans un arrêt de la Cour de cassation du 10 novembre 2009²³⁰¹.

766. La spécificité des relations commerciales établies. La poursuite forcée de la relation établie se distingue-t-elle du maintien judiciaire des contrats ? En doctrine, d'aucuns note une spécificité moindre de la notion centrale de l'article L. 442-1, II du Code de commerce car sa poursuite est justifiée pour les mêmes raisons que celles avancées pour une relation contractuelle classique²³⁰². Pourtant, on note une différence. Dans le cadre du maintien du contrat c'est le contrat qui est maintenu. Cette tautologie se reçoit différemment lorsqu'il s'agit de la relation commerciale établie. Le juge des référés ordonne-t-il sa poursuite ou l'exécution du préavis suffisant ?

767. Le préavis forcé. Le pouvoir du juge des référés est de remédier au trouble manifestement illicite et de pallier le dommage imminent. La cessation de la brutalité impose le respect d'un préavis. Pour l'observer, les parties doivent être replacées au sein de leur relation. Si sa poursuite est envisageable, elle l'est pour rendre possible l'exécution du préavis. La limitation de la poursuite dans le temps conduit à l'assimiler au préavis. Au terme de la période fixée par le juge des référés, les parties ne seront plus liées. Pour le concevoir, il faut impérativement considérer qu'un préavis ait été observé préalablement, sinon la rupture pourrait de nouveau être considérée comme brutale. Le droit commun prévoit désormais explicitement qu'un préavis raisonnable doive être respecté avant la résiliation d'un contrat à durée indéterminée. Si un temps, en référé, la poursuite de la rupture brutale s'est calquée sur le maintien judiciaire des contrats, la terminologie du texte spécial a désormais rejoint le droit commun.

768. La contradiction des solutions au fond. L'urgence de situations critiques causées par la brutalité d'une rupture justifie apparemment le recours au juge des référés. Sans être objectivement appréciées, les mesures prises engendrent parfois des difficultés supplémentaires pour l'auteur. La solution provisoire peut entrer en contradiction avec celle rendue au fond. À titre d'illustration, une coopérative de commerçants détaillants notifie à l'un de ses adhérents son exclusion, avec un préavis d'un peu plus de quatre mois, pour une relation nouée depuis plus de vingt ans. En référé, le juge caractérise le trouble manifestement illicite et ordonne le respect d'un préavis de dix-huit mois. Son ordonnance est confirmée en appel²³⁰³. En cassation, les juges font prévaloir les dispositions spéciales régissant les rapports de coopération sur celles du dispositif

²³⁰¹ Cass. Com., 10 nov. 2009, n°08-18.337, J.-D. n°2009-050283 : « *la rupture litigieuse constituait un trouble manifestement et était de nature à causer à la [victime] un dommage imminent* ».

²³⁰² F. BUY, Le maintien forcé des relations commerciales comme sanction d'une dissolution abusive, JCP G. n°26, 25 juin 2012, pp. 1263-1264.

²³⁰³ CA Paris, Pôle 01, Ch. 02, 26 janv. 2017, n°15/18120

étudié. Par conséquent, le dispositif du Code de commerce n'est plus applicable et l'obligation de respecter un préavis n'est plus requise.

B. L'assurance du risque d'indemnisation d'une rupture brutale

769. Assurer une dette de responsabilité. La poursuite de certaines activités professionnelles oblige leurs professionnels à s'assurer²³⁰⁴. Pour les autres, l'assurance responsabilité civile professionnelle est seulement recommandée. L'intérêt pour une entreprise de la souscrire est de s'assurer « *contre le risque d'une atteinte patrimoniale en raison de l'existence d'une dette de responsabilité établie envers un tiers*²³⁰⁵ ». Elle anticipe sur les risques propres à découler de son activité. Cela comprend, pour l'entreprise, le risque qu'un tiers engage sa responsabilité dans le cadre d'une action sur le fondement de la rupture brutale de relations commerciales établies. Pour s'en convaincre, on vérifie que le risque encouru par l'auteur puisse être l'objet d'une opération d'assurance (1) et on s'intéresse aux modalités de la police à souscrire (2).

1. La caractérisation du risque pour la sauvegarde de la solvabilité de l'auteur

770. Remarques préalables à la caractérisation de l'opération d'assurance. Avant de vérifier la réunion des conditions de la caractérisation de l'opération d'assurance, deux remarques s'imposent. La première concerne l'intérêt d'assurer un tel risque. Il faut surpasser la « *jungle des assurances facultatives*²³⁰⁶ » défiant tout intérêt à une énième assurance. Face à « *l'impérialisme du droit de la responsabilité*²³⁰⁷ », l'assurance « *est l'un des principaux mécanismes garantissant l'efficacité de la réparation*²³⁰⁸ ». Elle offre un sursaut de confiance entre entreprises et permet à la victime de se protéger contre l'insolvabilité du responsable²³⁰⁹. La seconde, davantage ancrée dans notre matière, concerne l'assurance du tiers, son exclusion ne saurait être automatisée du fait de liens contractuels avec l'auteur.

²³⁰⁴ Not. pour l'expert en automobile (Arrêté du 13 août 1974 : conditions minimales du contrat d'assurance de la responsabilité civile professionnelle que doivent souscrire les experts en automobile, JORF du 28 août 1974, p. 8976, modifié par l'arrêté du 05 fév. 2002, JORF du 15 fév. 2002, p. 2972, texte n°4), pour les professionnels de santé (art. L. 251-1 C. des ass., reprenant l'art. L. 1142-2 du CSP), pour les professionnels du droit (L. n°71-1130 du 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions juridiques et judiciaires, JORF du 05 janv. 1972, p. 131, art. 55), pour les professionnels du bâtiment (art. L. 241-1 C. des ass., contenant les règles applicables à l'assurance obligatoire de garantie décennale), pour les professionnels du tourisme (art. L. 211-18 C. tour.), etc.

²³⁰⁵ L. BLOCH, Assurances terrestres, assurances de dommages, règles particulières à l'assurance de responsabilité, le particularisme de l'assurance de responsabilité civile, JCI Civil Annexes – Assurances, fasc. 11-10, maj nov. 2021, 2, citant H. GROUDEL, F. LEDUC, et al., Traité du contrat d'assurance terrestre : Litec 2008, n°1713.

²³⁰⁶ S. BERTOLASO, L'entreprise et la contrainte concurrentielle, RLDA n°91, 1^{er} mars 2014, pp. 80-83.

²³⁰⁷ Le Lamy Assurances [en ligne], maj sept. 2022, n°1340 (Contentieux des assurances de responsabilité).

²³⁰⁸ M. BRUSCHI, L'assurance et la responsabilité civile professionnelle, PA n°137, 11 juill. 2001, p. 70.

²³⁰⁹ P. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019, Dalloz, Dalloz Action, 11^{ème} éd., nov. 2017, ISBN n°978-2-247-17311-1, 512.00, p. 2242 : « (...) si l'on a pu justifier cette assurance [assurance de responsabilité] comme la protection de la fortune de l'assuré débiteur de la victime d'un dommage, il est aujourd'hui possible d'affirmer qu'elle sert à garantir la victime contre l'insolvabilité du responsable ».

771. Une défiance justifiée. L'assurance proposée est une assurance facultative. L'intérêt de la souscrire est précisément menacé par cette nature. Déjà contrainte par de nombreuses d'assurances obligatoires, les réticences de l'entreprise à souscrire des assurances complémentaires sont fondées. Sous couvert de liberté contractuelle, la promotion d'« *assurances à la carte*²³¹⁰ » peut en réalité révéler « *des contrats d'adhésion*²³¹¹ ». Au cas où les entreprises ne peuvent négocier l'étendue de leur garantie, elles tombent sous le coup d'application de clauses pré-rédigées limitant la garantie recherchée. Il n'y a alors aucun intérêt pour elles de payer des primes supplémentaires, d'autant que leur coût peut être plus élevé en raison de la rareté des souscriptions²³¹². Pour éviter la répercussion des coûts de l'indemnisation sur les produits et services de l'auteur, l'assurance du risque lié peut être une solution, à condition que la prime soit inférieure à l'indemnisation telle qu'elle résulterait d'une condamnation. Ce calcul est complexe à établir tant il tient à l'appréciation *in concreto* et varie selon les cotisations²³¹³.

772. L'assurance du tiers. Lorsqu'une entreprise souscrit une assurance responsabilité civile professionnelle, la garantie joue à l'égard des tiers, possiblement victimes de ruptures brutales. Lors de l'indemnisation, l'assureur est appelé en garantie. Peut-il la refuser s'il considère qu'il ne s'agit pas d'un tiers mais d'un cocontractant ? Il est manifestement impossible de fournir une réponse générale car chaque police d'assurance est rédigée différemment. Toutefois, le tiers ne saurait être automatiquement exclu d'une garantie en raison de l'existence de liens contractuels entre lui et l'assuré. En jurisprudence, la Cour de cassation a cassé un arrêt pour dénaturation d'une stipulation contractuelle²³¹⁴. Les juges du second degré avaient donné leur propre définition de « tiers » ; y étaient comprises : « *les personnes qui n'invoquent pas à l'égard de l'assuré d'obligations nées d'un contrat* ». Mais les conditions particulières et dérogatoires considéraient comme tiers les fournisseurs et les clients de l'assuré. Ainsi, le juge est tenu d'appliquer la clause telle qu'elle est rédigée. Il convient de se prémunir de l'exclusion automatique de la victime d'une rupture brutale de l'assurance de responsabilité civile si celle-ci est contractuellement liée à l'auteur. Il faut s'en remettre aux stipulations et sur ce point, la relation établie ne saurait semble-t-il passer outre.

773. La décomposition d'une opération d'assurance. Ses quatre éléments constitutifs sont : le risque, le sinistre, la mutualité et la prime²³¹⁵. En vérifiant leur existence, on sera à même de

²³¹⁰ S. BERTOLASO, L'entreprise et la contrainte concurrentielle, *ibid.*

²³¹¹ *Ibid.*

²³¹² *Ibid.*

²³¹³ *Infra.*

²³¹⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 26 janv. 1972, n°70-12.133, Bull. Cass. Civ. 1, n°27, p. 23.

²³¹⁵ L. MAYAUX, Assurances : généralités, in E. SAVAUX (dir.), Rép. de droit civil, Dalloz, janv. 2015, maj avr. 2020, 4.

confirmer ou d'infirmer la possibilité d'assurer le risque envisagé, pour soutenir la concurrence, en préservant la situation de l'auteur d'une rupture brutale de relations commerciales établies.

774. La distinction des risques du risque. Les risques sont des événements incertains²³¹⁶. Ils correspondent à toutes les éventuelles actions judiciaires élevées par les cocontractants ou les partenaires contre l'entreprise assurée. Quant au risque, il se rapporte à une période²³¹⁷. Ce temps est celui durant lequel le patrimoine de l'entreprise est exposé aux possibilités pour des entreprises évincées d'une relation établie d'agir contre l'auteur de la rupture. Le risque ne se définit pas eu égard à l'assuré mais par référence à son siège²³¹⁸ : en l'occurrence, le patrimoine. Le risque existe tant que l'entreprise poursuit ses activités. La réalisation d'un sinistre ne fait pas disparaître le contrat d'assurance, seule la disparition du risque l'éteint²³¹⁹. La condamnation d'une entreprise ne met donc pas fin au contrat souscrit car elle continue d'être liée à d'autres et son patrimoine est toujours exposé.

775. La preuve du sinistre. « *Le sinistre est la réalisation du risque couvert par l'assurance* ²³²⁰ ». En tant que fait juridique, il se prouve par tout moyen ²³²¹. Selon une jurisprudence constante, « *la condamnation judiciaire de l'assuré constitue la preuve de la réalisation du risque couvert* ²³²² ». Ainsi, en vertu de la décision afférente, lorsqu'une entreprise engage sa responsabilité sur le fondement de l'article L. 442-1, II du Code de commerce, preuve est faite de la réalisation du risque. L'assureur doit alors la garantie.

776. La mutualité, composante discutée. La mutualité est une technique de garantie des risques²³²³. Sous cet aspect technique, la mutualité recouvre aussi une dimension sociale et économique ²³²⁴. Elle représente un système organisé d'adhérents. Leurs cotisations sont collectées, puis gérées par l'assureur : il répartit les sommes lors de la réalisation de sinistres.

²³¹⁶ *Ibid.*, 5.

²³¹⁷ *Ibid.*, 6.

²³¹⁸ *Ibid.*, 6.

²³¹⁹ *Ibid.*, 6.

²³²⁰ *Ibid.*, 18.

²³²¹ *Ibid.*, 18.

²³²² A. MAYMONT, La condamnation judiciaire de l'assuré : la réalisation du risque d'un contrat d'assurance nul ? JCP E n°49, 04 déc. 2014, 1625, commentant Cass. Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n°13-23.506, Bull. 2014, I, n°177, J.-D. n°2014-025656, arrêt réaffirmant des solutions jurisprudentielles antérieures : Cass. Civ. 1^{ère}, 12 juin 1968, n°65-14.399 et n°66-11.076, Bull. civ. 1968, n°170 : « *la décision judiciaire condamnant l'assuré à raison de sa responsabilité constitue pour l'assureur qui a garanti cette responsabilité dans ses rapports avec la victime, la réalisation, tant dans son principe que dans son étendue du risque couvert [...]* ».

²³²³ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, *ibid.*, V° « Mutualité », p. 670, sens 1 : « *Technique de garantie des risques par la constitution d'un fonds commun de prévoyance alimenté par les cotisations des adhérents, base de la technique de toute assurance, à savoir le groupement de risques au sein d'une entreprise qui en effectue la répartition et la compensation selon les lois de la statistique (existe de façon manifeste dans les sociétés d'assurance mutuelle ou à forme mutuelle dont les membres, sociétaires, sont à la fois assureurs et assurés et suivant les résultats reçoivent des ristournes ou sont soumis à des rappels).* »

²³²⁴ L. MAYAUX, Assurances : généralités, *ibid.* 29.

Nullement appréhendée par le droit²³²⁵, pour certains, la mutualité n'est pas une composante de l'opération d'assurance²³²⁶. Au soutien de leur position, la mutualisation suppose la réunion de conditions, qui parfois, peinent à être remplies.

777. L'application extensive du dispositif en faveur de la dilution des risques. La mutualisation suppose d'abord « *une bonne dilution des risques*²³²⁷ ». Elle se vérifie par un grand nombre d'assurés permettant l'application de lois statistiques en matière assurantielle. Le risque que l'on propose à l'assurance se rencontre chez d'innombrables entreprises. L'extension progressive du champ d'application des dispositions va en ce sens.

778. L'atteinte restreinte des assurés. La mutualisation requiert ensuite une « *dispersion des risques*²³²⁸ ». Cette condition s'explique de façon négative : elle « *n'est pas remplie quand un seul sinistre peut atteindre une fraction importante de la population des assurés*²³²⁹ ». En d'autres termes, la réalisation d'un risque, affectant un trop grand nombre d'adhérents souscripteurs, porte atteinte à la protection attendue. Pour notre cas, la reconnaissance d'une rupture brutale ne peut atteindre une part considérable d'assurés. La relation est le plus souvent bilatérale. L'action des tiers est reconnue en jurisprudence, mais les chances de succès des victimes indirectes varient en fonction des circonstances²³³⁰. Enfin, le nombre de contentieux liés à la rupture brutale ne représente qu'un sous-ensemble parmi l'ensemble des ruptures, toutes ne faisant pas systématiquement l'objet de recours.

779. La réunion de différents risques au détriment de l'homogénéité. La mutualisation impose enfin l'« *homogénéité des risques* » quant à « *leur nature (...), leur objet (...), les personnes qui y sont exposées (...), l'intensité des sinistres (...) ou encore la durée de la garantie*²³³¹ ». Les informations recueillies participent d'abord à l'élaboration de statistiques, pour ensuite permettre aux assureurs la rédaction adaptée des polices d'assurance²³³². Cette dernière condition peut entrer en contradiction avec la première à cause de la sélection des assurés. L'« *égalité de traitement*²³³³ » recherchée entre eux suppose une forme de compensation entre les « *bons* » et les « *mauvais* » risques²³³⁴. L'équilibre se fait au détriment de l'homogénéité. L'assurance des risques pour les entreprises d'être poursuivies sur le fondement de la rupture brutale nous paraît

²³²⁵ *Ibid.* 29.

²³²⁶ *Ibid.* 31.

²³²⁷ *Ibid.* 33.

²³²⁸ *Ibid.* 34.

²³²⁹ *Ibid.* 34.

²³³⁰ *Supra*, partie 2, chapitre 2, section 1, §1, B. L'action aux victimes, mêmes indirectes, de la rupture brutale.

²³³¹ L. MAYAUX, Assurances : généralités, *ibid.* 35.

²³³² *Ibid.* 35.

²³³³ *Ibid.* 35.

²³³⁴ *Ibid.* 35.

suffisamment homogène. L'unité du risque est préservée par leur diversité. L'exercice de différentes activités expose les entreprises au même risque, à partir du moment où elles entrent dans le champ d'application du dispositif. Avec cette dernière vérification, on peut en conclure que les trois conditions relatives à la mutualisation sont remplies. Pour parachever l'examen des éléments constitutifs de l'opération d'assurance, on aborde alors la prime.

780. La détermination de la prime. « *La prime est la somme d'argent réclamée par l'assureur en contrepartie de sa garantie*²³³⁵ ». D'un point de vue économique, la prime est à la fois le prix à payer par le souscripteur, la rémunération de l'assureur et le coût de la garantie de l'assurance²³³⁶. Son calcul dépend de lois statistiques et des données afférentes récoltées antérieurement. L'assureur obtient ainsi un taux de prime²³³⁷. Quant à l'assiette, sa détermination est plus complexe. S'agissant de « *risque d'entreprises* », l'assiette correspond généralement au chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise assurée²³³⁸. L'assureur peut prévoir certains paliers. Le montant de la prime relève de la liberté contractuelle²³³⁹ car le contrat d'assurance comprend plus ou moins d'exclusions de garanties. La prime va varier en fonction des modalités de l'assurance proposée. Elle est limitée par des plafonds.

2. Les modalités de la responsabilité professionnelles

781. L'absence de préavis comme faute intentionnelle. Le second alinéa de l'article L. 113-1 du Code des assurances exclut la faute intentionnelle du champ de l'assurabilité²³⁴⁰. L'assuré ne peut se prémunir d'une faute qu'il entend commettre. Identiquement, une entreprise ne peut se protéger d'une rupture opérée sans préavis. L'arrêt brutal de commandes permet à l'acquéreur de se fournir chez une entreprise tierce, dans des conditions tarifaires et économiques qui le satisfont davantage. Ce faisant, l'auteur s'expose à des poursuites contentieuses menées par l'entreprise évincée. Le dommage créé, l'est intentionnellement par l'auteur²³⁴¹. Il ne peut se dérober à ses obligations, quand bien même l'intérêt de la manœuvre est paradoxalement en faveur de la concurrence.

²³³⁵ *Ibid.* 7.

²³³⁶ *Ibid.* 8 et s.

²³³⁷ *Ibid.* 14.

²³³⁸ *Ibid.* 15.

²³³⁹ Le Lamy Assurances [en ligne], maj sept. 2022, n°447.

²³⁴⁰ Code des assurances, art. L. 113-1 : « *Les pertes et les dommages occasionnés pour des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police. Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré.* »

²³⁴¹ S. HOCQUET-BERG, Faute délictuelle, Synthèse, Lexis 360, date de fraîcheur : 08 juill. 2019, 13 « *Selon la formule employée par la première chambre civile, la faute intentionnelle ou dolosive visée par le second alinéa de l'article L. 113-1 du Code des assurances implique la volonté de son auteur de créer le dommage tel qu'il est survenu* [jurisprudences afférentes citées] ».

782. L'assurance de l'insuffisance de préavis. L'absence de préavis peut caractériser une faute intentionnelle justifiant l'exclusion du risque afférent du champ de l'assurabilité, mais peut-il en être autrement s'agissant de l'insuffisance de préavis ? Plusieurs cas de figure doivent être distingués. L'insuffisance flagrante doit d'emblée correspondre à l'absence de préavis. L'insuffisance peut ensuite résulter du préavis stipulé au contrat. Sa durée peut être trop faible par rapport au temps qu'ont duré les relations²³⁴². Même lorsque l'auteur octroie un préavis plus long que celui prévu au contrat, il peut encore s'avérer insuffisant²³⁴³. Ainsi, l'insuffisance ne rend pas compte d'une intention dommageable de l'auteur²³⁴⁴. En outre, la rupture brutale des relations établies est un délit et aucun caractère intentionnel n'est requis. En conséquence, l'auteur, qui s'est doublement conformé au cadre légal et aux stipulations contractuelles convenues, doit pouvoir être protégé du risque d'une action litigieuse à son encontre. En jurisprudence, les juges de cassation ont pu retenir qu'un contrat d'assurance ne couvrait pas la responsabilité de l'auteur pour la rupture brutale des relations commerciales²³⁴⁵. La solution du cas d'espèce tient à la rédaction de la clause et non pas à l'impossibilité de garantir ce risque en l'absence de faute intentionnelle²³⁴⁶.

783. D'exclusion en inclusion. L'assurance ne peut absolument pas couvrir la responsabilité pénale²³⁴⁷. Parmi les pratiques restrictives de concurrence, la rupture brutale des relations commerciales établies ne donne pas lieu à l'engagement de poursuites pénales, à l'inverse de la

²³⁴² CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, n°15/01941, J.-D. n°2017-023296. L'auteur respecte le préavis contractuel de six mois, mais compte tenu de la durée des relations établies (de plus de vingt années), les juges fixent le délai de préavis suffisant à dix-huit mois. *Contra* pour une réduction de la durée du préavis contractuel : CA Reims, Ch. civ., 1^{ère} sect., 14 fév. 2017, n°15/02398, J.-D. n°2017-003723, en l'occurrence le préavis contractuel fixé à vingt-quatre mois a été divisé par deux par les juges.

²³⁴³ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 27 avr. 2017, n°15/11063, J.-D. n°Ø. En l'espèce, les parties sont liées au sein d'un contrat de transport à durée déterminée d'un an, renouvelable par tacite reconduction. Chaque partie peut y mettre fin moyennant un préavis de trois mois. Le contrat s'est renouvelé pendant onze années. L'un des cocontractants y a mis fin en respectant un préavis de quatre mois et demi (en l'occurrence, différents préavis ont été accordés : allant de quatre mois à quatre mois et demi). Les juges ont retenu un préavis suffisant de huit mois, l'auteur devait alors encore indemniser la partie évincée à hauteur de plus de trois mois (l'arrêt indique 3,64 mois). Dans cet arrêt, l'auteur n'a délibérément pas mis un terme de façon brutale au contrat.

²³⁴⁴ R. BIGOT, La faute intentionnelle ou le phœnix de l'assurance de responsabilité civile professionnelle, RLDC, n°59, 1^{er} avr. 2009, à propos de Cass. Civ. 2^{ème}, 16 oct. 2008, n°07-14.373, J.-D. n°2008-045404, pour une illustration d'une faute intentionnelle, voire lucrative, d'un professionnel solvable souhaitant faire supporter les conséquences de son irresponsabilité sur son assureur. La différence est marquante bien qu'il s'agisse de responsabilité civile professionnelle obligatoire.

²³⁴⁵ Cass. Com. 21 sept. 2010, n°09-15.716, J.-D. n°2010-016576, quatrième moyen « *en application de la police d'assurance souscrite auprès [de l'assureur], [l'auteur] se trouvait garanti des conséquences pécuniaires de sa responsabilité civile professionnelle* » et ayant pour origine des fautes, erreurs de faits ou de droits, omissions involontaires, inexactitudes commises soit par l'assuré, soit par des personnes dont il est civilement responsable ».

²³⁴⁶ *Contra* V. Le Lamy Assurances [en ligne], maj sept. 2022, n°212 (Faute dolosive), à propos de l'arrêt précité : « *À supposer qu'il n'y ait pas eu de clause, on peut se demander comment un contrat d'assurance de responsabilité pourrait valablement couvrir une faute telle qu'une rupture abusive de contrat qui provoque une responsabilité délictuelle.* ».

²³⁴⁷ L. BLOCH, *ibid.* 9. Préservation de la dimension comminatoire.

revente à perte²³⁴⁸ ou de l'imposition d'un prix minimum²³⁴⁹. Ainsi, pour nous et sur ce point la question de l'assurance ne se pose pas. Néanmoins, la dimension comminatoire propre aux sanctions pénales se retrouve pour l'astreinte²³⁵⁰. Indépendante des dommages et intérêts²³⁵¹, l'astreinte ne relève en principe pas de l'assurance de responsabilité civile²³⁵². Pour autant, en vertu de stipulations, la garantie peut être étendue aux astreintes prononcées contre l'assuré²³⁵³. Elle pourra figurer dans une assurance dédiée « à côté de la garantie en responsabilité²³⁵⁴ », à l'instar des dépens, relevant « le plus souvent de l'assurance de protection juridique²³⁵⁵ ». L'astreinte, et la partie des frais engendrés par le procès²³⁵⁶, représentent des coûts pour l'auteur de la rupture. Ils ont aussi pour point commun la possibilité de faire l'objet de garanties dédiées et de permettre à l'auteur de conserver sa solvabilité à l'issue d'un contentieux. Elle sera également confortée par la garantie des dommages et intérêts, dans la limite des plafonds définis.

784. La garantie des dommages et intérêts compensatoires. La dette de responsabilité²³⁵⁷ englobe les dommages et intérêts correspondant au préjudice. Appréciés par le juge, ils sont la conversion en argent du temps de préavis non respecté. Ils peuvent être augmentés des intérêts qu'a produit la somme depuis le prononcé du jugement²³⁵⁸. Si la somme excède le plafond de la police d'assurance, l'assureur en est-il débiteur ? La réponse dépend de la nature de l'indemnité

²³⁴⁸ C. Com., art. L. 442-5, I. S. FOURNIER, Concurrence et consommation, JCI Pénal des affaires, date de fraîcheur : 11 avr. 2020, 118. Cet article « incrimine le fait de revendre, ou même seulement d'annoncer la revente, d'un produit en l'état (pour un produit ayant subi une transformation seule une autre qualification pourrait s'appliquer) à un prix inférieur au prix d'achat effectif » ; 120. « La peine principale encourue est une amende de 75 000 euros pour une personne physique et de 375 000 euros pour une personne morale, montants doublés en cas de récidive. L'amende peut même être portée, le cas échéant, à la moitié des dépenses de publicité. L'affichage ou la diffusion de la décision peut être ordonnée à l'encontre de la personne physique (C. Com. art., L. 490-3) ou morale (C. Com., art. L. 442-5, III). Enfin, la cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée dans les conditions de l'article « L. 121-3 du Code de la consommation » (renvoi non corrigé, cf. C. consom., art. L. 132-8). » Pour un exemple de transaction pénale : DGCCRF, Résultats 2018 de la DGCCRF, p. 17, consulté depuis l'URL : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/dgccrf/rapports_activite/2018/resultats-dgccrf-2018.pdf.

Intermarché a accepté de payer 375 000 € après avoir reconnu que ses opérations promotionnelles, consistant dans la vente de Nutella avec une réduction de 70%, ne respectaient pas la législation en vigueur.

²³⁴⁹ C. Com., art. L. 442-6. M. MALAURIE-VIGNAL, Droit de la concurrence interne et européen, Sirey, 8^{ème} éd., 2020, ISBN n°978-2-247-18929-8, p. 175, 361. Le prix imposé est pénalement sanctionné par une amende pouvant aller jusqu'à 15 000 euros.

²³⁵⁰ L. BLOCH, *ibid.* 41 et 42.

²³⁵¹ Code des procédures civiles d'exécution, art. L. 131-2, al. 1 : « L'astreinte est indépendante des dommages et intérêts. »

²³⁵² L. BLOCH, *ibid.* 41 et 42.

²³⁵³ Cass. Civ. 2^{ème}, 17 avr. 2008, n°07-10.065, Bull. 2008, II, n°88, J.-D. n°2008-043651. H. GROUDEL, Étendue de la garantie quant aux astreintes prononcées contre l'assuré, Responsabilité civile et assurances n°7-8, juill. 2008, comm. 240.

²³⁵⁴ H. GROUDEL, *ibid.* in fine « Que l'assurance des astreintes soit possible, certes, mais au titre d'une garantie autre que celle de la responsabilité civile proprement dite. À cet égard, sous une rubrique distincte, elle pourrait figurer dans une assurance multirisques à côté de la garantie responsabilité. »

²³⁵⁵ L. BLOCH, *ibid.* 51 et 52.

²³⁵⁶ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, *ibid.*, V° « Dépens », p. 326.

²³⁵⁷ Le Lamy Assurances [en ligne], maj sept. 2022, n°1355 et s. (Éléments de la dette de responsabilité) : « l'assurance de responsabilité a (...) pour objet immédiat d'assurer une personne contre le risque qui consiste à supporter une dette de responsabilité envers une victime. Cette dette correspond à la créance d'indemnisation dont la victime est titulaire à l'encontre de l'assuré ».

²³⁵⁸ C. civ., art. 1231-7, al. 1 : « En toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement. »

actualisée en fonction du taux d'intérêt légal. Les solutions jurisprudentielles ont été contradictoires²³⁵⁹, jusqu'à sa qualification en intérêts moratoires²³⁶⁰. La jurisprudence reconnaît que « *ces dommages et intérêts « supplémentaires » entrent dans l'indemnité due par l'assureur*²³⁶¹ ». L'intérêt de la distinction concerne l'application du plafond de garantie. L'assureur verse la somme des dommages et intérêts compensatoires jusqu'à ce qu'ils l'atteignent. Quant aux intérêts moratoires ils ne sont pas soumis au plafond de garantie stipulé dans la police d'assurance de responsabilité.

785. Une proposition possiblement détournée de son objectif premier. Nonobstant la possibilité d'assurer le risque d'indemnisation d'une rupture brutale, la rédaction du contrat demeure incertaine. Les éléments fournis à destination de la protection de l'assuré peuvent être saisis par l'assureur et insérés dans des clauses d'exclusion de garantie. En consultant certaines conditions générales de responsabilité civile professionnelle, les dommages résultant d'actes de concurrence déloyale ou parasitaires sont écartés²³⁶². L'extension des premiers à la rupture brutale des relations commerciales établies est à considérer comme une éventualité, surtout si les « *assureurs [sont] lassés d'indemniser*²³⁶³ ».

*
**

Conclusion du chapitre 1

786. Pallier une absence de définition. En définissant ce qui ne l'a jamais été, il a été possible de rechercher des protections dédiées : non seulement pour la victime dépendante, qui va rencontrer des difficultés particulièrement accrues consécutivement à la rupture brutale, mais aussi pour l'auteur, à qu'il va revenir d'observer le préavis correspondant. Dans le cadre de la rupture brutale d'une relation établie, la protection de la victime est telle que l'on a dû envisager de protéger l'auteur lui-même contre une action qui pourrait être élevée à son encontre sur ce fondement.

787. Limiter la protection à certaines entreprises. La reconversion est l'objectif communément admis et attaché au préavis. Ce temps observé par l'auteur doit permettre à l'entreprise qu'il évince de se reconvertir. Elle n'a pourtant pas en tant que telle été définie de façon

²³⁵⁹ Le Lamy Assurances [en ligne], maj sept. 2022, n°1355 et s. (Éléments de la dette de responsabilité).

²³⁶⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 nov. 2001, n°98-19.205, Bull. 2001 I n°277, p. 176, J.-D. n°2001-011599. Indemnité d'assurance et intérêts moratoires : arrêt de principe, D. n°44 du 20 déc. 2001, p. 3584.

²³⁶¹ L. BLOCH, *ibid* 46 et s. F. GRUA, Régime général des obligations, paiement des obligations de somme d'argent, évaluation des obligations de somme d'argent, JCI Civil Code Art. 1343 à 1343-5, fasc. 10, maj par N. CAYROL, 06 nov. 2019, 150 et s.

²³⁶² AXA, Conditions générales Responsabilité Civile des Prestataires de Services, déc. 2018, consulté depuis l'URL : https://www.agence-nezeys.fr/IMG/pdf/2018-12_cg_rc_des_prestataires_de_services-7.pdf, le jeu. 16 juill. 2020, art. 4 Exclusions générales, 4.18, p. 8.

²³⁶³ C. MOULY-GUILLEMAUD, Rupture brutale d'une relation contractuellement établie, quelle place pour l'anticipation des parties ?, RLC n°37, 1^{er} oct. 2013, 2435, pp. 136-144, *in fine*.

précise et c'est ce qu'on s'est employé à faire dans ce chapitre. On a recensé les éléments constitutifs de sa définition de différents points de vue. D'abord, au niveau théorique, ils ressortent de la confrontation d'avec des notions proches, mais toutefois différentes. Puis, au niveau pratique, la mise en situation de la réorganisation d'un concessionnaire automobile a aussi permis de faire ressortir ses caractéristiques propres. On les a opposées à celle d'une reconversion. La réorganisation se traduit par des changements d'ampleur, concernant jusqu'à ce qui structure l'activité. De tels changements ne devraient pas pouvoir être envisagés consécutivement à une rupture brutale de relation établie, ou, s'ils devaient l'être, ils ne devraient pas pouvoir entraîner un allongement de préavis. En effet, l'envergure des changements révèle que leur nécessité ne trouve pas uniquement son origine dans la rupture brutale, celle-ci n'en serait en fait que le révélateur. En définitive, on est en mesure de proposer deux définitions de la reconversion, l'une est négative pour la différencier des autres notions avec lesquelles elle peut être confondue, l'autre est positive, et, on envisage alors de remplacer le terme même de « reconversion » par celui de « transition ». Il permet de rendre compte de l'écoulement d'une période, destinée à permettre à l'entreprise évincée de procéder, non pas à des changements en profondeur, mais de réaliser les ajustements nécessaires, qui lui permettront de surpasser des difficultés, normalement, strictement passagères. À défaut d'en être, il a été relevé que le mal est plus profond et qu'il peut notamment être imputé à la relation de dépendance entretenue entre l'entreprise évincée et l'auteur. Mais on préconise de caractériser cet état conformément à celui requis dans le cadre de la pratique anticoncurrentielle. Ainsi, l'encadrement des ruptures brutales pourrait être dédié aux seules entreprises placées dans cet état et écarter celles qui ne le sont pas, afin d'éviter tous les autres comportements opportunistes. Ils nuisent au marché, lequel semble aussi au bord d'un autre péril, compte tenu du traitement que les juges réservent aux contentieux comportant des éléments d'extranéité.

788. Des questions nouvelles dans un problème général. « Une situation présentant des éléments d'extranéité se distingue (...) d'une situation purement interne non parce qu'elle est plus complexe, mais parce qu'elle engendre des questions nouvelles²³⁶⁴ ». Une rupture de relations établies, entre entreprises situées en France, ou entre une entreprise située en France et une entreprise située dans un autre État, demeure une rupture. Certaines questions demeurent, en ce qui concerne notamment les conditions dans lesquelles elle est intervenue, le préavis, la possibilité d'une action en réparation. Mais la présence d'éléments d'extranéité en ajoute d'autres : quel juge va être compétent si les parties n'ont rien prévu ? Comment va-t-il être désigné ? Quelle loi va-t-il appliquer ? Les dispositions de l'article L. 442-1, II du Code de commerce seront-elles applicables ? Seront-elles appliquées ?

Il est possible de trouver les réponses à toutes ces questions. Mais, pour se saisir d'un problème général, qui les regrouperait toutes, il faut alors se demander si les éléments de réponse se retrouvent parmi ceux que l'on déjà expliqués, pour cerner les conditions du régime de la rupture brutale des relations établies. C'est pourquoi l'aspect international de ce contentieux ne pouvait être traité qu'à la fin de notre recherche. Il est nécessaire d'avoir traité de plusieurs des différents aspects de son régime, non pour les empiler, mais pour élaborer un système de compréhension plus global, permettant d'en saisir non seulement le fonctionnement mais aussi, et surtout, ses aspects plus problématiques. Les litiges comportant des éléments d'extranéité vont faire rejallir certains d'entre eux.

Pour amorcer une réponse au problème général posé, on sait une différence. Elle est cruciale car elle est à la base d'une opposition irréductible, entre les deux ordres de responsabilité. Dans l'ordre interne, les juges ont retenu la responsabilité délictuelle, les juges européens ont, quant à eux, retenu la responsabilité contractuelle. Leur décision a fait jour après l'application de la solution des juges nationaux aux litiges avec des éléments d'extranéité. En revenant chronologiquement sur la succession des solutions, on souhaite mettre en exergue les faiblesses de chacune, car chacune en comporte, sans qu'ainsi l'une puisse être directement préférée à l'autre. Les jurisprudences évoluent, en outre, dans un contexte incertain dont on ne sait pas quelle solution sera pérenne. Ce début de réponse vaut lorsque les parties n'ont choisi ni leur juge, ni la loi qu'il devra appliquer. Le cas échéant, on vérifiera l'effectivité des clauses stipulées, en posant une autre question cruciale : celle de l'impérativité des dispositions étudiées. Pour traiter chacune, on a distingué le fait que les

²³⁶⁴ S. POILLOT-PERUZZETTO et M. DA LOZZO, Droit international privé, UNJF, Leçon 1 : Domaine et méthode du droit international privé, date de révision : 04 janv. 2020.

dispositions étudiées sont applicables dans les litiges selon qu'ils relèvent des juridictions, lorsqu'elles ont été désignées grâce aux instruments dédiés (section 1), ou qu'ils leur ont été soustraits, ou confiés, conformément aux choix des parties (section 2).

SECTION 1 : LES LITIGES RELEVANT DES JURIDICTIONS

789. La résolution d'un litige de rupture brutale avec des éléments d'extranéité porté devant le juge. On propose de revenir sur plusieurs litiges de ruptures brutales comportant des éléments d'extranéité. Notre analyse s'est faite selon une double chronologie : celle des arrêts de la matière et celle de la méthodologie du droit international privé. Cette dernière impose de rechercher d'abord le tribunal compétent, puis la loi applicable. Dans un premier temps, et en ce qui concerne les ruptures brutales, l'action ayant été considérée comme délictuelle, le tribunal a pu être déterminé et la question était alors de savoir quelle loi allait être appliquée. Mais dans un second temps, la CJUE s'est prononcée en faveur de la nature contractuelle l'action en considérant qu'une relation contractuelle tacite pouvait être démontrée²³⁶⁵, si bien qu'il faudra revenir sur les solutions de résolution des conflits de juridictions et de lois. Dans cette configuration, on revient d'abord sur les litiges antérieurs à *Granarolo* (§1), puis sur la solution telle qu'a été dégagée par les juges européens, en envisageant sa réception par la jurisprudence française et son maintien compte tenu de l'évolution de la jurisprudence de la CJUE (§2).

§1. *Ante Granarolo*

790. La résolution du conflit de lois en fonction des règles applicables. La solution interne consistant à retenir la responsabilité délictuelle de l'auteur a été réaffirmée dans plusieurs litiges comportant des éléments d'extranéité. L'enjeu tient dans la résolution du conflit de lois puisque l'on verra que celui de juridictions a été résolu. L'application de la loi française peut être recherchée par les entreprises étrangères évincées par des entreprises françaises, et inversement. Dans un cas comme dans l'autre, il faudra relever les conditions de rattachement et les conséquences qu'il emporte. De façon chronologique, ce qui peut départager les arrêts sélectionnés pour analyse est l'inapplication d'abord (A) et l'application ensuite (B) du règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, dit règlement *Rome II*²³⁶⁶. Cette ligne de démarcation permet de prendre connaissance des solutions préconisées par le droit commun, « *bâti par la jurisprudence*

²³⁶⁵ Ci-après, « *Granarolo* ».

²³⁶⁶ Règlement (CE) n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« *Rome II* »), JOUE 31 juill. 2007, L 199/40

française sur le socle de l'article 3 du Code civil²³⁶⁷ » et par l'instrument européen, l'un comme l'autre pose ses propres difficultés pour y parvenir. Plusieurs enseignements pourront être tirés de la confrontation des solutions.

A. Le péril de l'indemnisation due par les entreprises françaises

791. Sélection d'un arrêt pour analyse et organisation des développements. L'arrêt de la Cour de cassation du 25 mars 2014 met en présence des faits suivants : « (...) la société de droit chilien FGM, qui, depuis 1991, distribuait au Chili les parfums et produits cosmétiques de la société Guerlain, a conclu avec cette dernière, le 1^{er} janvier 1999, un contrat de distribution d'une durée de trois ans, renouvelable ensuite pour une durée indéterminée ; que par lettre du 23 mai 2003, la société Guerlain lui a notifié la résiliation immédiate du contrat de distribution²³⁶⁸ ». Ce litige comporte des éléments d'extranéité et se résout en déterminant d'abord le tribunal compétent, puis la loi applicable²³⁶⁹. On suit d'abord ces étapes et c'est pourquoi les deux développements suivants y sont consacrés. Ils vont nous permettre de situer les premiers problèmes posés par la présence d'éléments d'extranéité et d'en donner les clés de résolution. Ensuite, on pourra envisager les autres, spécifiques aux litiges de ruptures brutales. La prochaine subdivision sera donc annoncée à la fin du développement relatif à la loi applicable.

792. Le tribunal compétent. S'inscrivant dans la droite ligne de la jurisprudence, le régime délictuel des dispositions est retenu et réaffirmé²³⁷⁰. Il est ainsi possible de savoir quel peut être le tribunal compétent. « *Que ce soit en droit interne, en droit international privé ou en droit européen, la victime a la même option de compétence entre le tribunal du fait générateur et celui du lieu du préjudice, en sus du tribunal du domicile du défendeur (art. 46 NCPC et 5-3° de la Convention de Bruxelles (...))*²³⁷¹ ». Dans un arrêt du 15 septembre 2009²³⁷², les juges ont repoussé la caractérisation de la nature contractuelle des relations nouées entre un fabricant français et son

²³⁶⁷ V. PIRONON, *ibid.*

²³⁶⁸ Cass. com., 25 mars 2014, n°12-29.534, Bull. 2014, IV n°58, J.-D. n°2014-006023.

²³⁶⁹ O. CACHARD, P. KLÖTGEN, Introduction, in Droit international privé, 9^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 9-32, spéc. 6, la chronologie à appliquer lorsque le rapport de droit privé comporte un élément d'extranéité se décompose en trois étapes : (1) la détermination de l'autorité compétente (c'est le conflit de juridictions), (2) la détermination de la loi applicable (c'est le conflit de lois) et (3) l'effet du jugement étranger (« *si le jugement obtenu doit produire des effets à l'étranger, allant du simple effet de titre à l'exécution forcée, se posera la question de l'effet du jugement étranger* »).

²³⁷⁰ S. BEAUMONT, C. MAUGERE, Loi applicable à la rupture brutale d'un contrat de distribution exécuté à l'étranger ou l'introduction d'une « dose » de responsabilité contractuelle dans le régime délictuel de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, RDLA n°96, 1^{er} sept. 2014, « *La chambre commerciale de la Cour de cassation s'est prononcée depuis plusieurs années en faveur du régime délictuel de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce (Cass. com., 6 fév. 2007, n°04-13.178, Bull. civ. IV, n°21, [J.-D. n°2007-037247] et Cass. com., 21 oct. 2008, n°07-12.336 [J.-D. n°2008-045498])* ».

²³⁷¹ M. SANTA-CROCE, La loi applicable à l'action en concurrence déloyale par la publication aux USA d'ouvrages constitutifs de dénigrement, diffusés en France, D. 1997, p. 177.

²³⁷² Cass. Com., 15 sept. 2009, n°07-10.493, J.-D. n°2009-049497.

client allemand. En visant ensemble les articles L. 442-6, I, 5° du Code de commerce et 5-3° du règlement n°44/2001 du 22 décembre 2000, relatif à la compétence spéciale prévue en matière délictuelle, les juges ont affirmé la nature délictuelle de la responsabilité. Le demandeur peut donc porter son action « *devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire* ». Cette position présente apparemment l'avantage de faciliter l'action du demandeur²³⁷³. Il est celui qui subit la rupture, et dans cette position de faiblesse, son action est facilitée par la proximité géographique de son introduction. Ses prétentions pourront ainsi être portées devant le tribunal dans le ressort duquel l'entreprise évincée a son siège social. En cela, la reconnaissance de la nature délictuelle de l'action est vectrice d'une protection des parties économiquement faibles. Cependant, l'ajout, par la LME²³⁷⁴, de juridictions spécialisées tempère la solution. Le contentieux des pratiques restrictives de concurrence a été confié à quelques juridictions. Sur les huit listées par décret²³⁷⁵, sept se situent sur le territoire métropolitain et la proximité géographique s'amenuise. La spécialisation se double d'une concentration du contentieux, dont le traitement s'allonge dans le temps. La facilitation de l'accès à la justice est apparente et contrainte par ces modalités pratiques. En ce qui concerne l'arrêt sur lequel on s'est proposé de revenir, en l'espèce, le distributeur chilien, demandeur à l'action, a attiré le fournisseur français devant le tribunal de commerce de Paris²³⁷⁶. Son choix s'est porté sur le lieu du siège social du défendeur. Mais cela n'entraîne pas pour autant l'application par le juge français de la loi française. Étant donné que le litige comporte plusieurs éléments d'extranéité (les localisations des sièges du fournisseur et du distributeur, du délit), il ne peut pas directement appliquer sa propre loi (loi du for, ou *lex fori*), il doit déterminer la loi applicable. L'internationalité constatée déclenche la mise en œuvre du droit international privé²³⁷⁷, selon les règles instituées.

793. La loi applicable. « *À l'origine, la compétence normative pour adopter des règles de droit international privé appartenait aux États (...). Aujourd'hui, l'Union européenne a conquis une compétence partagée avec les États (...)*²³⁷⁸ ». Le droit international privé des États membres a progressivement été unifié : d'abord par la Communauté économique européenne, puis par l'Union

²³⁷³ E. CHEVRIER, Responsabilité délictuelle pour rupture brutale d'une relation commerciale établie, Dalloz actualité 21 janv. 2009.

²³⁷⁴ L. n°2008-776 du 04 août 2008 de modernisation de l'économie, JORF n°0181 du 05 août 2008, texte n°1, art. 93, I, 3°, c).

²³⁷⁵ D. n°2009-1384 du 11 nov. 2009 relatif à la spécialisation des juridictions en matière de contestations de nationalité et de pratiques restrictives de concurrence, JORF n°0265 du 15 nov. 2009, texte n°6,

²³⁷⁶ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 04 oct. 2012, n°11/17783, J.-D. n°2012-026318 : « *La société FGM, estimant cette rupture brutale et abusive et faisant état de manquements de la société Guerlain à ses obligations contractuelles, notamment d'une violation de la clause d'exclusivité dont elle bénéficiait, a assigné le 19 mars 2004, la société Guerlain devant le tribunal de commerce [de Paris] en réparation de ses préjudices* ».

²³⁷⁷ O. CACHARD, P. KLÖTGEN, *ibid.*, spéc. 5.

²³⁷⁸ *Ibid.*, spéc. 14.

européenne²³⁷⁹. L'arrêt du 25 mars 2014 permet de s'en rendre compte car les faits litigieux étant antérieurs à l'entrée en vigueur du règlement Rome II²³⁸⁰, c'est le droit commun qui a été appliqué. On précise que le champ d'application temporel dudit règlement était incertain jusqu'à ce que la CJUE indique qu'une juridiction nationale est tenue de l'appliquer uniquement aux faits, générateurs de dommages, survenus à partir du 11 janvier 2009²³⁸¹. En l'espèce, le fournisseur a notifié la résiliation du contrat de distribution par lettre du 23 mai 2003. Le règlement Rome II ne trouvant pas à s'appliquer, un retour au droit commun s'est opéré. « *Depuis l'arrêt Lautour (...) « la loi applicable à la responsabilité civile extra-contractuelle (...) est la loi du lieu où le délit a été commis »*²³⁸² ». Dans l'arrêt analysé, la Cour de cassation le rappelle²³⁸³, en précisant que « *ce lieu s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que de celui du lieu de réalisation de ce dernier* ». La localisation de la production du fait dommageable est double : elle peut correspondre au lieu du fait générateur ou au lieu de réalisation du dommage. Cela étant ainsi, on serait en présence d'un délit complexe, une notion à expliquer pour poursuivre (1) car elle comprend un principe de proximité, dont il faudra aussi rappeler la fonction avant de pouvoir le mettre en œuvre (2).

1. La rupture brutale comme potentiel délit complexe

794. De la complexification du délit à la simplification du délit complexe. La rupture brutale peut être un délit complexe quand « *le fait générateur et le dommage lui-même se situent sur le territoire d'États différents*²³⁸⁴ ». On l'illustre : cela peut correspondre, respectivement, à la décision de rompre et l'émission du préavis qui sont le fait de l'auteur, se trouvant en France, et à sa réception annonçant la rupture, qui est alors subie par l'entreprise évincée, située dans un autre

²³⁷⁹ J.-P. LABORDE, S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, Droit international privé, 20^e éd., 2021, Paris, Dalloz, Mémento, ISBN n°978-2-247-20837-1, spéc. p. 8 : « *L'œuvre d'unification du droit international privé de ses États membres entreprise par la Communauté économique européenne, et poursuivie aujourd'hui par l'Union européenne, est déjà d'une ampleur tout à fait significative. Elle devrait se développer bien plus encore à l'avenir. D'ores et déjà, on peut évoquer une « communautarisation » et, mieux encore, une « européanisation » d'une partie des sources du droit international privé* ».

²³⁸⁰ V. PIRONON, Loi applicable à la rupture brutale d'une relation commerciale établie, AJCA 2014, p. 141 : « *Les faits litigieux étant intervenus avant l'entrée en vigueur du règlement « Rome II » (Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, JOUE L 199, 31 juill.), la loi applicable à la responsabilité – qualifiée d'extra-contractuelle – engagée par l'auteur de la rupture est déterminée sur le fondement du droit commun bâti par la jurisprudence française sur le socle de l'article 3 du code civil* ».

²³⁸¹ C. BRIÈRE, Règlement (CE) n°864/2007 du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), JCI Europe Traité, fasc. 3206, maj 28 août 2021, spéc. 11 et 12, arrêt auquel il est fait référence : CJUE, 17 nov. 2011, aff. C-412/10, Homawoo : Rec. CJUE 2011, I, p. 11603.

²³⁸² D. BUREAU, La loi applicable en matière de rupture des relations commerciales établies, JCP G n°21-22, 26 mai 2014, Cass. civ., 25 mai 1948 : « *Attendu qu'en droit international privé, la loi territoriale compétence pour régir la responsabilité civile extra contractuelle de la personne qui a l'usage, le contrôle et la direction d'une chose, en cas de dommage causé par cette chose à un tiers est la loi du lieu où le délit a été commis* ».

²³⁸³ Cass. com., 25 mars 2014, n°12-29.534, *ibid.* : « *Mais attendu que la loi applicable à la responsabilité extracontractuelle est celle de l'État du lieu où le fait dommageable s'est produit (...)* ».

²³⁸⁴ D. BUREAU, *ibid.*

État. Dans l'arrêt du 25 mars 2014, les juges du droit ne font qu'évoquer cette notion sans y revenir précisément²³⁸⁵. On la retrouve dans des jurisprudences intéressant des actions de concurrence déloyale, de dénigrement, pour lesquelles les lieux d'édition, de publication et de diffusion peuvent être situés dans différents États²³⁸⁶. Mais lorsque la première chambre civile de la Cour de cassation a reconnu « *au lieu de diffusion la qualification d'acte générateur du préjudice localisé dans le même pays que le dommage*²³⁸⁷ », elle a en quelque sorte simplifié le délit puisqu'alors le fait générateur et le dommage ont été situés dans un même État. La notion de délit complexe en sort troublée, tant il est possible d'un côté, de trouver différentes localisations du délit, attestant de son aspect complexe, mais de l'autre, qu'il appartient aux juges de pouvoir le simplifier en décidant de localiser le fait générateur et le dommage dans un même État. En matière de rupture brutale, tant que l'émission et la réception sont situées dans des États différents, il s'agira d'un délit complexe. S'il fallait par contre ajouter la décision, une simplification pourrait être envisagée. En reprenant les faits de l'espèce, le fournisseur aurait pu se rendre au Chili et décider sur place d'y arrêter la distribution. Si le fournisseur et le distributeur étaient tombés d'accord sur un préavis, celui-ci aurait aussi été donné sur place, et ainsi le fait générateur et le dommage auraient pu être réunis dans un même État. En application du principe de *lex loci delicti*, la loi chilienne aurait alors été désignée pour être appliquée. À l'instar du lieu de diffusion qui peut être complètement détaché de la localisation du siège social de l'éditeur, la décision pourrait de la même façon suivre celui qui la prend et être rattachée au lieu depuis lequel elle a été prise. En conséquence, le délit complexe est susceptible d'être *court-circuité* par une simplification : à partir de la dissociation des éléments constitutifs du délit, il s'agit pour les juges de savoir s'il est possible de les réunir en un même lieu. Si cela est concevable pour certaines actions, ou en certaines circonstances pour les ruptures brutales, on poursuit en tenant compte du délit complexe, tel qu'il a été retenu dans l'arrêt. En tant que tel, il ne permet pas de savoir quelle loi est applicable, il commande alors de mettre en œuvre le principe de proximité mais encore faut-il préciser sa fonction pour en faire l'application idoine.

²³⁸⁵ S. BEAUMONT, C. MAUGERE, Loi applicable à la rupture brutale d'un contrat de distribution exécuté à l'étranger ou l'introduction d'une « dose » de responsabilité contractuelle dans le régime délictuel de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, RDLA n°96, 1^{er} sept. 2014, « *La Cour de cassation, considérant qu'il s'agissait d'un « délit complexe » sans détailler plus avant cette notion qu'elle emprunte à la cour d'appel (...)* ».

²³⁸⁶ M. SANTA-CROCE, La loi applicable à l'action en concurrence déloyale par la publication aux USA d'ouvrages constitutifs de dénigrement, diffusés en France, D. 1997, p. 177.

²³⁸⁷ *Ibid.*, à propos de Cass. Civ. 1, 14 janv. 1997, n°94-16.861, Bull. 1997 I n°14, p. 8, J.-D. n°1997-000078 : « *Attendu que pour décider que la loi américaine était applicable à l'action en concurrence déloyale exercée par les sociétés du groupe Gordon pour obtenir réparation du préjudice subi en France du fait de la diffusion de revues scientifiques contenant des articles jugés dommageables, l'arrêt attaqué énonce que les obligations extra-contractuelles sont régies par la loi du lieu où est survenu le fait qui leur a donné naissance, et qu'en l'espèce, ce fait se situe aux États-Unis d'Amérique, où les écrits litigieux ont été publiés ; Attendu qu'en statuant ainsi alors qu'en l'espèce, tant le fait générateur constitué par la diffusion des revues que le lieu de réalisation du dommage se situaient en France, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé [C. civ., art. 3]* ».

2. La fonction et la mise en œuvre du principe de proximité

795. La fonction départitrice du principe de proximité²³⁸⁸. En cas de dissociation des éléments constitutifs du délit, la loi de l'État du lieu du fait générateur du dommage comme la loi de l'État du lieu de réalisation du dommage ont vocation à s'appliquer. En cas de délit complexe, il y a une concurrence des lois applicables que cette notion ne permet pas de résoudre²³⁸⁹. Les juges ont alors dû poursuivre en mettant en œuvre le principe de proximité. À la lecture de l'arrêt, on comprend que ce principe consiste à rechercher « *le pays présentant les liens les plus étroits avec le fait dommageable²³⁹⁰* » ; une première lecture à partir de laquelle les recherches ont dû être approfondies pour éviter un examen élusif.

796. Une mise en œuvre incomplète. Dans son commentaire, le Professeur Bureau critique la mise en œuvre du principe de manière principale (« *à des fins directement localisatrices : la loi applicable est celle qui entretient les liens les plus étroits avec le fait dommageable* »), et non de manière accessoire (« *avec pour seul objet de départager les deux rattachements précédemment évoqués* »). En faisant ainsi, les juges ont éclipsé le système jurisprudentiel duquel le principe est issu et la règle qui doit être appliquée (« *la règle est bien et reste bien le rattachement de la responsabilité extra-contractuelle à la lex loci delicti, à la loi du lieu du fait dommageable²³⁹¹* »). Pour le dire autrement, ce n'est pas parce que les liens avec tel État sont les plus étroits avec le fait dommageable que c'est sa loi qui devra être appliquée ; elle le sera car elle a été désignée par la règle, qui contient un mécanisme de rattachement : le principe de proximité. Ce dernier est un rouage d'un ensemble plus grand. On note l'importance de l'adverbe utilisé – *directement* – pour retenir que le principe de proximité peut directement départager les lois susceptibles d'être applicables et ainsi, indirectement participer à désigner la loi applicable.

797. Une mise en œuvre complétée de manière multidimensionnelle. Pour compléter le propos et ne pas user d'un raccourci manquant d'exactitude, le Professeur Bischoff précise « *la méthode [qui] va consister non à qualifier l'un au détriment de l'autre, mais à disqualifier l'un au bénéfice de l'autre²³⁹²* ». Les lieux du fait générateur et du dommage devraient aussi être

²³⁸⁸ J.-M. BISCHOFF, Utilisation du principe de proximité pour désigner la loi compétente en cas de délit complexe, RCDIP 2000, p. 199.

²³⁸⁹ D. BUREAU, *ibid.* : « *Au terme d'une série d'arrêts, la Cour de cassation semblait être parvenue au système de solution suivant : en un premier temps, il faut affirmer que « la loi applicable à la responsabilité extra-contractuelle est celle de l'État du lieu où le fait dommageable s'est produit ; (...) ce lieu s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que du lieu de réalisation de ce dernier » (...); posant la vocation égale à s'appliquer des lois du fait générateur et du dommage en cas de dissociation des éléments constitutifs du délit, la décision ne permettait pas cependant de déterminer de quelle manière cette concurrence devait alors se résoudre* ».

²³⁹⁰ Cass. com., 25 mars 2014, n°12-29.534, *ibid.*

²³⁹¹ J.-M. BISCHOFF, *ibid.*

²³⁹² *Ibid.*

départagés en fonction d'éléments localisateurs qui ne sont pas déterminants. On pourrait le synthétiser au moyen d'une combinaison de démarches : négative (la disqualification) et positive (le recensement des éléments propres à rattacher le fait générateur ou le fait dommageable à l'État avec lequel il entretient les liens les plus étroits), mais il manquerait encore un aspect. Il le met en évidence dans l'affirmation de la compétence de la loi applicable « *par défaut, par elle-même et pour elle-même* ²³⁹³ ». Le principe de proximité doit donc être mis en œuvre de façon multidimensionnelle. À l'aide de ces précisions, on observe qu'en dépit du fait que l'arrêt de juges du droit rallie la solution des juges du fond, leur appréciation souveraine semble incomplète car elle a uniquement consisté dans la recherche du pays présentant les liens les plus étroits avec le fait dommageable. On tente en réponse d'apporter d'autres éléments, ceux qui auraient pu être relevés ou différemment appréciés. Il faudra ensuite encore examiner, si la solution reste la même.

On commence par envisager la loi de l'État sur lequel le fait générateur a eu lieu : c'est la **loi française**. Les juges d'appel ont retenu que « *[le fournisseur et le distributeur] ont formalisé [leur relation] par un contrat conclu à Paris [« le 1^{er} janvier 1999, un contrat de distribution d'une durée de trois ans, renouvelable ensuite pour une durée indéterminée »] en désignant le droit français comme loi applicable et le tribunal de commerce de Paris comme juridiction compétente »*. Selon eux, ces éléments sont déterminants alors que pour nous ils ne le sont pas ; pour deux raisons : la première s'attache au raisonnement à tenir en la matière et la seconde tient aux faits d'espèce. Il s'agit d'éléments propres au contrat et ils ne sont donc pas propres à la caractérisation d'une relation établie. Elle peut être démontrée à partir d'un contrat, comme on a proposé de le faire²³⁹⁴, mais ce qui importe est la réunion des éléments permettant la caractérisation de la relation établie. En outre et en l'espèce, la formalisation de la relation intervient après que les entreprises ont noué leur relation. La loi française en tant que loi applicable le serait par elle-même à condition de démontrer la relation établie. Entre 1991 et 1998, le distributeur chilien distribue les produits du fournisseur français, il continue ensuite, entre 1999 et 2003, dans le cadre du contrat de distribution. Leur relation est composite : d'abord informelle, puis avec un contrat à durée déterminée, prévoyant la possibilité de le prolonger pour une durée indéterminée. Dans cette situation, une relation établie globale pourrait être retenue (à condition toujours d'être démontrée). Est-ce que la loi française pourrait enfin être retenue pour elle-même ? L'origine et le dessein des dispositions de la rupture brutale des relations établies se rapportent au marché national et à la protection de celui-ci, et des concurrents qui y sont situés²³⁹⁵. Elles n'auraient donc pas vocation à protéger des entreprises situées hors du territoire national, sur d'autres marchés.

²³⁹³ J.-M. BISCHOFF, *ibid.*

²³⁹⁴ *Supra.*

²³⁹⁵ S. BEAUMONT, C. MAUGERE, *ibid.* : « *La volonté des juges de cassation de faire bénéficier la société chilienne, à raison de l'existence de « liens étroits » entre le fait dommageable et la France, des dispositions protectrices de l'article L. 442-6, I, 5° du*

On poursuit avec la loi de l'État sur lequel le dommage s'est réalisé : la **loi chilienne**. La lettre contenant la notification de résiliation immédiate a été reçue au Chili et la rupture subséquente y a été subie. Le contrat de distribution contient plusieurs stipulations se rapportant à la France mais une clause d'exclusivité territoriale a été stipulée en faveur du distributeur²³⁹⁶. La distribution exclusive sur le territoire chilien pourrait être un élément déterminant afin de faire application de la loi chilienne par elle-même. Par contre, il y a une absence vraisemblable de dispositions équivalentes à celles de la rupture brutale au Chili²³⁹⁷, ce qui ne permettrait pas d'envisager l'application de la loi chilienne pour elle-même.

On propose de résumer l'ensemble des éléments recensés dans le tableau à double-entrée suivant :

	Loi de l'État sur lequel le fait générateur a eu lieu : la loi française	Loi de l'État sur lequel le dommage a eu lieu : la loi chilienne
Loi par défaut	Les éléments relatifs au contrat (éléments non déterminants)	
Loi par elle-même	Les éléments caractérisant une relation établie (démonstration)	La distribution de produits sur le territoire exclusif du Chili
Loi pour elle-même	Loi de protection du marché national	Absence vraisemblable de disposition équivalente à la loi française.

Ce tableau fait apparaître un ensemble d'éléments participant à la mise en œuvre multidimensionnelle du principe de proximité ; en l'établissant, on se rend compte que les éléments relatifs au contrat tels qu'ils ont été retenus par les juges du fond n'en sont qu'une partie. Il ne fonctionne pas en miroir comme on aurait pu s'y attendre : les éléments recensés pour l'application d'une des lois nationales ne sont pas exactement inverses à ceux recensés pour l'application de

code de commerce s'éloigne de l'objectif de régulation poursuivi par cet article, sachant par ailleurs que la prohibition de la rupture brutale des relations commerciales établies est une règle typiquement française n'ayant pas véritablement d'équivalent à l'étranger. En effet, l'article L. 442-6 tend uniquement à réguler des comportements d'opérateurs économiques dès lors qu'ils sont susceptibles d'affecter le marché français, au même titre que l'ensemble des dispositions visées dans le Code de commerce sous le chapitre « Des pratiques restrictives de concurrence (Livre IV, titre IV, chapitre II du code de commerce) ».

²³⁹⁶ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 04 oct. 2012, n°11/17783, *ibid.* : « (...) l'article 1 du contrat stipule : « Guerlain concède au distributeur qu'il a accepté le droit exclusif d'importer et de vendre les produits dans le territoire » ; que l'article 2 définit ainsi le territoire : « Le terme territoire vise le marché local du Chili et les zones franches d'impôts d'Iquique et de Punta Arenas ». On lit dans le même arrêt qu'« il est justifié pour les seules années 2001 et 2002 que la société Guerlain a réalisé des ventes directes auprès de deux distributeurs situés dans les zones franches d'Iquique et de Punta Arenas lesquels faisaient partie du territoire concédé à titre exclusif à la société FGM », le fournisseur-débiteur a donc violé la clause d'exclusivité dont bénéficiait le distributeur-crédancier.

²³⁹⁷ S. BEAUMONT, C. MAUGERE, *ibid.*

l'autre. Par contre et selon nous, le dessein des dispositions de la rupture brutales des relations établies constitue un obstacle dirimant. Elles n'ont vocation qu'à être appliquées à l'échelle du marché national, qu'elles sont censées protéger. Cet élément serait propre à disqualifier la loi de l'État sur lequel le fait générateur a eu lieu, au bénéfice de la loi de l'État sur lequel le dommage s'est réalisé. Contrairement à la solution retenue, on serait donc davantage enclins à retenir que la loi à appliquer aurait dû être celle du lieu où le dommage a eu lieu.

798. Remarques conclusives. On en formule deux : l'une d'ordre général et l'autre propre au délit civil étudié. Le raisonnement mené en présence du délit complexe, avec la mise en œuvre du principe de proximité, se teinte d'une coloration inévitablement casuistique, aux antipodes de la recherche de prévisibilité des règles de désignation de la loi applicable²³⁹⁸. En cela, l'application du droit commun est insatisfaisante d'autant que les conséquences en matière de ruptures brutales des relations peuvent mettre les entreprises qui rompent dans la situation délicate de devoir indemniser les entreprises étrangères qu'elles évincent. Cela ne signifie aucunement que la loyauté dans les relations économiques, quelle que soit par ailleurs la nationalité des entreprises, doive être à plusieurs vitesses. Mais en ayant précédemment montré que le préjudice est automatique et l'indemnisation, forfaitaire et élevée, on ne peut absolument pas soutenir la propagation d'un tel régime. Il ne peut pas être étendu au-delà des frontières nationales sans avoir été modifié, au risque pour les entreprises françaises de devoir indemniser *grassement* les entreprises étrangères qu'elles évincent de relations d'affaires réunissant toutes les caractéristiques d'une relation établie.

B. Le péril de l'indemnisation due aux entreprises françaises

799. La concurrence des fondements lorsque le règlement Rome II est applicable. Après avoir envisagé la résolution du conflit de lois à l'aide des règles du droit commun, il faut se pencher sur celles issues de l'instrument européen. Le problème qui se pose lorsqu'il s'agit de litiges de ruptures brutales est de déterminer le fondement, soit l'article du Règlement Rome II, contenant la règle de conflit de lois applicable en matière d'obligations non contractuelles. Plusieurs articles sont susceptibles d'être appliqués²³⁹⁹ : l'article 4, contenant « *la règle générale désignant comme*

²³⁹⁸ O. CACHARD, P. KLÖTGEN, « Chapitre 1 : La méthode de règlement du conflit de lois », in *ibid.*, spéc. 294 : « Le règlement de ce conflit de lois ne saurait être abandonné à l'approche discrétionnaire du juge, ce qui minerait tout prévisibilité ».

²³⁹⁹ J. JOURDAN-MARQUES, Le contentieux international de la rupture brutale des relations commerciales établies, AJCA 2019, 60, dans 3.1 : « Dans l'hypothèse où, à ce stade, la relation est qualifiée de délictuelle, il convient de se référer au règlement Rome II. On peut hésiter sur l'application de l'article 4 § 1 ou 6 du règlement. Certains auteurs plaident pour une application de l'article 6, alors qu'une jurisprudence a déjà opté pour l'article 4 § 1 ». Comme cela a été fait dans cette citation, on utilisera le signe « § » pour désigner le paragraphe de l'article visé, et sans ajouter de virgule entre les numéros d'article et de paragraphe.

*rattachement principal la loi du lieu du dommage*²⁴⁰⁰ » et l'article 6, qui la précise, s'agissant de la concurrence déloyale et des actes restreignant la libre concurrence. On commence par vérifier si le délit de rupture brutale ressort du rattachement de précision (1) ; à défaut, il faudra l'envisager dans le cadre de la règle générale (2). Pour chaque cas, on précisera la loi susceptible d'être appliquée et les conséquences que cela entraîne.

1. Le rattachement de précision de la rupture brutale à la concurrence déloyale

800. Le double domaine²⁴⁰¹ **de l'article 6**²⁴⁰². Cet article est conçu comme une précision²⁴⁰³ à la règle générale de l'article 4, étant souligné que « *contrairement à la règle générale, qui traduit le souci d'établir un équilibre raisonnable entre les parties, ces différentes dispositions [dont celles de l'article 6] révèlent à l'évidence une volonté de privilégier la victime du dommage en rattachant le litige à sa propre loi ou en offrant au demandeur – il s'agira généralement de la personne lésée – la possibilité de choisir entre plusieurs rattachements*²⁴⁰⁴ ». L'article 6 prévoit ainsi une règle de conflit de lois pour les actes restreignant la concurrence (article 6 §3a) et une règle de conflit de lois pour les actes de concurrence déloyale (article 6 §1)²⁴⁰⁵. En présence de ce double domaine, il reste à déterminer duquel la rupture brutale des relations commerciales établies ressort²⁴⁰⁶.

²⁴⁰⁰ C. BRIÈRE, *ibid.*, spéc. 42.

²⁴⁰¹ O. BOSKOVIC, Loi applicable aux obligations non contractuelles : matières civile et commerciale, in D. SIMON et S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), Rép. de droit européen, Dalloz, Sept. 2010, maj 2015, spéc. 53.

²⁴⁰² Règlement (CE) n°864/2007, *ibid.*, art. 6 : « 1. La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être. 2. Lorsqu'un acte de concurrence déloyale affecte exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé, l'article 4 est applicable [retour à la règle générale]. 3. a. La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte restreignant la concurrence est celle du pays dans lequel le marché est affecté ou susceptible de l'être. 3. b. Lorsque le marché est affecté ou susceptible de l'être dans plus d'un pays, le demandeur en réparation qui intente l'action devant la juridiction du domicile du défendeur peut choisir de fonder sa demande sur la loi de la juridiction saisie, pourvu que le marché de cet État membre compte parmi ceux qui sont affectés de manière directe et substantielle par la restriction du jeu de la concurrence dont résulte l'obligation non contractuelle sur laquelle la demande est fondée. Lorsque le demandeur, conformément aux règles applicables en matière de compétence judiciaire, cite plusieurs défendeurs devant cette juridiction, il peut uniquement choisir de fonder sa demande sur la loi de cette juridiction si l'acte restreignant la concurrence auquel se rapporte l'action intentée contre chacun de ces défendeurs affecte également de manière directe et substantielle le marché de l'État membre de cette juridiction. 4. Il ne peut être dérogé à la loi applicable en vertu du présent article par un accord tel que mentionné à l'article 14 [liberté de choix] ».

²⁴⁰³ Règlement (CE) n°864/2007, *ibid.*, considérant 21 : « La règle spéciale prévue à l'article 6 ne déroge pas à la règle générale énoncée à l'article 4, paragraphe 1, mais elle la précise ».

²⁴⁰⁴ P. CARLIER, Le règlement Rome II et la théorie générale des conflits de lois, *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs*, 2007-2008/2, 1 août 2009, pp. 307-316, spéc. 18, ajoutant que « la règle n'est donc pas neutre : elle a nettement pour but, si ce n'est de protéger, du moins donner un avantage à la partie faible, de sorte que les rattachements spéciaux peuvent être qualifiés de rattachements à caractère substantiel ». Dans le même sens : O. BOSKOVIC, *ibid.*, spéc. 52 : « (...) il [l'article 6] témoigne de la faveur des autorités communautaires pour le private enforcement ».

²⁴⁰⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, L'article 6 du Règlement Rome II et les pratiques restrictives de concurrence internationales, *RLC* n°22, janv. – mars 2010, 1523, pp. 31-35, spéc. p. 31 : « L'article 6 du Règlement Rome II prévoit des règles de conflit de lois spéciales pour les actes restreignant la concurrence (article 6 § 3a) et pour les actes de concurrence déloyale qui affectent les relations de concurrence ou les intérêts du consommateur (article 6 §1) ».

²⁴⁰⁶ Notre question découle de celle posée par M. BEHAR-TOUCHAIS, Abus de puissance économique et droit international privé, *RIDE*, 2010/1, t. XXIV, 1, pp. 37 à 59, spéc. p. 45 : « La première question qui se pose est celle de savoir si les pratiques restrictives sont visées par le Règlement « Rome II » quand il vise des « actes restreignant la concurrence ».

801. L'exclusion de la rupture brutale des actes restreignant la concurrence. L'article 6, §3a dispose que « *la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte restreignant la concurrence est celle du pays dans lequel le marché est affecté ou susceptible de l'être* ». D'après le considérant 23, les actes restreignant la concurrence sont limités aux pratiques anticoncurrentielles²⁴⁰⁷. Ils excluent ainsi les pratiques restrictives de concurrence²⁴⁰⁸, et par conséquent la rupture brutale.

802. L'inclusion possible de la rupture brutale au sein de la concurrence déloyale. Le Règlement Rome II ne définit pas la concurrence déloyale. Il ne s'agit pas de se reporter au droit interne mais de livrer une définition communément admise : celle de la Convention d'Union de Paris²⁴⁰⁹. Son article 10 bis renvoie à des comportements tels que la confusion ou le dénigrement²⁴¹⁰. Malgré une liste qui reste ouverte²⁴¹¹, la concurrence déloyale ne se fond pas avec la loyauté, exigée dans les rapports entre entreprises et telle qu'elle innerve le Titre IV, du Livre IV, du Code de commerce. Celui-ci ne comprend aucune disposition propre à la concurrence déloyale. À la différence du droit allemand²⁴¹², aucune disposition légale n'énumère de pratiques de concurrence déloyale. Elles sont à la base de demandes de réparation de préjudices lorsqu'un

²⁴⁰⁷ Règlement (CE) n°864/2007, *ibid.*, considérant 23 : « *Aux fins du présent règlement, la notion de restriction du jeu de la concurrence devrait couvrir les interdictions visant les accords entre entreprises, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence dans un État membre ou dans le marché intérieur, ainsi que l'interdiction d'exploiter de façon abusive une position dominante dans un État membre ou dans le marché intérieur lorsque de tels accords, décisions, pratiques concertées ou abus sont interdits par les articles 81 et 82 du traité ou par la loi d'un État membre* ». M. BEHAR-TOUCHAIS, Abus de puissance économique et droit international privé, *ibid.* V. PIRONON, Droit économique international, in Le Lamy Droit Économique [en ligne], maj nov. 2021, spéc. 6602 : « (...) le recours au critère du marché se justifie d'autant plus qu'une attente à la concurrence se mesure nécessairement sur un marché, sur lequel la concurrence se trouve précisément faussée. Il correspond par ailleurs au champ d'application dans l'espace que se reconnaissent les règles de concurrence ».

²⁴⁰⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, Abus de puissance économique et droit international privé, *ibid.*, spéc. p. 24 : « (...) la notion d'« actes restreignant la concurrence » semble limitée aux pratiques anticoncurrentielles (ententes, abus de position dominante) », et après avoir cité le considérant 23 du Règlement, la Professeure ajoute que « cela ne laisse pas vraiment de place pour les pratiques restrictives de concurrence au sens français du terme ».

²⁴⁰⁹ Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 révisée, Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI). Trib. de l'UE, 14 avr. 2021, n°T-579-19 : « 1. La convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle a été signée à Paris (France) le 20 mars 1883, révisée en dernier lieu à Stockholm (Suède) le 14 juillet 1967 et modifiée le 28 septembre 1979 (Recueil des traités des Nations unies, vol. 828, no 11851, p. 305, ci-après la « convention de Paris »). La totalité des États membres de l'Union européenne est partie à cette convention ».

²⁴¹⁰ Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 révisée, Recueil des traités des Nations unies, vol. 828, n°11851, p. 336, art. 10 bis : « 1) Les pays de l'Union sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale. 2) Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale. 3) Notamment devront être interdits : 1° tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent ; 2° les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent ; 3° les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises ».

²⁴¹¹ Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 révisée, *ibid.*, art. 10 bis, 3), « notamment ».

²⁴¹² Y. PICOD, N. DORANDEU, Concurrence déloyale, in L. VOGEL (dir.), Rép. de droit commercial, Dalloz, maj avr. 2022, spéc. 140 : « Contrairement à certaines législations comme celles de l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, la Suisse et le Luxembourg qui connaissent des dispositions spécifiques à l'action en concurrence déloyale (...), et qui contiennent souvent des textes qui énumèrent des procédés déloyaux (L. UWG, art. 4), le droit français ne comporte aucune disposition qui indique quels sont les actes de concurrence déloyale ».

lien de causalité est établi entre eux et une faute commise dans l'exercice d'une activité économique, sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code civil. En somme, la concurrence déloyale est absente du Titre IV du Livre IV : les pratiques commerciales déloyales n'en relèvent pas. Mais ce n'est pas pour autant que la rupture brutale des relations établies doit être exclue de la concurrence déloyale visée à l'article 6 §1.

L'article 6 §1 prévoit que « *la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être* ». Selon le considérant 21, « *la règle de conflit de lois devrait protéger les concurrents, les consommateurs et le public en général, et garantir le bon fonctionnement de l'économie du marché. Le rattachement à la loi du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptible de l'être permet, d'une manière générale, de réaliser ces objectifs* ». On rejoint la Professeure Béhar-Touchais lorsqu'elle affirme qu'« *on peut considérer que le droit des pratiques restrictives a cet objectif*²⁴¹³ ». La réunion de leur objectif commun permet de faire relever l'une de l'autre.

L'article 6 distingue selon que l'acte de concurrence déloyale affecte les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs (article 6 §1) et, exclusivement, les intérêts d'un concurrent déterminé (article 6 §2). Au premier abord, on pourrait penser que la brutalité de la rupture d'une relation établie affecte seulement celui qui la subit. En ce sens, elle relèverait de l'article 6 §2, et comme il opère un retour à la règle générale : ce serait la loi du pays où le dommage survient qui serait ainsi désignée. Toutefois, une rupture brutale peut provoquer une onde de choc, une encyclie (c'est le terme par lequel « *les cercles qui se forment à la surface de l'eau lorsqu'on y laisse tomber un corps* » sont désignés²⁴¹⁴). Il ne faudrait alors pas rester à l'épicentre ou au point d'impact. Lorsqu'une centrale déréférence des produits, cela se traduit par leur retrait des linéaires dans les surfaces de vente des distributeurs et donc par l'impossibilité pour les consommateurs de se les procurer. Le fournisseur déréféré peut ainsi être un temps exclu. Les conditions de marché s'en trouvent modifiées. Ces éléments pris ensemble pousseraient alors à faire relever la rupture brutale de l'article 6 §1 ; la loi applicable désignée serait alors celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être. La distinction effectuée permet de livrer une vision globale, avec les conséquences entraînées par la pratique étudiée, mais on observe que cela ne change pas la loi qui est désignée car dans les deux cas, la loi applicable sera celle du pays où la rupture brutale aura eu lieu. Dans le tableau ci-dessous, on reprend les articles du Règlement Rome II

²⁴¹³ M. BEHAR-TOUCHAIS, Abus de puissance économique et droit international privé, *ibid.*, 47.

²⁴¹⁴ É. LITTRÉ, Le Littré, *ibid.*, V° *Encyclie*.

possiblement applicables et on prend un exemple dans lequel la rupture brutale a eu lieu en France :

article 6 § 1	article 6 § 2 retour à l'article 4
« La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être »	« <i>Lorsqu'un acte de concurrence déloyale affecte exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé, l'article 4 est applicable [règle générale : la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient]</i> »
Loi française applicable	Loi française applicable

Ce n'est pas parce que cela aboutit à désigner la même loi applicable que cela permet d'opter indifféremment pour l'un ou l'autre des articles susvisés. Pour les raisons avancées précédemment il faudrait choisir l'article 6, §1. Une autre justification est encore apportée par la Professeure Béhar-Touchais : « *La loi « du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être » aura au surplus le mérite de correspondre la plupart du temps aux lois de police, qui dominent la matière des pratiques restrictives de concurrence. En outre, l'article 6.4 du Règlement « Rome II » précise qu'« Il ne peut être dérogé à la loi applicable en vertu du présent article par un accord tel que mentionné à l'article 14 ». À la vérité, si les parties avaient pu choisir la loi applicable, et écarter la loi du marché affecté, elles n'auraient pu y échapper par ce biais, car cette dernière aurait revendiqué sa compétence à titre de loi de police, l'impérativité des textes du droit des pratiques restrictives étant particulièrement impérieuse, comme l'a dit la Cour de cassation pour les textes sur les délais de paiement²⁴¹⁵ ». L'article 16 du Règlement Rome II achève l'argumentation en prévoyant que : « Les dispositions du présent règlement ne portent pas atteinte à l'application des dispositions de la loi du for qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable à l'obligation non contractuelle ». « Ainsi, les textes tentent bien de préserver l'impérativité des lois de police, en principe parce qu'elles coïncideront avec la loi applicable en vertu de la règle de conflit²⁴¹⁶ ». Il faudra encore confirmer ou infirmer ce propos conclusif en déterminant, respectivement, si les dispositions de la rupture brutale peuvent être considérées comme une loi de police ou ne peuvent pas l'être²⁴¹⁷. En tout état de cause, notre choix de faire relever la rupture brutale des relations*

²⁴¹⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, Abus de puissance économique et droit international privé, *ibid.*, spéc. p. 49.

²⁴¹⁶ *Ibid.*

²⁴¹⁷ *Infra.*

établies de l'article 6 §1 ne correspond pas à la solution de la jurisprudence appliquant la règle générale.

2. Le rattachement de la rupture brutale à la règle générale

803. La règle générale et ses exceptions. L'article 4 §1 dispose que « *Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent* ». La règle générale s'accompagne d'une exception et d'une dérogation. La première, à l'article 4 §2, « *établit un rattachement spécial lorsque les parties ont leur résidence habituelle dans le même pays*²⁴¹⁸ ». Pour les personnes morales c'est le lieu où elles ont établi leur administration centrale²⁴¹⁹. La seconde, à l'article 4 §3, est une clause dérogatoire aux deux précédentes et est applicable « *s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays*²⁴²⁰ ». Ce correctif est fondé sur le principe de proximité²⁴²¹ et ne devrait « *intervenir qu'à titre exceptionnel ainsi que l'indique l'adverbe « manifestement »*²⁴²² ». L'hésitation dans le choix du fondement qui conviendrait à la rupture brutale contamine la jurisprudence. Plusieurs arrêts tentent d'apporter en éclaircissement sans totalement convaincre.

804. Une application jurisprudentielle de la règle générale : l'arrêt d'appel du 05 décembre 2016²⁴²³. En première instance, un tour opérateur dominicain a été débouté de sa demande d'indemnisation au titre de la rupture brutale de la relation établie commise par l'agence de voyages française, il a interjeté appel. Après avoir rappelé que les dispositions relèvent de la responsabilité délictuelle, les juges indiquent que « *la loi applicable aux obligations non contractuelles est régie par les dispositions du règlement Rome II du 11 juillet 2007* ». En l'espèce, le fait générateur de responsabilité consiste dans la lettre de résiliation – « *intervenue le 20 décembre 2012* » – il se situe postérieurement au 11 janvier 2009, et par conséquent les juges ont fait application dudit règlement. Les juges ont cité *in extenso* son article 4, pour ensuite affirmer qu' « *en application de ce texte, l'action visant à sanctionner la rupture de relations commerciales établies, est régie par*

²⁴¹⁸ Règlement (CE) n°864/2007, *ibid.*, considérant 18.

²⁴¹⁹ *Ibid.*, art. 23 §1, étant précisé au second alinéa que « *Lorsque le fait générateur a été commis ou que le dommage a été subi dans le cadre de l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, le lieu où est situé cette succursale, cette agence ou tout autre établissement est traité comme résidence habituelle* ».

²⁴²⁰ Règlement (CE) n°864/2007, *ibid.*, considérant 18.

²⁴²¹ C. BRIÈRE, *ibid.*, spéc. 50.

²⁴²² *Ibid.*, spéc. 75.

²⁴²³ CA Paris, Pôle 05, Ch. 10, 05 déc. 2016, n°15/16766, J.-D. n°2016-027884.

la loi du lieu où la victime de la rupture exerce son activité et a son siège social ». Le tour opérateur est une société de droit dominicain, qui n'exerce pas en France mais en République Dominicaine (« *Les prestations ont été exécutées sur le territoire de la République dominicaine. Le contrat a été exécuté sur le territoire de la République dominicaine* »). En outre, il bénéficiait d'une exclusivité territoriale par laquelle il pouvait vendre aux clients voyageurs de l'agence de voyage des services complémentaires. Pour les juges, il résulte de tous ces éléments que « *le dommage et le préjudice allégués par [le tour opérateur] sont localisés sur le territoire dominicain et dès lors en application du texte précité la loi applicable est celle de la République Dominicaine* ».

Les faits d'espèce relevés par les juges pour justifier la localisation du dommage et du préjudice sur le territoire dominicain rappellent ceux que l'on a aussi précédemment retenus lors de la mise en œuvre multidimensionnelle du principe de proximité. Les solutions sont contraires mais en l'occurrence le contrat, bien qu'il ait été signé en France, ne comporte ni clause attributive de compétence aux juridictions françaises ni clause de loi applicable désignant la loi française. Si tel avait été le cas, mais que les juges avaient tout de même retenu que la loi applicable était la loi de la République Dominicaine, l'opposition entre les solutions aurait été plus frontale et ce faisant, la logique propre à la rupture brutale des relations établies aurait été complètement respectée par ce second arrêt. Mais penser que si de tels éléments propres au contrat peuvent remettre la présente solution en cause, en la faisant relever de l'exception de l'article 4 § 3 plutôt que de la règle générale de l'article 4 §1, c'est une nouvelle fois compromettre la logique propre à la pratique, devant davantage s'attacher à la relation nouée entre les parties plutôt qu'au contrat qui les lie. En parcourant la jurisprudence, on s'est demandé si cette solution était celle d'un autre arrêt, moins disert, et s'il pouvait tout de même contenir des éléments pour nous permettre de trancher l'hésitation qu'il peut y avoir à appliquer l'article 4 §1 ou l'article 4 §3 du règlement Rome II au litige de rupture brutale.

805. L'application de la loi du pays dans lequel le dommage est survenu. Dans l'arrêt d'appel du 7 septembre 2017²⁴²⁴, il s'agissait d'une société de droit thaïlandais constituée pour offrir des prestations de services d'imprimerie à une filiale thaïlandaise du groupe français Carrefour. Leur relation a débuté en 2001 et s'est achevée dix ans plus tard. Quand elle a pris fin, le prestataire a agi contre son client : il l'a assigné devant le tribunal de commerce de Paris qui l'a débouté. Dans leur arrêt, les juges d'appel n'appliquent pas le règlement Rome II, alors qu'il était applicable selon le Professeur Haftel : « (...) il [l'edit règlement] désignait plutôt, en principe, la loi du lieu du dommage que celle du fait dommageable (qui englobe le fait générateur), par application de l'article 4, §1 (auquel renvoie ici l'article 6, §2), voire la loi régissant les relations contractuelles

²⁴²⁴ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 07 sept. 2017, n°15/00670, J.-D. n°2017-017878, arrêt confirmé par Cass. com., 07 mai 2019, n°17-27.229, J.-D. n°Ø,

*sous-jacentes entre les parties en application de l'article 4, §2, qui était ici la loi thaïlandaise*²⁴²⁵ ». L'arrêt vise tous les articles susceptibles de servir de fondement. Pour autant, et avant même de s'interroger sur l'obligation que les juges ont d'appliquer ledit règlement²⁴²⁶, en reprenant les faits d'espèces on s'interroge sur l'existence même d'un conflit de lois. Les juges ont relevé que la relation est nouée entre des sociétés thaïlandaises. Leurs contrats successifs ont été rédigés en langue anglaise (sans avoir été traduits) et soumis au droit thaïlandais. Les prestations auxquelles ils ont donné lieu ont exclusivement été rendues en Thaïlande. Le seul et potentiel élément d'extranéité consiste dans la localisation du siège social – en France – de la société holding du groupe Carrefour, auquel la filiale thaïlandaise appartient. L'entreprise évincée a probablement, et délibérément, saisi le juge français afin qu'il rattache le litige à la loi française du fait de cette localisation. Or aucune immixtion de la société holding dans la gestion de la filiale thaïlandaise n'a été démontrée. Dès lors qu'il faut considérer que chaque société est dotée d'une personnalité juridique autonome, selon nous l'élément d'extranéité, déjà seulement potentiel, disparaît. Cela pourrait expliquer pourquoi les juges n'ont pas fait application de la règle de résolution d'un conflit de lois du Règlement Rome II : en l'absence de conflit de lois à résoudre, la règle de résolution est inutile. L'arrêt d'appel a été confirmé en Cassation, par un arrêt de rejet mettant « *hors de cause* » la société Carrefour. Ce qui nous permet d'arriver à cette solution (du reste dont on ne peut savoir si c'est celles des juges compte tenu de leur raisonnement elliptique) c'est d'avoir précédemment abordé profondément en quoi le délit complexe consistait. Compte tenu des faits d'espèce, il aurait été possible d'y revenir et d'alors faire application de l'article 4 §3. Mais tous les éléments du délit pouvant être situés sur un même territoire, il n'y a lieu de considérer ni délit complexe ni conflit de lois. En l'occurrence, la loi du pays dans lequel le dommage est survenu est vraisemblablement appliquée conformément au droit commun, l'arrêt de rejet ne comportant pas de visa, il est seulement possible de le déduire ainsi. Cet arrêt ne permet donc pas de trancher notre hésitation

²⁴²⁵ B. HAFTEL, Inapplicabilité de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce à une rupture des relations commerciales survenues à l'étranger, LEDICO n°11, déc. 2017, p. 6 + faits d'espèce postérieurs au 11 janvier 2009 : compléter.

²⁴²⁶ *Ibid*, p. 6. Doit-il pour autant être appliqué ? Sur cette question, V. C. BRIÈRE, *ibid.*, spéc. 8-1 (maj 28 août 2021) : « Les juges du fond ont l'obligation d'appliquer d'office les dispositions impératives du règlement Rome II. Cette solution fondée sur l'article 12 du Code de procédure civile d'une part, et sur les principes de primauté et d'effectivité du droit de l'Union européenne d'autre part, a été énoncée par la Cour de cassation dans un arrêt du 26 mai 2021 (...) à propos de la mise en œuvre de l'article 6 du règlement Rome II dès lors qu'il ne peut être dérogé à la loi désignée par cet article, lequel exclut le jeu de l'autonomie de la volonté ». L. D'AVOUT, L'office du juge français remodelé sous l'effet des règles de conflit européennes, JCP P n°27, 05 juill. 2021, 733, pp. 1287-1291, à propos de Cass. com., 26 mai 2021, n°19-15.102, J.-D. n°2021-008124 (« Vu l'article 6 du règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), l'article 12 du code de procédure civile et les principes de primauté et d'effectivité du droit de l'Union européenne : (...) 10. Il résulte du second de ces textes et des principes susvisés que si le juge n'a pas, sauf règles particulières, l'obligation de changer le fondement juridique des demandes, il est tenu, lorsque les faits dont il est saisi le justifient, de faire application des règles d'ordre public issues du droit de l'Union européenne, telle une règle de conflit de lois lorsqu'il est interdit d'y déroger, même si les parties ne les ont pas invoquées ». Le Professeur d'Avout formule plusieurs critiques à l'encontre de la solution rendue par les juges du droit. On retient celle dans laquelle il met en cause le caractère d'ordre public de l'article 6, §2 : « Mais l'article 6 paragraphe 2, traitant de la concurrence déloyale dans les rapports bilatéraux entre concurrents, quant à lui, n'est clairement pas d'ordre public. Et pour cause, il s'agit d'une norme d'extraction qui soustrait à l'impérativité de l'article 6 certains rapports et les achemine vers la règle générale de l'article 4 (lex damni), laquelle est flexible et disponible puisqu'elle se combine avec la faculté de choix de lois offerte aux parties à l'article 14 ».

mais invite à rester en alerte sur la présence (ou l'absence) d'éléments d'extranéité. S'il est incertain que l'ultime arrêt sélectionné pour analyse permette d'affirmer que tel article du règlement Rome II est applicable, il présente un autre intérêt : c'est cette fois une entreprise française qui se prévaut de l'application des dispositions étudiées à l'encontre de son partenaire croate.

806. Une concurrence des fondements en suspens en jurisprudence et un nouveau dilemme. Dans l'arrêt de cassation du 07 mai 2019, les juges rejettent le pourvoi de l'entreprise croate dans lequel elle reprochait à l'arrêt d'appel de l'avoir condamnée à indemniser l'entreprise française²⁴²⁷. Ils reprennent la solution des juges d'appel selon laquelle « *la loi française était applicable, soit en tant que loi du contrat, soit en tant que loi du pays où le dommage est survenu, au sens de l'article 4 du règlement [Rome II], auquel s'est référé l'arrêt sans cependant prendre parti sur son applicabilité* » ; et pour cause, le fondement est au sein d'une alternative : « *quel que soit le fondement, contractuel ou délictuel, de l'action en responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie* ». Cet arrêt ne permet pas de savoir quel peut être l'article du règlement Rome II applicable puisque le règlement lui-même ne serait plus applicable s'il fallait retenir que l'action en responsabilité n'était plus délictuelle. Cette solution est postérieure à l'arrêt Granarolo, par laquelle les juges européens ont considéré que l'action ressortait possiblement de la matière contractuelle, mais elle marque une certaine résistance à appliquer cette solution et nous amène à devoir désormais revenir plus longuement sur la solution des juges européens.

807. Propos conclusifs. On conclut ce premier paragraphe en justifiant d'abord notre choix d'un fondement du Règlement Rome II comme règle de conflit de lois et en rappelant ensuite les périls liés à la désignation de la *lex loci delicti*.

Notre choix de l'article 6 §1. S'il faut considérer, selon les dires sartriens, que « *ne pas choisir c'est encore choisir*²⁴²⁸ », on préfère positivement choisir. On élit l'article 6 §1, en faisant d'abord relever la rupture brutale de la concurrence déloyale en raison de leur objectif commun. Il serait aussi applicable compte tenu des conséquences d'un déréfèrement brutal : il affecte les intérêts collectifs des consommateurs dans l'impossibilité d'acquérir les produits retirés des linéaires²⁴²⁹. Tenant compte de l'extension du domaine d'application des dispositions, notre choix est conforté dans la mesure où la rupture brutale d'une relation établie peut mettre l'entreprise évincée en

²⁴²⁷ Cass. com., 07 mai 2019, n°17-15.340, J.-D. n°2019-007691. M. BÉHAR-TOUCHAIS, L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qualifié de loi de police par la Cour de cassation, JCP E n°41, 08 oct. 2020, 1375.

²⁴²⁸ J.-P. SARTRE, L'existentialisme est un humanisme, 1996, Gallimard. C. WANG, Liberté et souveraineté : le problème de l'expérience chez Sartre et Bataille, th., Philosophie. Université Charles de Gaulle - Lille III, 2015, spéc. p. 200 : « *le 20 octobre 1945, il donne la célèbre conférence sur « L'existentialisme est un humanisme » où il énonce que « ce qui n'est pas possible, c'est de ne pas choisir* », nbp associée : J.-P. SARTRE, EEH, 63.

²⁴²⁹ Art. 6, §1 : « *La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel (...) les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être* ».

difficulté de se maintenir, même provisoirement, sur le marché, sur lequel les relations de concurrence seraient donc susceptibles d'être affectées : par la disparition d'une des entreprises présentes²⁴³⁰. Ce choix permet de préciser la règle générale de l'article 4 sans qu'il soit possible d'y échapper. On exclut l'article 4 pour ne pas que l'article 4 §3 puisse être appliqué. Cela se justifie du fait que son application doit rester exceptionnelle, ce qui serait menacé par tous les litiges qui pourraient potentiellement être élevés consécutivement aux ruptures brutales de relations établies à l'échelle internationale. Ainsi on sauvegarde la prévisibilité de l'instrument européen de droit international privé en le mettant à l'abri de la casuistique nécessaire à la caractérisation du lien manifestement étroit et d'une mise en œuvre elliptique du principe de proximité.

Le double péril de la désignation de la *lex loci delicti*. Lorsqu'il s'agit d'appliquer la loi du délit conformément au droit commun, les entreprises françaises courent le risque de devoir indemniser les entreprises étrangères qu'elles évincent, en considérant la rupture brutale comme un délit complexe. Ce qui peut être évité en choisissant d'appliquer l'article 6 §1 du Règlement Rome II. Lorsqu'elles ne sont pas à l'origine de la rupture mais la subissent, elles peuvent agir contre leurs partenaires établis dans d'autres États. La multiplication des actions, leur propagation, feraient courir aux entreprises nationales un risque, plus global et diffus, de n'être plus choisies comme partenaires. Quelle entreprise étrangère prendrait le risque de devoir indemniser une entreprise française à la fin de leur relation d'affaires quand ce risque n'existe pas avec une entreprise italienne ou tchèque ? Purement rhétorique, l'interrogation souligne que l'attractivité du système juridique national serait plombé par l'application systématique des dispositions étudiées dans les litiges comportant des éléments d'extranéité. L'arme pourrait en définitive se retourner contre les entreprises nationales lorsque la perspective change pour une plus vaste. Il convient dorénavant d'examiner si de tels risques sont susceptibles de persister en application de la jurisprudence *Granarolo*.

§2. *Granarolo et post Granarolo*

808. Le retentissement de l'affaire *Granarolo*. À l'origine des questions préjudicielles²⁴³¹ posées par la Cour d'appel de Paris à la CJUE : une rupture de relation d'affaires entre un distributeur français (Ambrosi) et un producteur italien (Granarolo), respectivement en demande et en défense. Plusieurs éléments d'extranéité écartent l'application des règles

²⁴³⁰ Art. 6, §1. « La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence (...) des consommateurs sont affecté[e]s ou susceptibles de l'être »

²⁴³¹ CA Paris, Pôle 01, Ch. 01, 07 avr. 2015, n°14/17985, J.-D. n°2015-009087.

substantielles du droit interne au profit de celles du droit international privé²⁴³². Contenues dans le Règlement Bruxelles I, les litigants en livrent une appréciation différente. Pour le distributeur, l'action est délictuelle, la juridiction compétente est celle du lieu où la rupture s'est produite : en France. Pour le producteur, la juridiction compétente est italienne car les marchandises ont été livrées à Bologne²⁴³³. En substance, la CJUE a été interrogée sur le point de savoir si l'action indemnitaire pour rupture de relations commerciales établies relevait de la matière délictuelle au sens du règlement Bruxelles I. La solution est négative mais implique la démonstration d'une relation contractuelle tacite, qu'il faut expliquer et critiquer (sous-§1) afin d'avoir connaissance des éléments qui permettront ensuite d'apprécier sa réception en jurisprudence interne (sous-§2).

Sous-§1. Granarolo

809. La résolution du conflit de compétences avant celle du conflit de lois. La Cour d'appel de Paris a posé deux questions préjudicielles à la CJUE. Nos subdivisions correspondent à chacune d'elles : la qualification principale d'abord (A) et la qualification de sous-ordre ensuite (B). Elles permettent de respecter la chronologie du droit international privé imposant de déterminer la compétence de la juridiction avant de déterminer la loi qu'elle va appliquer.

A. La qualification principale dépendante d'une démonstration

810. Enjeux de la première question préjudicielle. Elle a été posée en ces termes : « *L'article 5, point 3, du règlement Bruxelles I doit-il s'entendre en ce sens que relève de la matière délictuelle l'action indemnitaire pour rupture de relations commerciales établies consistant dans la fourniture de marchandises pendant plusieurs années à un distributeur sans contrat-cadre ni exclusivité ?* ». L'objet du renvoi préjudiciel porte sur l'interprétation du droit de l'Union²⁴³⁴ et la question doit être suffisamment générale pour ne pas que cela revienne à demander comment ce droit doit être

²⁴³² J.-L. ELHOUËISS, L'élément d'extranéité préalable en droit international privé, *Journal du droit international* (Clunet) n°1, janv. 2003, doct. 100002.

²⁴³³ CJUE, 14 juill. 2016, C-196/15. *Granarolo*, point 10. Les contrats liant successivement le producteur et le distributeur contenaient l'incoterm « *Ex Works* » prévoyant une mise à disposition des produits à l'acheteur au lieu convenu.

²⁴³⁴ J. PERTEK, Renvoi préjudiciel – Renvoi préjudiciel en interprétation, *JCI Europe Traité*, fasc. 361, maj sept. 2021, spéc. 3 : « *La demande de décision préjudicielle présentée par le juge national et la réponse de la Cour de justice portent uniquement sur le droit de l'Union. Est exclue l'interprétation du droit national, qui relève de la seule compétence du juge national (...). Dans tous les cas, à la suite de l'arrêt ou de l'ordonnance de la Cour, comme indépendamment d'un renvoi, le juge national est tenu, pour le moins, de retenir de son droit national une interprétation conforme au droit de l'Union, et cette exigence vaut pour l'ensemble des normes du droit de l'Union, qu'elles soient dotées ou non d'un effet direct* ». Pour son fondement : J. PERTEK, *ibid.*, spéc. 1 : « *Le mécanisme de renvoi préjudiciel organisé par l'article 267 TFUE (ex-art. 234 CE) permet une coopération directe entre les juridictions des États membres, qui sont des généralistes du droit de l'Union, et la juridiction spécialiste de ce droit (...)* » ; dans l'ordre chronologique : art. 177 TCEEE, art. 234 TCE, art. 267 TFUE.

appliqué dans le litige pendant. Néanmoins ce mécanisme repose sur la coopération des juridictions, nationale et européenne. La première tend à préciser, autant que faire se peut, la question pour une application ensuite aisée dans la solution qu'elle doit rendre²⁴³⁵. La seconde est animée par la volonté de fournir une réponse utile, loin d'une interprétation qui serait trop abstraite ou générale²⁴³⁶. Cela mettrait la juridiction de renvoi en difficulté et de nouvelles dissensions surgiraient dans l'application du droit de l'Union là où c'est précisément la fonction du mécanisme de renvoi préjudiciel que de veiller à garantir son uniformité d'interprétation et d'application²⁴³⁷. Les juridictions ont donc tout intérêt, toutes deux, à faire leur meilleur dans la question posée et la réponse donnée. En l'occurrence, la Cour d'appel de Paris souhaitait « *savoir si l'indemnisation de la victime d'une rupture brutale relève de la matière contractuelle au sens de l'article 5.1 du Règlement de Bruxelles*²⁴³⁸ ». La réponse consiste dans un « *non, si*²⁴³⁹ ». Si l'action indemnitaire pour rupture brutale de relations établies relève de la matière contractuelle, il faut d'abord expliquer la solution et la situer par rapport aux autres, précédemment venues éclairer les contours de cette matière (1). Cela fournira de premiers éléments utiles aux critiques faites à la démonstration de la relation contractuelle tacite, notion énigmatique²⁴⁴⁰ de laquelle la solution dépend (2). Nos subdivisions correspondent aux deux parties de la solution de la CJUE : l'interprétation et la démonstration.

1. Les explications de l'interprétation donnée

811. Première partie de la réponse, autonomie des matières et exclusion de l'une par l'autre. « *L'article 5, point 3, du règlement (CE) n°44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, doit être interprété en ce sens qu'une action indemnitaire fondée sur une*

²⁴³⁵ J. PERTEK, *ibid.*, spéc. 4.

²⁴³⁶ *Ibid.*, spéc. 4.

²⁴³⁷ J. DUPONT-LASSALE, La « subsidiarité juridictionnelle », instrument de l'intégration communautaire ? Droit et société 2012/1 n°80, pp. 47 à 71, spéc. p. 60 : « *Le renvoi préjudiciel, tout d'abord, est le moyen idéal pour fixer certaines obligations aux juges nationaux puisqu'il a été institué précisément pour garantir une uniformité d'interprétation et d'application du droit communautaire* », nbp associée : « Cf. en ce sens CJCE, 1er décembre 1965, Schwarze, aff. 16/65, Rec., 1965, p. 1081 », spéc. pp. 1094-1095 : « *que, lorsqu'il apparaît que le véritable objet des questions posées par une juridiction nationale relève de l'examen de la validité plus que de l'interprétation des actes communautaires, il appartient à la Cour d'éclairer immédiatement ladite juridiction sans l'obliger à un formalisme purement dilatoire incompatible avec la nature propre des mécanismes institués par l'article 177 ; que, si une telle rigueur formaliste est concevable en des procédures contentieuses diligentées entre parties dont les droits réciproques doivent obéir à des règles strictes, il ne saurait en être ainsi dans le cadre très particulier de la coopération judiciaire instituée par l'article 177 par laquelle juridiction nationale et Cour de justice, dans l'ordre de leurs compétences propres, sont appelées à contribuer directement et réciproquement à l'élaboration d'une décision en vue d'assurer l'application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des États membres* ».

²⁴³⁸ N. MATHEY, Nature de la responsabilité pour rupture brutale : la position de la CJUE, CCC nov. 2016, 235.

²⁴³⁹ Ou telle que la question a été formulée, la réponse consiste inversement dans un « *non, si* ».

²⁴⁴⁰ C. NOURISSAT, De la qualification contractuelle ou délictuelle d'une action fondée sur l'article L. 442-6 du Code de commerce, Procédures, déc. 2016, 361.

rupture brutale de relations commerciales établies de longue date, telle que celle en cause dans l'affaire au principal, ne relève pas de la matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de ce règlement s'il existait, entre les parties, une relation contractuelle tacite, ce qu'il revient à la juridiction de renvoi de vérifier ». La CJUE donne une interprétation de l'article susvisé, selon laquelle l'action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de relations commerciales établies ne relève pas de la matière délictuelle ou quasi-délictuelle s'il existe une relation contractuelle tacite entre les parties. Cette action relève de la matière contractuelle, à condition qu'il y ait une relation contractuelle tacite entre les parties. Ce qui permet de l'affirmer ainsi est : d'une part, l'interprétation autonome qui doit être faite des termes des matières contractuelle, délictuelle et quasi-délictuelle²⁴⁴¹, et, d'autre part, l'exclusion d'une matière par l'autre²⁴⁴². Sur ce second aspect, cela signifie que si une action relève de la matière contractuelle, elle ne peut relever ni de la matière délictuelle, ni de la matière quasi-délictuelle, et vice versa : si une action relève de la matière délictuelle ou de la matière quasi-délictuelle, elle ne peut pas relever de la matière contractuelle. L'une chasse l'autre de sorte que les actions relèvent soit de l'une, soit des autres, sans en outre qu'elles ne puissent relever d'aucune, sinon cela signifierait que les actions relèvent des matières hors du champ d'application du règlement²⁴⁴³.

812. Granarolo parmi les solutions ayant façonné la « matière contractuelle ». Les jurisprudences qui suivent proviennent de l'analyse du Professeur Mailhé²⁴⁴⁴. Elle figure dans l'ouvrage collectif consacré à l'Espace judiciaire européen²⁴⁴⁵. Cet espace de coopération judiciaire en matière civile s'est progressivement construit et de nombreux règlements ont été adoptés en diverses matières, parmi lesquelles : la compétence judiciaire en matière civile et commerciale²⁴⁴⁶. Cet ouvrage nous a permis d'accéder à une sélection des jurisprudences, rendues eu égard à la

²⁴⁴¹ CJUE, 14 juill. 2016, *ibid.*, spéc. 19.

²⁴⁴² *Ibid.*, spéc. 20. C'est la reprise de la solution de l'arrêt *Kalfelis* : CJCE, 27 sept. 1988, 189/87, Rec. p. 5565 : « 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 ». J.-P. BERAUDO, M.-J. BERAUDO, Convention de Bruxelles Conventions de Lugano Règlements (CE) n°44/2001 et (UE) n°1215/2012. – Règles ordinaires de compétence. – Matières autres que les obligations contractuelles, JCI Europe Traité, fasc. 3022, maj 1^{er} août 2019, n°32, « (...) à partir du moment où est engagée une action en responsabilité qui ne relève pas de la matière contractuelle, celle-ci ressort, a contrario, de la matière délictuelle. Ceci résulte clairement de deux arrêts rendus par la Cour de justice les 27 octobre 1998 [aff. C-51/97] (...) et 17 septembre 2002 [C-334/00] (...) Tous deux se situent dans la droite ligne de l'arrêt *Kalfelis* auquel ils se réfèrent. ».

²⁴⁴³ Règl. 44/2001, *ibid.*, art. 1, §2 « Sont exclus de son application : a) l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions ; b) les faillites, concordats et autres procédures analogues ; c) la sécurité sociale ; d) l'arbitrage ».

²⁴⁴⁴ F. MAILHÉ, « Section 2. – Compétences spéciales » in G. PAYAN (dir.), Espace judiciaire civil européen, 1^e éd., 2020, Bruxelles, Bruylant, pp. 276-409.

²⁴⁴⁵ G. PAYAN (dir.), Espace judiciaire civil européen, *ibid.*

²⁴⁴⁶ H. GAUDEMET-TALLON, Préface, in G. PAYAN (dir.), Espace judiciaire civil européen, *ibid.*, pp. 5-9, spéc. p. 6 : « Les auteurs ont retenu en XVI subdivisions, les seize textes intéressant cet Espace et sur lesquels il y avait de la jurisprudence de la Cour du Luxembourg ».

convention de Bruxelles, et des règlements qui lui ont succédé : Bruxelles I et Bruxelles I bis²⁴⁴⁷, grâce à laquelle on parvient à saisir comment la « *matière contractuelle* » a d'abord été délimitée, puis définie par la Cour. On revient sur ses traits les plus saillants pour connaître le contexte dans lequel l'arrêt Granarolo s'insère.

813. La délimitation de la « matière contractuelle ». 1982, Effer²⁴⁴⁸. Le juge du contrat est compétent pour se prononcer sur son existence ou sa validité²⁴⁴⁹. « (...) *la mise en cause de la formation du contrat ne permet pas d'écarter la compétence de la juridiction du lieu d'exécution de ce contrat*²⁴⁵⁰ ». Un prolongement de cette solution se trouve dans l'arrêt dit *Profit investment Sim SpA*²⁴⁵¹. En substance, la Cour y décide que dès lors que l'action en nullité débouche sur des restitutions, voire des dommages et intérêts consécutifs, les instances ne sauraient être dissociées et qu'il est dès lors nécessaire d'étendre là aussi la compétence du juge du contrat²⁴⁵². Il a été remarqué que ces affaires ont soulevé des questions portant davantage sur la compétence du juge du contrat que sur la matière contractuelle elle-même ; le travail notionnel n'avait vraisemblablement pas encore commencé²⁴⁵³.

814. La définition de la « matière contractuelle ». Son élément opératoire²⁴⁵⁴ est moins le contrat à proprement parler que les obligations qu'il suppose. **1992, Jakob Handte²⁴⁵⁵, l'engagement librement assumé.** La Cour exclut l'action directe dans les chaînes de contrats de la matière contractuelle²⁴⁵⁶. L'action de l'acquéreur contre le fabricant, si le fabricant n'est pas le

²⁴⁴⁷ *Ibid.* : « *Le recensement des arrêts est pratique exhaustif, sauf pour les règlements Bruxelles I et Ibis pour lesquels l'extrême abondance de la jurisprudence obligeait à laisser de côté quelques décisions moins intéressantes ; reste que le volume consacré à la jurisprudence rendu en application de ces deux textes (et, pour les arrêts les plus anciens, de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 : ainsi on retrouve, portant le numéro 80, l'arrêt Jakob Handte du 17 juin 1992, qui demeure l'arrêt fondateur pour la définition de la matière contractuelle même si la jurisprudence ultérieure lui a apporté beaucoup de nuances) est impressionnant (plus de 300 pages) ».*

²⁴⁴⁸ CJCE, 4 mars 1982, aff. 38/81, Effer c/ Kantner, Rec. CJCE 1982, p. 825, question préjudicielle : « *Le requérant bénéficie-t-il du for du lieu d'exécution du contrat selon l'article 5, paragraphe 1, de la convention, même si la formation du contrat à l'origine du recours est litigieuse entre les parties ?* », réponse positive de la Cour.

²⁴⁴⁹ F. MAILHÉ, *ibid.*, spéc. 321.

²⁴⁵⁰ *Ibid.*, spéc. 326.

²⁴⁵¹ CJUE, 20 avr. 2016, aff. C-366/13, Profit Investment SIM SpA c/ Stefano Ossi e.a., J.-D. n° 2016-010441, troisième question préjudicielle : « *La 'matière contractuelle' visée à l'article 5, paragraphe 1, dudit règlement doit-elle s'entendre comme limitée seulement aux litiges dans lesquels on entend invoquer le rapport juridique résultant du contrat, ainsi qu'à ceux qui dépendent étroitement de ce rapport, ou s'étend-elle aussi aux litiges dans lesquels la partie demanderesse, loin d'invoquer le contrat, conteste l'existence d'un lien contractuel juridiquement valide et vise à obtenir la restitution de ce qui a été versé sur le fondement d'un titre dépourvu, selon elle, de toute valeur juridique ?* », réponse de la Cour : « *L'article 5, point 1, sous a), du règlement n°44/2001 doit être interprété en ce sens que les actions tendant à obtenir l'annulation d'un contrat et la restitution des sommes indûment versées sur le fondement dudit contrat, relèvent de la « matière contractuelle », au sens de cette disposition* ».

²⁴⁵² F. MAILHÉ, *ibid.*, spéc. 327.

²⁴⁵³ *Ibid.*, spéc. 332.

²⁴⁵⁴ F. MAILHÉ, *ibid.*, spéc. 335.

²⁴⁵⁵ CJCE, 17 juin 1992, aff. C-26/91, Sté Jakob Handte & Co. GmbH c/ Traitements mécano-chimiques des surfaces SA : Rec. CJCE 1992, p. I-3967, question préjudicielle : « *L'article 5, point 1, de la convention prévoyant une règle de compétence spéciale en matière contractuelle est-il applicable au litige opposant le sous-acquéreur d'une chose au fabricant, qui n'est pas le vendeur, en raison des défauts de la chose ou d'impropriété de celle-ci à l'usage auquel elle est destinée ?* », réponse négative de la Cour.

²⁴⁵⁶ F. MAILHÉ, *ibid.*, spéc. 333.

vendeur, n'en relève pas. Pour en décider, la Cour choisit « *des termes qui feront de l'arrêt Jakob Handte le « grand arrêt » de la matière contractuelle (...) : « la notion de « matière contractuelle, au sens de l'article 5, point 1, de la convention, ne saurait être comprise comme visant une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre*²⁴⁵⁷ ». **2002, Tacconi**²⁴⁵⁸, **le contrat moins que les « obligations » contractuelles**²⁴⁵⁹. La Cour proclame que « *si l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles n'exige pas la conclusion d'un contrat, l'identification d'une obligation est néanmoins indispensable à l'application de cette disposition, étant donné que la compétence de la juridiction nationale est fixée, en matière contractuelle, en fonction du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée*²⁴⁶⁰ ». C'est la première fois qu'elle livre une telle idée²⁴⁶¹. Cette jurisprudence jette les bases d'un passage, qui n'est pas passé inaperçu, dans les jurisprudences visant auparavant *l'engagement librement assumé* et désormais *l'obligation juridique librement consentie*²⁴⁶².

815. 2014, Brogsitter²⁴⁶³. Le problème est celui d'une concurrence déloyale. Mais plutôt que de choisir globalement entre la faire relever d'une matière ou de l'autre – ce qui éviterait tout éclatement du contentieux –, la Cour développe une voie tierce²⁴⁶⁴. Elle adopte une règle et en donne une application. La règle consiste pour les juges à rechercher « *si le comportement reproché peut être considéré comme un manquement aux obligations contractuelles*²⁴⁶⁵ ». Par application, l'évaluation du comportement en question passe par l'interprétation du contrat²⁴⁶⁶. S'agissant de

²⁴⁵⁷ *Ibid.*, spéc. 333, 334.

²⁴⁵⁸ CJCE, 17 sept. 2002, aff. C-334/00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS), aff. C-334/00, Rec., 2002, p. I-7357, trois questions préjudicielles liées : « 1) *L'action visant à invoquer la responsabilité précontractuelle du défendeur relève-t-elle de la matière délictuelle ou quasi-délictuelle (article 5, point 3, de la Convention de Bruxelles) ? 2) Dans la négative, cette action relève-t-elle de la matière contractuelle (article 5, point 1, de la Convention de Bruxelles) et, dans l'affirmative, quelle est l'obligation qui sert de base à la demande ? 3) en cas de réponse négative, faut-il appliquer à cette action le seul critère général du domicile du défendeur ? », réponse affirmative de la Cour à la première question, qui n'a donc à répondre ni à la deuxième ni à la troisième question.*

²⁴⁵⁹ F. MAILHÉ, *ibid.*, spéc. 334, « *Dix ans après l'arrêt Jakob Handte, la Cour s'est en effet prononcée dans un arrêt Tacconi sur la nécessité de s'intéresser moins au contrat qu'aux « obligations contractuelles ».*

²⁴⁶⁰ CJCE, 17 sept. 2002, aff. C-334/00, *ibid.*, pt. 22.

²⁴⁶¹ F. MAILHÉ, *ibid.*

²⁴⁶² *Ibid.*

²⁴⁶³ CJUE, 13 mars 2014, aff. C-548/12, Marc Brogsitter c/ Fabrication de Montres Normandes EURL et Karsten Fräβdorf, question préjudicielle : « *Convient-il d'interpréter l'article 5, point 1, du règlement [n°44/2001] en ce sens qu'un demandeur qui prétend avoir subi un préjudice du fait d'un comportement [constitutif de concurrence déloyale] relevant de la matière délictuelle en vertu du droit allemand et commis par le cocontractant de celui-ci établi dans un autre État membre invoque également des droits relevant de la matière contractuelle à l'encontre dudit cocontractant, même s'il fonde son action sur une base juridique relevant de la responsabilité civile délictuelle ? », réponse de la Cour : « *Des actions en responsabilité civile telles que celles en cause au principal, de nature délictuelle en droit national, doivent, néanmoins, être considérées comme relevant de la « matière contractuelle », au sens de l'article 5, point 1, sous a), [dudit règlement] si le comportement reproché peut être considéré comme un manquement aux obligations contractuelles, telles qu'elles peuvent être déterminées compte tenu de l'objet du contrat ».**

²⁴⁶⁴ F. MAILHÉ, *ibid.*, spéc. 342.

²⁴⁶⁵ *Ibid.*, spéc. 343, précisant que « *Lorsque la Cour se réfère, dans l'arrêt Brogsitter, aux « obligations contractuelles », on peut supposer qu'elle fait simplement référence à sa définition de la matière contractuelle elle-même, telle qu'elle s'est dégagée de l'arrêt Jakob Handte revisité par l'arrêt Tacconi. Puisque la « matière contractuelle » n'exige pas la caractérisation d'un contrat mais d'une obligation « librement consentie », il est normal que l'analyse se focalise sur une telle obligation ».*

²⁴⁶⁶ F. MAILHÉ, *ibid.*, spéc. 342.

l'action en concurrence déloyale, consistant dans la violation alléguée d'une obligation, l'enjeu est de savoir laquelle est-ce²⁴⁶⁷. Elle doit découler du contrat pour relever de la matière contractuelle²⁴⁶⁸. On passe de la recherche de l'obligation au cadre dans lequel elle a été prise, et ainsi d'une obligation à plusieurs, puisque ce cadre suppose « *un ensemble d'engagements, lesquels s'expriment dans « l'objet du contrat »*²⁴⁶⁹ ». Il doit encore être doublement objectivé : en allant au-delà de la recherche subjective de la volonté des parties²⁴⁷⁰ et des cultures juridiques nationales, auxquelles les juges pourraient se référer afin d'adjoindre les obligations ajoutées au contrat mais qui n'en relèvent pas. Cette logique propre à l'utilisation, voulue uniforme, des instruments européens n'est pas à l'abri de soulever de nouvelles divergences²⁴⁷¹, surtout lorsqu'un autre problème se pose : en l'absence de contrat exprès entre les parties²⁴⁷². Avant de traiter spécifiquement de la solution apportée par la Cour dans l'affaire *Granarolo*, on formule une remarque d'ensemble à propos de ce corpus jurisprudentiel ayant trait à la « *matière contractuelle* ».

816. La mise en tension du rapport entre la compétence de principe et les compétences alternatives. En tant qu'alternative au principe – « *le compétence de principe du domicile du défendeur* » –, la compétence spéciale prévue en matière contractuelle devrait s'interpréter restrictivement afin de ne pas l'altérer²⁴⁷³. Au terme de son analyse, Le Professeur Mailhé fait prendre conscience que la portée de cette articulation peut être minimisée²⁴⁷⁴. On est enclins à le penser quand les juges de Luxembourg ont développé les possibilités d'emplois du chef de compétence de l'article 5, §1²⁴⁷⁵. Cela semble contrevenir à la dichotomie par laquelle le champ de la compétence de principe devrait logiquement être le plus vaste. Mais, la solution *Granarolo* s'insère parfaitement dans cette tendance à l'extension de la compétence spéciale et elle pourrait même paraître encore plus ambitieuse compte tenu de certaines singularités.

²⁴⁶⁷ *Ibid.*, spéc. 344.

²⁴⁶⁸ *Ibid.*, spéc. 344.

²⁴⁶⁹ *Ibid.*, spéc. 345.

²⁴⁷⁰ *Ibid.*, spéc. 346 et 348.

²⁴⁷¹ *Ibid.*, spéc. 348 : « *L'affirmation de la Cour implique que cette interprétation objective permette d'intégrer dans le contrat des obligations auxquelles les n'avaient pas spécialement consenties. Or il est à craindre que, tant pour la détermination de « l'objet du contrat » que pour les éventuelles obligations qui s'en déduisent au-delà de la volonté exprimée par les parties, le juge fasse appel à sa culture juridique nationale, et plus précisément aux obligations que son droit national ajoute aux contrats. Ne serait-il pas alors plus sain et plus sûr de faire appel à celles qui découlent de la loi du contrat ? Entre la solution du recours aux concepts nationaux, mortelle pour un texte transnational, celle du recours à une notion européenne, en pratique rarement développée, et celle de la loi du contrat, complexe mais sûre, le choix paraît s'imposer.* »

²⁴⁷² *Ibid.*, spéc. 351.

²⁴⁷³ *Ibid.*, spéc. 318.

²⁴⁷⁴ *Ibid.*

²⁴⁷⁵ *Ibid.*

2. Les critiques de la démonstration requise

817. De premières affirmations, la seconde partie de la réponse et la solution globale.

Après avoir situé Granarolo dans la continuité des jurisprudences qui l'ont précédée, et ayant participé à délimiter et définir la matière contractuelle, on parvient à **deux affirmations**. En premier lieu, l'action indemnitaire de rupture brutale ne relève pas de la matière délictuelle parce qu'elle en relève en droit interne (2014, *Brogstetter*)²⁴⁷⁶. En seconde lieu, la Cour invite d'emblée à vérifier si l'action revêt une nature contractuelle²⁴⁷⁷ : il faudrait savoir si la violation de l'obligation alléguée ressort de l'objet du contrat, mais cette fois en l'absence de ce dernier, en sachant que sa conclusion n'est pas requise pour appliquer la compétence spéciale (2002, *Tacconi*). L'enjeu réside ainsi dans la démonstration de ce que la Cour a désigné comme une relation contractuelle tacite. Elle l'explicite dans **la seconde partie de sa solution** : « *La démonstration visant à établir l'existence d'une telle relation contractuelle tacite doit reposer sur un faisceau d'éléments concordants, parmi lesquels sont susceptibles de figurer notamment l'existence de relations commerciales établies de longue date, la bonne foi entre les parties, la régularité des transactions et leur évolution dans le temps exprimée en quantité et en valeur, les éventuels accords sur les prix facturés et/ou sur les rabais accordés, ainsi que la correspondance échangée* ». En réunissant les deux parties de la solution, on obtient **une solution globale** selon laquelle l'action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de relations commerciales établies de longue date ne relève pas de la matière délictuelle s'il existe une relation contractuelle tacite entre les parties. En faisant ainsi, la CJUE prévoit ce qui ressemble à une alternative : si une relation contractuelle tacite peut être démontrée, alors l'action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de relations commerciales établies de longue date relèvera de la matière contractuelle ; si une relation contractuelle tacite échoue à être démontrée, alors l'action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de relations commerciales établies de longue date relèvera de la matière délictuelle. « *En d'autres termes, elle répond à la question de manière ouverte : cela dépend*²⁴⁷⁸ ». Il revient au juge national de mener la démonstration, sa tâche s'avère complexe eu égard aux critiques qu'elle soulève. On commence par relever celles qui nous semblent les plus flagrantes et on poursuit avec celles qui doivent être révélées.

818. Une liste non exhaustive et illimitée. La démonstration de la relation contractuelle tacite repose sur un faisceau d'éléments concordants qui ne sont pas listés de manière exhaustive. Non seulement ils sont précédés de l'adverbe « *notamment* », mais aussi de la formule « *susceptible de* », par laquelle la Cour ouvre un champ des possibles, puisque les éléments qu'elle cite servent

²⁴⁷⁶ CJUE, 14 juill. 2016, *ibid.*, pt. 19.

²⁴⁷⁷ *Ibid.*, pt. 22.

²⁴⁷⁸ F. MAILHÉ, *ibid.*, spéc. 355, « *Une réponse de normand* ».

à la démonstration et ceux qu'elle ne cite pas peuvent tout aussi bien avoir vocation à y servir aussi. Ainsi la liste fournie n'épuise pas les éléments concordants, qui paraissent même pouvoir être relevés de façon illimitée.

819. Le problème posé par les éléments pris *a contrario*. Les éléments cités par la Cour sont à même d'établir une relation contractuelle tacite mais peuvent-ils empêcher d'y parvenir si on les envisage *a contrario* ? De cette manière, des relations commerciales établies de courte durée n'y mèneraient pas. Mais la durée ne semble pourtant pas être un élément décisif (bien que cité en premier), sinon la liste ne serait pas augmentée de tous ceux qui suivent, y compris la bonne foi entre les parties. En droit interne, la question s'est posée de savoir si la bonne foi était une condition de validité du contrat²⁴⁷⁹. Mais en l'occurrence, ni la validité du contrat, ni même celui-ci n'est concerné puisqu'il devrait s'agir de rechercher des obligations contractuelles (*infra*). En outre, « *s'il est vrai que les contrats doivent, dans la plupart des droits internationaux être exécutés de bonne foi, la mauvaise foi des contractants ne doit évidemment pas conduire à nier l'existence du contrat qu'ils ont conclu*²⁴⁸⁰ ». S'agissant de l'élément ayant trait à la régularité des transactions et leur évolution dans le temps exprimée en quantité et en valeur, plusieurs combinaisons sont possibles. La régularité des transactions, avec une évolution croissante de celles-ci, pourrait sans conteste participer à établir une relation contractuelle tacite. Mais qu'en est-il alors s'il n'y a pas d'évolution mais une stagnation ? La régularité des transactions peut-elle suffire à être l'un des éléments recherchés ? Et inversement, est-ce des transactions dont l'évolution serait croissante mais irrégulières pourraient de la même façon y prétendre ? La conjonction de coordination utilisée voudrait que régularité et évolution (sous-entendue positive) aillent de pair, mais les fluctuations propres aux transactions peuvent compliquer la prise en considération de cet élément²⁴⁸¹. Il ne pourrait ainsi l'être qu'à la condition qu'il suppose même si cela semble trahir un manque de pragmatisme dans la sphère des affaires. Pour en terminer avec les éventuels accords et la correspondance échangée, ils pourraient constituer des éléments plus aisés à retenir en ce qu'ils sont vraisemblablement présents entre les parties et ponctuent leur relation. Ils laissent en outre des traces, parfois écrites, quelle que soit la forme qu'ils peuvent prendre. À défaut, s'ils se réduisent à n'être que des ordres, des bons de commandes, cela ne voudrait pas pour autant signifier qu'il n'y a pas de relation contractuelle tacite, mais d'autres éléments devraient en attester, parmi ceux identifiés précédemment, ou d'autres encore. La démonstration de la relation

²⁴⁷⁹ Ph. LE TOURNEAU, M. POUMARÈDE, Bonne foi, in É. SAVAUX (dir.), Rép. de droit civil, Dalloz, maj avr. 2019, spéc. 51.

²⁴⁸⁰ D. SINDRES, Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciales. – Compétence. – Règles ordinaires de compétence. – Option de compétence en matière contractuelle. – Article 7, §1, du règlement (UE) n°1215/2012, JCI Droit international, fasc. 584-130, maj 01 janv. 2022, spéc. 13.

²⁴⁸¹ En ce sens, F. MAILHÉ, *ibid.*, spéc. 358, *in fine* : « (...) si l'on comprend bien les critères tirés de l'évolution des contrats ponctuels entre les parties, le juge doit-il considérer que la baisse récente des volumes de marchandises achetés, ou le relèvement récent des prix facturés, démontre l'absence (ou la rupture tacite ?) d'un contrat-cadre tacite entre les parties ? ».

contractuelle en sort incertaine et tortueuse. On s'est alors demandé si elle recouperait celle de la relation établie.

820. Le recouplement avec la relation établie. La relation contractuelle tacite et la relation établie présentent des éléments communs pour être démontrées (la durée, la régularité, la fréquence des échanges). Toutefois, la CJUE pose aussi des critères propres à la relation contractuelle tacite. Ce qui fait écrire au Professeur Mathey que « *cela n'est pas incompatible avec la jurisprudence nationale mais s'en distingue tout de même significativement*²⁴⁸² ». Néanmoins, et en raison des éléments fournis de façon non exhaustive pour la démonstration de la relation contractuelle tacite, on peut légitimement penser que toute relation contractuelle tacite pourrait être une relation établie²⁴⁸³, mais l'inverse n'est pas envisageable puisque la démonstration de la relation contractuelle tacite exige des éléments supplémentaires (des éléments qui ne sont pas nécessaires à la démonstration de la relation établie). Ce serait ainsi qu'il faudrait le concevoir car la CJUE a mis au jour une notion différente de celle que notre droit interne connaît afin de faire relever l'action afférente de la matière contractuelle. Ainsi, l'opposition paraît atténuée et les juges internes ménagés. Ils semblent ainsi épargnés d'être livrés à la critique acerbe d'avoir retenu à tort, durant deux décennies, la responsabilité non adéquate. Les solutions, interne et européenne, sont ainsi préservées, sans que l'une puisse prendre l'ascendant sur l'autre. Dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, la Cour assure la cohérence, le plein effet, l'autonomie et le caractère propre du droit de l'Union. En l'occurrence, elle n'est toutefois pas à l'abri de critiques supplémentaires s'agissant de la conception de la démonstration.

821. Une démonstration pipée. La démonstration de la relation contractuelle tacite consiste à rapporter tous les éléments susceptibles de l'établir. Cette illimitation amène à s'interroger sur l'impossibilité de ne pas parvenir à la démontrer²⁴⁸⁴. À l'instar d'un dé pipé, réduisant considérablement la probabilité de perdre et augmentant significativement celle de gagner, la démonstration aboutira-t-elle toujours de sorte que l'inexistence d'une relation contractuelle tacite

²⁴⁸² N. MATHEY, Nature de la responsabilité pour rupture brutale : la position de la CJUE, CCC n°11 nov. 2016, 235.

²⁴⁸³ Compte tenu des éléments de démonstration propres à chacune, on peut penser que « *qui peut le plus peut le moins* » ; comme la démonstration de la relation contractuelle tacite requiert davantage d'éléments que ceux requis pour la démonstration de la relation établie, cette dernière peut être démontrée avant que l'autre ne le soit.

²⁴⁸⁴ D. BUREAU, Persistance du contentieux international de la rupture de relations commerciales établies, Rev. Crit. DIP n°01 du 19 avr. 2018, spéc. 5 : « *À la suite de cet arrêt, il avait été relevé par la plupart des commentateurs que la démonstration d'une « relation contractuelle tacite », de nature à rattacher la rupture de relations commerciales établies à la matière contractuelle - en dépit de la qualification généralement retenue par les juridictions françaises - résulterait de manière quasi-systématique du faisceau de critères énumérés par la CJUE (existence de relations commerciales établies de longue date, bonne foi entre les parties, régularité des transactions et évolution dans le temps de ces dernières, exprimée en quantité et en valeur, éventuels accords sur les prix facturés et/ou sur les rabais accordés, correspondance échangée). En dépit du caractère assez insolite de certains de ces indices - et de la faiblesse de l'argumentation sous-tendant la décision de la Cour de justice - tout portait donc à croire qu'il serait désormais bien difficile d'échapper à la qualification contractuelle en ce domaine (par hypothèse, des relations commerciales établies ne supposent-elles pas en effet des... relations commerciales établies de longue date, des accords sur les prix, des transactions régulières, des échanges de correspondance... ?) ».*

demeure un cas d'école ? L'ajout illimité d'éléments ferait qu'ensemble ils parviendraient nécessairement à la démonstration recherchée. Cela remet en cause l'alternative retenue précédemment²⁴⁸⁵. L'absence de démonstration disparaît et ampute la notion d'une partie de son intérêt dans la mesure où elle serait alors absolue. L'attraction de la notion semble irrépensible mais les juges outrepassent une étape de la démonstration afin que l'action indemnitaire relève de la matière contractuelle.

822. Une démonstration incomplète. D'après l'arrêt *Brogstetter*, l'action relève de la matière contractuelle si « *le comportement reproché peut être considéré comme un manquement aux obligations contractuelles, telles qu'elles peuvent être déterminées compte tenu de l'objet du contrat*²⁴⁸⁶ ». Or dans l'arrêt *Granarolo*, aucun manquement de ce genre n'est relevé par les juges. Pour le Professeur Mathey « (...) *la cour ignore la condition d'origine contractuelle du dommage qu'elle avait pourtant dégagée dans sa précédente décision [Brogstetter]*²⁴⁸⁷ ». Pour lui, « *cela aurait sans doute conduit à retenir la qualification délictuelle* ». Il l'explique en reprenant le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Brogstetter* et en le confrontant à celui du présent arrêt. « *Dans l'arrêt Brogstetter, la Cour avait reconnu que « la seule circonstance que l'une des parties contractantes tente une action en responsabilité civile contre l'autre ne suffit pas pour considérer que cette action relève de la « matière contractuelle » » (pt 23) car la qualification contractuelle suppose que « le comportement reproché [puisse] être considéré comme un manquement aux obligations contractuelles, telles qu'elles peuvent être déterminées compte tenu de l'objet du contrat » (pt 24). La Cour précisait alors que « tel sera a priori le cas si l'interprétation du contrat qui lie le défendeur au demandeur apparaît indispensable pour établir le caractère licite ou, au contraire, illicite du comportement reproché au premier par le second » (pt 25). Or, si l'on applique cette démarche au cas d'espèce, il devient difficile de considérer que la rupture brutale de relations commerciales établies, au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, puisse être appréciée comme un manquement aux obligations contractuelles²⁴⁸⁸ ». Le comportement reproché par le demandeur au défendeur est la rupture par ce dernier de la relation d'affaires qui les liait. En l'absence de contrat, la Cour demande à ce qu'une relation contractuelle tacite soit démontrée mais ajouter immédiatement après qu'en tant que telle, elle relève de la matière contractuelle, revient à faire de sa rupture le comportement reproché sans qu'un manquement aux obligations contractuelles n'ait été observé. Par conséquent, la démonstration pour faire relever ladite action indemnitaire de la matière contractuelle n'est pas complète.*

²⁴⁸⁵ *Supra*, n°XX. F. MAILHÉ, *ibid.*, spéc. 359, pour qui l'utilisation de la technique du faisceau d'indices fait renoncer à celle de l'alternative.

²⁴⁸⁶ CJUE, 13 mars 2014, C-548/12, *Brogstetter*, *ibid.*, pt. 24, rappelé par la Cour, dans l'arrêt *Granarolo*, *ibid.*, pt. 21.

²⁴⁸⁷ N. MATHEY, *ibid.*

²⁴⁸⁸ *Ibid.*

823. Une ambition contrariée. La notion de relation contractuelle tacite telle qu'elle apparaît dans l'arrêt *Granarolo* marque le fait qu'il soit possible d'appréhender de telles relations. En cela, cette solution est ambitieuse, même s'il ne faut pas étendre sa portée au-delà de l'interprétation du règlement qu'elle livre²⁴⁸⁹. Pour autant, le Professeur Mailhé amène à considérer les bases d'une définition empirique du contrat tacite, voire d'une notion européenne du contrat qui n'existe pas en tant que telle²⁴⁹⁰. Les relations suscitent un intérêt tel qu'elles bouleversent progressivement l'ordre établi du contrat. On l'a déjà noté lorsqu'il a été question de démontrer la relation établie à partir des contrats. Ces derniers seraient augmentés d'un aspect relationnel, qu'ils ne requièrent pas mais qui les fait passer dans une autre dimension. La CJUE semble être encline à considérer un tel passage : « *le passage d'une simple relation entre partenaires à une relation entre contractants*²⁴⁹¹ » ; même si à l'inverse de ce qui a été écrit il faudrait davantage mettre l'accent sur la relation, plutôt que sur le contrat, car c'est lui que la relation vient d'une certaine façon compléter. L'expression choisie en atteste car il s'agit de *relation contractuelle tacite* et non de *contrat tacite relationnel*. La valeur des substantifs par rapport aux adjectifs a son importance. L'adjectif s'ajoute aux noms pour les qualifier ou les déterminer²⁴⁹² et il est en cela essentiel. Mais il n'est pas un élément autonome, si bien que s'il fallait se séparer de tout ce qui n'est pas autonome, seuls les noms demeureraient. Dans l'expression de la Cour, la relation demeurerait. Le raisonnement touche à l'épistémologie car la construction d'une éventuelle nouvelle notion passe par sa dénomination, en ce qu'elle véhicule une certaine conception de ce qui a été et de ce qui sera peut-être. Il reste que les parties ont la possibilité de contracter mais vraisemblablement pas celle de « *relationner* ». Il en découle toujours une vision flouée et consistant dans la reconstitution d'une relation *a posteriori*, et dans un contexte litigieux qui plus est. Cela semble contrarier l'avènement de la notion. Après avoir relevé ce qui peut venir contrarier la notion de relation contractuelle tacite en tant que telle et surtout, pour ce qui nous intéresse le plus, dans le fait qu'elle ne devrait pas pouvoir conduire à retenir directement que l'action indemnitaire afférente puisse relever de la matière contractuelle, il convient d'examiner la qualification de sous-ordre présente dans l'arrêt et ses conséquences sur la loi applicable.

²⁴⁸⁹ F. MAILHÉ, *ibid.*, spéc. 356.

²⁴⁹⁰ *Ibid.*

²⁴⁹¹ *Ibid.*

²⁴⁹² F. LECA-MERCIER, Chapitre 1. À quelle catégorie grammaticale appartient l'adjectif qualificatif ?, in F. LECA-MERCIER (dir.), *L'adjectif qualificatif*, 2012, Paris, Armand Colin, « Coursus », p. 9-48, spéc. p. 9 : « Le mot « adjectif » vient du latin *adjectivum* : « qui s'ajoute à ». Cette étymologie nous renseigne sur un point fondamental : l'adjectif est un élément non-autonome, qui vient s'adjoindre à un autre, à la différence du nom, par exemple, qui peut référer seul (accompagné d'un déterminant le plus souvent) à un objet du monde ».

B. La qualification de sous-ordre et la détermination de la loi applicable

824. Les compétences plus spéciales. Lorsqu'une relation contractuelle tacite est (toujours ²⁴⁹³) démontrée, l'action indemnitaire afférent à sa rupture relève de la matière contractuelle, pour laquelle le défendeur domicilié sur le territoire d'un État membre peut être attiré dans un autre : devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée (art. 5, point 1, sous a)). Mais cette règle est en réalité triple, deux autres s'y ajoutent²⁴⁹⁴ : en matière de vente de marchandises (art. 5, point 1, sous b) premier tiret) et de fourniture de services (art. 5, point 1, sous b) second tiret). Si l'une des compétences plus spéciales est applicable, elle exclut la compétence spéciale²⁴⁹⁵. La sous-qualification pour l'une ou l'autre est précisée par la Cour, et sa jurisprudence (1), mais cette solution suffit-elle ensuite à déterminer la loi applicable (2) ?

1. Contrats de vente de marchandises ou de fourniture de services

825. Les éléments de résolution de la seconde question préjudicielle. Elle a été posée dans les termes suivants : « 2) *En cas de réponse négative à la première question, le [point] b) de l'article 5, point 1, de ce règlement est-il applicable à la détermination du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande dans le cas énoncé [à la première question] ?* ». La Cour ayant répondu par un « non, si » à la première question, cela lui permet de répondre à la seconde (conditionnée à une « réponse négative à la première question »). Elle a en effet affirmé que l'action indemnitaire ne relève pas de la matière délictuelle s'il existe une relation contractuelle tacite entre les parties. La solution aurait aussi pu être formulée de la façon suivante : l'action indemnitaire relève de la matière délictuelle s'il n'existe pas de relation contractuelle tacite entre les parties ; cela semble revenir au même, aux différences près que cette formulation empêche logiquement la CJUE de répondre à la seconde question et que l'on sait désormais que cela semble être la situation opposée à laquelle il faut parvenir compte tenu de la démonstration qui aboutit vraisemblablement toujours. En réponse à la seconde question préjudicielle, la Cour indique que « *L'article 5, point 1, sous b), du règlement n°44/2001 doit être interprété en ce sens que des relations commerciales établies de longue date, telles que celles en cause dans l'affaire au principal, doivent être qualifiées de « contrat de vente de marchandises » si l'obligation caractéristique du contrat en cause est la livraison d'un bien ou de « contrat de fourniture de*

²⁴⁹³ *Supra*.

²⁴⁹⁴ F. MAILHÉ, *ibid.*, spéc. 317.

²⁴⁹⁵ CJUE, 14 juill. 2016, *Granarolo, ibid.*, pt. 31. F. MAILHÉ, *ibid.* : « Le texte lui-même (lettre c) nous indique qu'il faut d'abord rechercher la qualification spéciale de ces deux derniers types de contrat avant d'utiliser, à défaut, la règle plus générale ».

services » si cette obligation est une prestation de services, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer ». En l'absence des litigants devant la CJUE, il ne lui revient pas de déterminer par quel contrat ils sont liés, par contre, elle fournit les éléments afin que la juridiction de renvoi puisse le faire. Elle indique que le critère de rattachement à l'un ou l'autre est leur obligation caractéristique²⁴⁹⁶. C'est la livraison d'un bien en ce qui concerne le contrat de vente de marchandises et c'est la prestation de services eu égard au contrat de fourniture de services. Pour l'une et l'autre, on a relevé des éléments pour les expliciter, qu'ils aient été apportés dans l'arrêt examiné ou dans de précédents.

826. Le contrat de vente de marchandises. La Cour précise qu'« une telle qualification peut trouver à s'appliquer à une relation commerciale établie de longue date entre deux opérateurs économiques lorsque cette relation se limite à des accords successifs ayant chacun pour objet la livraison et l'enlèvement de marchandises²⁴⁹⁷ ». Elle invite la juridiction de renvoi à « vérifier si la mention « Ex Works » (...) figure bien de manière systématique dans les contrats successifs entre les parties²⁴⁹⁸ ». Il figure parmi les Incoterms²⁴⁹⁹. Ils sont élaborés par la Chambre de Commerce Internationale²⁵⁰⁰. Une nouvelle version est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020²⁵⁰¹. Telle qu'elle est proposée par l'ICC, l'introduction aux Incoterms explique ce que les règles Incoterms 2020 font, ne font pas et comment les intégrer au mieux²⁵⁰². On s'en tiendra seulement, et brièvement, au premier aspect. Les Incoterms « définissent et codifient le contenu de certains termes et de certaines clauses fréquemment utilisées dans le commerce international²⁵⁰³ ». Ils reflètent les pratiques interentreprises dans leurs contrats de vente et d'achat de marchandises²⁵⁰⁴. En résumé, ils décrivent les obligations, les risques et les coûts supportés par l'acheteur ou le vendeur, selon l'Incoterm choisi²⁵⁰⁵. Pour ce qui est de celui qui serait présent dans certains documents commerciaux entre Ambrosi et Granarolo : stipuler « Ex Works²⁵⁰⁶ » revient à un « départ-

²⁴⁹⁶ CJUE, 14 juill. 2016, *Granarolo*, *ibid.*, pt. 33.

²⁴⁹⁷ *Ibid.*, point 35.

²⁴⁹⁸ *Ibid.*, point 36.

²⁴⁹⁹ Contraction d'« International Commercial Terms ».

²⁵⁰⁰ Le Lamy Transport Tome 2, maj janv. 2022, spéc. n°316 : « Le recueil des Incoterms est le résultat d'une initiative privée et non d'une convention internationale. Ce recueil de textes est rédigé et publié par la Chambre de Commerce Internationale (ICC) ». On utilise le même acronyme pour désigner celle-ci (il résulte de sa désignation dans la langue anglaise : International Chamber Of Commerce) et permet d'éviter toute confusion avec nos CCI.

²⁵⁰¹ L. GARCIA-CAMPILLO (dir.), *ibid.*, spéc. 315 : « Initialement conçus pour le transport par mer, les Incoterms se sont peu à peu adaptés aux mutations du transport en général et aux pratiques commerciales : ils ont ainsi fait l'objet de révisions successives en 1953, 1976, 1980, 1990, 2000, 2010 et donc, tout dernièrement, 2020. Une nouvelle version des Incoterms apparaît désormais tous les dix ans ».

²⁵⁰² ICC, depuis l'URL : <https://www.icc-france.fr/>, consultée le lun. 15 août, dans la rubrique « ressources et médias » (liste déroulante : « ressources documentaire » : Introduction aux Incoterms 2020 (URL de consultation et/ou téléchargement : https://www.icc-france.fr/wp-content/uploads/2021/04/Introduction-aux-Incoterms-2020_eng.pdf), spéc. 1.

²⁵⁰³ L. GARCIA-CAMPILLO (dir.), *ibid.*, spéc. 316.

²⁵⁰⁴ ICC, *ibid.*, spéc. 5.

²⁵⁰⁵ ICC, *ibid.*

²⁵⁰⁶ Ou son acronyme « EXW ».

usine²⁵⁰⁷ ». Le vendeur doit simplement mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur²⁵⁰⁸. C'est l'Incoterm qui « *fait peser le plus de responsabilité sur l'acheteur*²⁵⁰⁹ ». Il a été maintenu dans la nouvelle version²⁵¹⁰. Dans l'arrêt, la Cour retient que par la stipulation de cet Incoterm, « *il faudra considérer que les marchandises étaient livrées à l'usine de Granarolo en Italie et non pas en France, au siège d'Ambrosi* ». Les Incoterms représentent ainsi de précieux indicateurs pour déterminer la livraison des biens, critère de rattachement pour ce qui est de la vente de marchandises. Mais d'autres difficultés pourraient survenir, notamment en cas de pluralité de lieux de livraisons²⁵¹¹, si le contrat n'en prévoit aucun²⁵¹², si ce sont des marchandises à produire²⁵¹³. La difficulté propre aux faits d'espèce est de savoir s'il ne s'agirait pas plutôt d'un contrat de fournitures de services.

827. Le contrat de fournitures de services. La notion de *services* « *implique, pour le moins, que la partie qui les fournit effectue une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération*²⁵¹⁴ ». Elle suppose ainsi d'une part, l'existence d'une activité et, d'autre part, la rémunération accordée en contrepartie, étant précisé que cette dernière ne doit pas être entendue « *au sens strict du versement d'une somme d'argent*²⁵¹⁵ ». Pour expliquer en quoi l'activité peut consister, la Cour l'illustre au moyen d'un « *contrat ayant pour objet la distribution des produits de l'une des parties par l'autre partie*²⁵¹⁶ ». Mais en faisant cela, on ne peut s'empêcher de se demander si ce contrat de distribution est certes un contrat de fournitures de services mais s'il est aussi le contrat de distribution tel qu'il est visé dans le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles. On propose alors de les confronter et de déterminer en définitive quelle loi sera applicable.

²⁵⁰⁷ F. PETIT, Transport routier. – Contrat de transport de marchandises. – Formation et preuve, JCI Transport, fasc. 735, maj L. SIGUOIRT 01 mars 2022, spéc. 84.

²⁵⁰⁸ ICC, *ibid.*, spéc. 22: « (...) *the seller has to merely put the goods at the buyer's disposal* ».

²⁵⁰⁹ Infogreg, La version Incoterms® 2020 : apports et consolidations, Cahiers de droit de l'entreprise n°1, janv. 2020, prat. 3.

²⁵¹⁰ G. BOURDEAUX, M. MENJUCQ, C. NOURISSAT, Commerce international – Droit du commerce international, JCP E n°11, 12 mars 2020, 1109, spéc. 3 : « (...) *les Incoterms 2020 ne modifient pas le nombre de 11 termes commerciaux ni l'opposition entre les termes applicables pour tous les modes de transport et ceux uniquement destinés aux transports maritimes ou fluviaux. Plusieurs évolutions significatives ont toutefois été apportées* », elles ne semblent pas concerner l'incoterm EXW : « *Quant à l'incoterm EXW (« Ex Works »), très utilisé en raison de sa simplicité, il est maintenu, même s'il s'avère plus adapté aux ventes domestiques puisque les formalités douanières d'exportation des marchandises ne sont pas réalisées par le vendeur* ».

²⁵¹¹ F. MAILHÉ, *ibid.*, spéc. 361 et s. (comm. 83).

²⁵¹² *Ibid.*, spéc. 374 et s. (comm. 85).

²⁵¹³ *Ibid.*

²⁵¹⁴ CJCE, 23 avril 2009, Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch contre Gisela Weller-Lindhorst, aff. C-533/07, Rec., 2009, p. I-03327, pt. 29.

²⁵¹⁵ CJUE (1e ch.), 19 décembre 2013, Corman-Collins SA c. La Maison du Whisky SA, aff. C-9/12, pt. 39.

²⁵¹⁶ CJUE, 14 juill. 2016, *Granarolo*, *ibid.*, pt. 38

2. Contrats de vente de marchandises ou de fourniture de services ou de distribution

828. Le contrat vente de marchandises exclusif du contrat de distribution. La Cour indique que « lorsque [la] relation se limite à des accords successifs ayant chacun pour objet la livraison et l'enlèvement de marchandises²⁵¹⁷ », alors ce ne peut être « un contrat de distribution typique, caractérisé par un accord-cadre ayant pour objet un engagement de fourniture et d'approvisionnement conclu pour l'avenir par deux opérateurs économiques²⁵¹⁸ ». Le verbe impose la distinction. La vente de marchandise se limite à la livraison et l'enlèvement de marchandises, s'il y a plus, alors le contrat de distribution est envisagé. Lorsque la Cour en décrit l'objet, « un engagement de fourniture et d'approvisionnement », on pense qu'elle évite une répétition car il y aurait un engagement d'approvisionnement de l'acheteur, devant s'approvisionner chez tel producteur, et un engagement de fourniture de ce producteur vis-à-vis de l'acheteur²⁵¹⁹. Les engagements réciproques seraient contenus dans un accord-cadre.

829. La relation contractuelle tacite irréductible au contrat de vente de marchandises. Si les relations commerciales établies de longue date sont qualifiées de contrat de vente de marchandises, cela ne devrait pas revenir à considérer la relation contractuelle tacite comme tel car elle se contente d'organiser une succession de ventes, sans être elle-même translatrice de propriété²⁵²⁰. Cela tend à dissocier les contrats de vente de la relation contractuelle tacite mais la nouvelle notion est alors problématique car on cherche un critère de rattachement qu'elle ne pourrait contenir qu'indirectement. Elle peut consister en des ventes de marchandises sans en être une elle-même. De ce point de vue aussi la démonstration semble imparfaite, l'ajout d'une strate – la relation contractuelle tacite – ne paraît pas utile si l'on ne peut y trouver directement le critère de rattachement.

830. Détermination de la loi applicable en cas de contrat de vente de marchandises. Si les relations commerciales établies de longue date sont qualifiées de contrat de vente de marchandises, et si les documents commerciaux stipulent tous l'Incoterm EXW, alors le tribunal compétent serait italien (les marchandises ayant été livrées en Italie). Quelle loi le juge italien va-t-il appliquer ? Pour le savoir, il faut se référer au Règlement Rome I²⁵²¹. Lorsqu'il est applicable, il

²⁵¹⁷ *Ibid.*, pt. 35.

²⁵¹⁸ *Ibid.*

²⁵¹⁹ On peut aussi concevoir que l'acheteur doive se fournir auprès du producteur, de façon à ce que ce dernier l'approvisionne en marchandises. Les termes choisis – fourniture et approvisionnement – ont ceci d'ambivalent qu'ils peuvent chacun se rapporter à l'action principale de chaque partie à la relation. On ne peut donc pas savoir comment les actions sont distribuées.

²⁵²⁰ L. USUNIER, La qualification du contentieux lié à la rupture des contrats de distribution : nouvel épisode du feuilleton judiciaire, RTD Civ. 2016, p. 814.

²⁵²¹ Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOUE du 04 juill. 2008, L 177/6, dit « Règlement Rome I ».

détermine la loi applicable au contrat²⁵²². Les solutions aux conflits de lois qu'il retient convergent toutes vers le principe de proximité : « *il s'agit de donner compétence à la loi du pays avec lequel le contrat présente des liens significatifs. Mais le règlement adopte une méthode sensiblement différente de celle qu'avait retenue la convention de Rome pour décider de la loi applicable à un contrat à défaut de choix. Le règlement entend en effet privilégier la prévisibilité et la sécurité juridique en édictant, à l'article 4, paragraphe 1, des règles précises pour toute une série de contrats*²⁵²³ ». Le contrat de vente de biens y figure : à l'article 4, paragraphe 1, sous a). Il « *contient la règle générale selon laquelle la vente de biens est régie par la loi du pays de la résidence habituelle du vendeur*²⁵²⁴ ». Par application, le vendeur est Granarolo, une société de droit italien, dont rien n'indique qu'elle n'a pas établi son administration centrale en Italie. Par conséquent, le juge italien devrait appliquer la loi italienne mais en présence d'une vente internationale de marchandises, d'autres normes de droit international privé sont susceptibles de s'appliquer²⁵²⁵.

831. Résolution du conflit de normes de droit international privé intéressant la vente internationale. « *Cette inflation et cette diversité des sources provoquent une difficulté fréquente en droit international privé contemporain : pour résoudre le conflit de lois, il faut préalablement résoudre un conflit de normes de droit international privé*²⁵²⁶ ». La Convention de La Haye de 1955²⁵²⁷, la Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente de Marchandises²⁵²⁸ et le Règlement Rome I doivent être départagés. En l'espèce, le contrat de vente de marchandises entre dans le champ d'application de la convention de La Haye du 15 juin 1955²⁵²⁹. L'article 25 du Règlement Rome 1 lui donne primauté²⁵³⁰, lorsqu'il prévoit que lui-même « *n'affecte pas l'application des conventions internationales auxquelles un ou plusieurs États membres sont parties lors de l'adoption du présent règlement et qui règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles*²⁵³¹ ». Or, la France et l'Italie sont parties à la Convention de La

²⁵²² H. GAUDEMET-TALLON, Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement « Rome I » du 17 juin 2008. – Détermination de la loi applicable – Domaine de la loi applicable, JCI Droit international, fasc. 552-15, maj par C. LATIL, 25 août 2021, spéc. 1.

²⁵²³ *Ibid.*, spéc. 40.

²⁵²⁴ *Ibid.*, spéc. 42. La Règlement Rome I fournit une définition de la résidence habituelle à son article 19 : « *1. Aux fins du présent règlement, la résidence habituelle d'une société, association ou personne morale est le lieu où elle a établi son administration centrale* ».

²⁵²⁵ M. FARGE, La proposition de règlement : l'articulation des sources et des méthodes du droit international privé en matière de vente supranationale, PA n°256 du 24 déc. 2013, p. 15, spéc. 1. D. BUREAU, Persistance du contentieux international de la rupture de relations commerciale établies, Rev. Crit. DIP, 2018/1 n°1, pp. 126-137, spéc. 7.

²⁵²⁶ *Ibid.*, spéc. 3.

²⁵²⁷ Conv. de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, 15 juin 1955.

²⁵²⁸ Conv. des Nations Unies sur les Contrats de Vente de Marchandises, 11 avr. 1980, dite « CVIM ».

²⁵²⁹ B. AUDIT, Vente – Conflits de lois en matière de vente, in D. CARREAU, P. LAGARDE et H. SYNVE (dir.), Rép. de droit international, maj oct. 2016, spéc. 19 : « *Selon son intitulé, la Convention s'applique aux ventes internationales d'objets mobiliers corporels (V. égal. art. 1er, al. 1er) ; mais les éléments de cette formule ne sont pas définis. Il est néanmoins acquis universellement que le contrat de vente implique un transfert de propriété contre un prix (...)* » et 74 et s.

²⁵³⁰ M. FARGE, *ibid.*, spéc. 6.

²⁵³¹ Règl. Rome 1, art. 25. B. AUDIT, *ibid.*, spéc. 18 : « *Elle demeure applicable nonobstant l'unification des règles de conflit réalisée depuis en Europe en matière d'obligations contractuelles par la Convention de Rome du 19 juin 1980 puis par le*

Haye²⁵³². À défaut de loi déclarée applicable par les parties, son article 3 prévoit que « *la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande* ». Ce serait ainsi toujours la loi italienne qui serait rendue applicable²⁵³³. Étant ainsi désignée, le juge italien devrait alors mettre en œuvre la CVIM pour tout ce qui sera relatif au droit substantiel de la vente internationale de marchandises²⁵³⁴. On retiendra que les dispositions de la Convention de La Haye seront susceptibles de résoudre le conflit de lois dans le cas d'espèce examiné.

832. La caractérisation doublement conditionnée du contrat de fourniture de services en contrat de distribution. Le contrat entre Ambrosi et Granarolo peut être qualifié de « contrat de fourniture de services » à la double condition que l'activité y afférent existe et qu'elle donne lieu à une contrepartie. Le vendeur bénéficie alors d'une garantie d'approvisionnement et participe ainsi « *à la stratégie commerciale du fournisseur, notamment aux opérations promotionnelles (...), le distributeur peut être en mesure d'offrir aux clients des services et des avantages que ne peut offrir un simple revendeur et, ainsi, de conquérir, au profit des produits du fournisseur, une plus grande part du marché local*²⁵³⁵ ». Selon la Cour, « *il s'ensuit qu'un éventuel contrat de distribution comportant de tels éléments typiques peut être qualifié de « contrat de fourniture de services » aux fins de l'application de la règle de compétence figurant à l'article 5, point 1, sous b), second tiret, du règlement Bruxelles I* ». Conformément à cette règle, une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite, dans un autre État membre et en matière contractuelle, ce sera devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée, et plus précisément, pour la fourniture de services, ce lieu est le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis. En l'occurrence, le distributeur pourra attirer le fournisseur en France puisque c'est en France que les services, liés à la distribution des produits du fournisseur, ont été fournis. Quelle loi le juge français devrait-il alors appliquer ?

règlement (CE) 593/2008 du Parlement européen et du Conseil (Rome I), en raison de son caractère spécial par rapport à ces textes (V. art. 25, Règl. Rome I) ». Pour une critique de sa continuation d'application faute de dénonciation : G. LARDEUX, « Section 1 - Les règles particulières à certains contrats portant sur les biens » in G. LARDEUX, Droit international privé des obligations contractuelles, 1^e éd., 2016, Bruxelles, Larcier, p. 222-243, spéc. 265.

²⁵³² Conv. La Haye, 15 juin 1955, entrée en vigueur en Italie et en France le 1^{er} septembre 1964.

²⁵³³ L'article 3 poursuit en réservant le cas dans lequel « *la vente est régie par la loi interne du pays où l'acheteur a sa résidence habituelle (...)* si c'est dans ce pays que la commande a été reçue, soit par le vendeur, soit par son représentant, agent ou commis-voyageur ». Rien n'indique en l'espèce que la commande de Ambrosi n'a pas été reçue en Italie. Une réserve tient aux marchandises, qui, si elles consistent en des objets à produire, entrent dans le champ d'application de ladite Convention mais aux conditions qu'elle prévoit (Conv. La Haye, 15 juin 1955, art. 1, al. 3 : « *Pour son application sont assimilés aux ventes les contrats de livraison d'objets mobiliers corporels à fabriquer ou à produire, lorsque la partie qui s'oblige à livrer doit fournir les matières premières nécessaires à la fabrication ou à la production* »).

²⁵³⁴ M. FARGE, *ibid.*, spéc. 14.

²⁵³⁵ CJUE, 14 juill. 2016, *Granarolo*, *ibid.*, pt. 39.

833. Détermination de la loi applicable en cas de contrat de distribution et mise en cohérence des instruments européens. Si un contrat de fournitures de services est caractérisé entre Ambrosi et Granarolo, ce peut être un contrat de distribution à condition que cette activité de distribution existe et soit rémunérée, mais est-ce que ce contrat de distribution correspond à celui visé à l'article 4, point 1, sous f) du Règlement Rome 1 ? D'après son dix-septième considérant de ce règlement : « *S'agissant de la loi applicable à défaut de choix, les notions de « prestation de services » et de « vente de biens » devraient recevoir la même interprétation que celle retenue pour l'application de l'article 5 du règlement (CE) n°44/2001, dans la mesure où ce dernier couvre la vente de biens et la fourniture de services. Les contrats de franchise ou de distribution, bien qu'ils soient des contrats de services, font l'objet de règles particulières* ». La réponse à notre question est affirmative. Par conséquent, à défaut de choix de loi applicable par les parties, l'article 4, point 1, sous f) du Règlement Rome 1 est applicable, conformément auquel « *le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle* ». Le distributeur Ambrosi a son siège social en France. Par conséquent, le juge français appliquera la loi française.

834. Tableau récapitulatif.

	Contrat de vente de marchandises		Contrat de fourniture de services	
Est-ce que le contrat est un contrat de distribution ?	Si c'est un contrat de vente de marchandises ce ne peut pas être un contrat de distribution.		Si c'est un contrat de fourniture de services, ce peut être un contrat de distribution aux conditions cumulatives : (i) existence de l'activité ; (ii) existence d'une contrepartie.	
	Ambrosi <i>Acheteur</i>	Granarolo <i>Vendeur</i>	Ambrosi <i>Distributeur</i>	Granarolo <i>Fournisseur</i>
Tribunal compétent	Italien		Français	
Règlement Bruxelles I	Art. 5, pt. 1, sous b, premier tiret		Art. 5, pt. 1, sous b, second tiret	
Loi applicable	Italienne		Française	
Fondement	Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, art. 3.		Règlement Rome 1, art. 4, point 1, sous f).	

Sous-§2. Post-Granarolo

835. Une réception amorcée et à poursuivre dans un contexte instable. Depuis que la CJUE a rendu une solution manifestement opposée à celle du droit interne, il a fallu s'intéresser à sa réception par les juges français (A) et sa propension à se maintenir depuis que la CJUE a encore fait évoluer sa jurisprudence pour déterminer la compétence juridictionnelle des États membres en fournissant un test pour faire relever l'action de la matière délictuelle ou contractuelle (B).

A. Une réception imparfaite

836. L'hostilité des juges nationaux. Le terme employé est-il trop fort quand on sait qu'ils alignent leurs solutions avec *Granarolo* ou ne l'est-il pas suffisamment lorsqu'en en prenant connaissance on s'aperçoit soit qu'elles ne contiennent pas de démonstration de la relation contractuelle tacite requise soit qu'elle y est superficielle ? Ils ne choisissent pas non plus de faire relever l'action de la matière contractuelle ou délictuelle pour ce qui est de désigner la loi applicable. Leur attitude se révèle passive pour ce qui est de *bouder* la démonstration (1) et de ne pas faire de choix (2), et laisse ainsi aussi la question de la qualification des dispositions en loi de police en suspens.

1. Une démonstration boudée

837. La reprise de la solution *Granarolo* sans mise en œuvre de la démonstration d'une relation contractuelle tacite. Dans l'arrêt du 13 septembre 2017²⁵³⁶, la Cour de cassation reproche « *aux juges du fond d'avoir fait jouer la règle de compétence propre à la matière délictuelle pour ordonner la poursuite d'une relation commerciale établie alors qu'il existait un contrat entre les parties*²⁵³⁷ ». Cet arrêt permet de faire la correspondance entre la solution *Granarolo*, rendue sur le fondement de l'article 5, points 1 et 3, du Règlement Bruxelles I, et celle qu'il rend sur le fondement de l'article 7, points 1 et 2 du Règlement Bruxelles I bis, depuis applicable. Mais ces doubles fondements visent en définitive la matière contractuelle et la matière délictuelle alors que seule la première devrait être retenue. Les juges internes s'alignent et prononcent la cassation pour violation de la loi²⁵³⁸ car les juges du fond n'ont pas tenu compte de

²⁵³⁶ Cass. Com., 13 sept. 2017, n°16-13.062, J.-D. n°2017-029856.

²⁵³⁷ F. JAULT-SESEKE, « II. Conflit de juridictions », in S. CLAVEL, F. JAULT-SESEKE, Droit international privé, D. 2018, p. 966.

²⁵³⁸ Cass. Com., 13 sept. 2017, *ibid.* : « *Qu'en statuant ainsi, alors que les dispositions du texte susvisé, qui doivent être interprétées de façon autonome, ne renvoient pas à la qualification de la loi nationale, et que la demande de prorogation de la*

l'interprétation de la CJUE et ont retenu la nature délictuelle de la responsabilité encourue dans le cadre de l'action en rupture brutale des relations commerciales établies. Cependant, les juges du droit rattachent le litige à la matière contractuelle sans aucune référence à la « *relation contractuelle tacite* » puisqu'en l'occurrence, un contrat a été conclu entre les litigants. Cela ne devrait toutefois pas les empêcher de démontrer une relation contractuelle tacite, comme ils caractérisent une relation établie en présence de contrats. Mais les juges d'appel *boudent* la démonstration qui n'apparaît pas non plus dans d'autres de leurs arrêts²⁵³⁹ ; et quand elle y est, on observe qu'elle est superficielle.

838. Une démonstration superficielle. Les juges de la Cour de cassation appliquent la solution *Granarolo* lors d'un litige franco-belge²⁵⁴⁰. La référence à l'arrêt de la CJUE est expresse, les juges citent *in extenso* les éléments concourant à la démonstration de la relation contractuelle tacite. Mais, en l'espèce, sa caractérisation repose uniquement sur deux éléments : la durée des relations (sept années) et l'article des conditions générales de vente prévoyant une livraison à partir des magasins belges²⁵⁴¹. La facilité avec laquelle les juges parviennent à retenir la relation contractuelle tacite interroge. Les éléments fournis par la CJUE forment une liste non-exhaustive, elle peut donc être complétée si ceux énumérés ne suffisent pas pour parvenir à la caractérisation. En l'occurrence, ce n'est pas la démarche des juges du fond. L'examen de la relation est superficiel alors qu'il peut être mené quelle que soit la relation considérée (fourniture de produits ou prestation de services). La régularité et l'évolution des échanges peuvent toujours être déterminées. Malgré une démonstration simpliste, la Cour de cassation approuve. Il ne lui revenait pas – en tant que juge du droit – de rechercher si d'autres éléments de l'espèce pouvaient concourir à la caractérisation. Mais elle aurait pu enjoindre les juges du fond à un nouvel examen des faits. L'arrêt

relation commerciale formée par la société Artclair supposait l'interprétation du contrat liant les parties pour apprécier la licéité du comportement des sociétés Allemandi, ce dont il résulte qu'elle relevait de la matière contractuelle, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

²⁵³⁹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 08 fév. 2018, n°17/17947, J.-D. n°Ø, après avoir écarté la clause attributive de compétence, qui ne répond pas aux conditions posées par l'article 25 du règlement Bruxelles I bis (*infra*), les juges fondent leur décision sur l'article 7.1 de ce même règlement mais sans viser la solution *Granarolo* (et donc sans non plus faire la démonstration y afférent).

²⁵⁴⁰ Cass. Com., 20 sept. 2017, n°16-14.812, J.-D. n°2017-018227. Un distributeur français poursuit un fournisseur belge après que ce dernier a mis un terme à leur relation. Une procédure de contredit est engagée par l'entreprise belge pour régler l'incident de compétence ; à l'issue de laquelle la cour d'appel de Paris déclare le tribunal de commerce de Paris incompétent (CA Paris, Pôle 01, Ch. 01, 15 déc. 2015, n°15/10615, J.-D. n°Ø). Cette solution est confirmée en cassation. M. COMBET, La rupture brutale des relations commerciales établies dans un contexte international ou européen, RLC n°113, fév. 2022, 4196, pp. 37-42, spéc. p. 38 : « *Finalemént, la Cour de cassation s'est rangée du côté de la Cour de justice comme le montre son arrêt Proutheau du 20 septembre 2017* ». CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 11 mars 2021, n°18/03112, J.-D. n°Ø, les juges s'appuient sur la solution *Granarolo* mais sans mettre en œuvre la démonstration de la relation contractuelle alors qu'en l'espèce la relation entre les litigants n'avait pas été formalisée. CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 09 sept. 2020, n°19/19392, J.-D. n°Ø : « *le tribunal qualifie en outre à bon droit de contrat de vente de marchandises la relation tacite des parties* », s'en s'être préalablement attardé sur sa démonstration. Cet arrêt a donné lieu à un pourvoi de la part de l'acheteur français qui alléguait être partie à un contrat de fourniture de services mais a été rejeté en cassation : Cass. com., 30 mars 2022, n°20-21.872, J.-D. n°Ø (« *Ayant retenu que la société IBB ne démontrait l'existence d'aucune rémunération spécifique ou d'exclusivité, ce dont il résultait que le contrat litigieux n'était pas un contrat de fourniture de services au sens de l'article 7-1, b) du Règlement (UE) n° 1215 du 12 décembre 2012, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, exemptés de dénaturation et sans méconnaître l'objet du litige, légalement justifié sa décision* »).

²⁵⁴¹ Sur ce point, il s'agirait davantage d'une mise à disposition que d'une livraison, propre à l'incoterm « *Ex Works* » (*supra*).

rendu à titre préjudiciel impose non seulement au juge, qui a saisi la CJUE, d'appliquer la solution, mais est aussi doté d'un effet « *erga omnes*²⁵⁴² », liant les autres juridictions dans des différends similaires. Sans rendre une solution contraire, mais sans vraisemblablement non plus la rendre de façon complète, la Cour de cassation aligne sa jurisprudence en avalisant une caractérisation très souple²⁵⁴³ et *a minima* de la relation contractuelle tacite.

839. La démarche lacunaire de la Cour d'appel de Paris. La solution *Granarolo* a été appliquée en 2018 par les juges parisiens²⁵⁴⁴ : ils en livrent une appréciation, d'apparence davantage complète, mais recelant encore des lacunes. A l'occasion d'une rupture à l'initiative d'un acheteur-revendeur polonais, les juges examinent la relation commerciale qu'il entretenait avec une entreprise française. D'abord tacite, la relation s'est poursuivie dans le cadre d'un « *commercial agreement* ». Elle a duré environ cinq années. Les ventes sont régulières. L'affirmation prévaut sur la caractérisation car la régularité n'est aucunement étayée. Selon la CJUE, la régularité des transactions et leur évolution trouvent leur expression dans les quantités et les valeurs échangées²⁵⁴⁵. L'expression de la régularité se trouve dans les chiffres, par exemple des volumes de vente. C'est ainsi que procèdent les juges d'appel pour établir la régularité d'un flux d'affaires dans un litige interne²⁵⁴⁶. L'absence de développements similaires dans le litige soumis ne trouve dès lors aucune justification. La CJUE ne fournit pas seulement les éléments permettant la caractérisation de la relation contractuelle tacite mais aussi comment y parvenir. Il faut rappeler qu'il s'agit d'une démonstration et non d'une présomption. En somme, la jurisprudence interne rallie la solution européenne, mais en refusant de faire la démonstration complète de la relation contractuelle tacite, sa réception ne peut être considérée que comme imparfaite. La CJUE ne s'étant pas prononcée sur la résolution du conflit de lois, la jurisprudence interne paraît faire de même.

²⁵⁴² J. PERTEK, Renvoi préjudiciel – Renvoi préjudiciel en interprétation, JCI Europe Traité, fasc. 361, maj 1^{er} sept. 2021, spéc. 112.

²⁵⁴³ D. DE LAMMERVILLE, L. MARION, Dans le prolongement de l'arrêt *Granarolo* de la CJUE, la Cour de cassation retient la nature contractuelle de l'action indemnitaire de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, JCP E n°15-16, 12 avr. 2018, 1190, pp. 46-49, spéc. p. 48.

²⁵⁴⁴ CA Paris, Pôle 01, Ch. 01, 10 avr. 2018, n°17/15593, J.-D. n°2018-006185.

²⁵⁴⁵ CJUE, 14 juill. 2016, *Granarolo*, *ibid.*, pt. 26.

²⁵⁴⁶ CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 09 nov. 2018, n°17/13048, J.-D. n°Ø. Dans cet arrêt, les développements relatifs au caractère établi des relations commerciales s'appuient sur les chiffres d'affaires générés sur cinq années (« 951.039 € de décembre 2009 à novembre 2010, 1.381.678 € de décembre 2010 à novembre 2011, 934.336 € de décembre 2011 à novembre 2012, [...], 887.775 € de décembre 2012 à novembre 2013, 775.170 € de décembre 2013 à novembre 2014. »). Les juges du fond en concluent que « ces chiffres constants et significatifs démontrent l'existence d'un flux d'affaires régulier ».

2. Un non-choix stérile

840. Une stratégie répétée. Dans leur arrêt du 7 mai 2019, les juges du droit reconnaissent la loi française applicable « *quel que soit le fondement, contractuel ou délictuel, de l'action en responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie*²⁵⁴⁷ ». En ne choisissant ni l'un ni l'autre, ils adoptent une stratégie dite du « *ni, ni*²⁵⁴⁸ », reprise plusieurs fois depuis, par la Cour d'appel de Paris²⁵⁴⁹. En somme, ils reprennent la solution de *Granarolo* pour ce qui est de déterminer la compétence²⁵⁵⁰ mais ne l'étendent pas à la détermination de la loi applicable car elle ne permettrait pas de le faire. Dans sa contribution à l'ouvrage « Objectifs et compétences dans l'Union européenne²⁵⁵¹ », le Professeur Azoulai s'intéresse à la « *redondance* » : « *celle par laquelle une juridiction répète des énoncés, réitère dans les motifs de ses arrêts des phrases créées dans le cours de sa jurisprudence*²⁵⁵² ». Le parallèle a été établi par M. Combet, qui a observé l'utilisation de formules répétées dans le contentieux des ruptures brutales comportant des éléments d'extranéité²⁵⁵³. On y souscrit quand on comprend qu'il s'agit pour les juges de trouver « *des arguments dans un contexte donné au soutien d'une solution d'espèce*²⁵⁵⁴ ». En faisant ainsi, les juges ne cherchent pas à établir une cohérence du droit²⁵⁵⁵, puisqu'ils n'y apportent aucun élément nouveau qui pourrait la consolider²⁵⁵⁶. Cette façon de faire trahirait plutôt « *la nécessité de sécuriser et de stabiliser la production du droit dans un contexte saturé de facteurs d'incertitudes*²⁵⁵⁷ ». En l'occurrence, la CJUE ne s'est pas prononcée sur les règles de résolution applicables au conflit de lois après avoir fait relever l'action de la rupture d'une relation contractuelle tacite de la matière contractuelle. Malgré le septième considérant du règlement Rome

²⁵⁴⁷ Cass. com., 07 mai 2019, n°17-15.340, *ibid*.

²⁵⁴⁸ C.-A. MAETZ, Un an de droit de la rupture brutale de relations commerciales établies, CCC n°7, juill. 2022, 2, spéc. 16.

²⁵⁴⁹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 02 juin 2021, n°17/16997, J.-D. n°Ø : « *Dès lors, quel que soit le fondement, contractuel ou délictuel, de l'action en responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie exercée par la société Ibis El Greco, la loi grecque est applicable, soit en tant que lieu de résidence du prestataire de service Ibis El Greco à défaut de loi choisie par les parties au sens de l'article 4 §1 b) du règlement Rome I, soit en tant que loi du pays où le dommage est survenu, au sens de l'article 4 §1 du règlement Rome II* ». CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 1er déc. 2021, n°20/07092, J.-D. n°2021-020035, « *Dès lors, quel que soit le fondement, contractuel ou délictuel, de l'action en responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie exercée par la société M., la loi dubaïote est applicable, soit en tant que lieu de résidence du prestataire de service à défaut de loi choisie par les parties au sens de l'article 4 §1 b) du règlement Rome I, soit en tant que loi du pays où le dommage est survenu, au sens de l'article 4 §1 du règlement Rome II* ».

²⁵⁵⁰ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 02 juin 2021, n°17/16997, *ibid*. : « Concernant les règles de compétence judiciaire au sens du règlement de Bruxelles I, la CJUE a dit pour droit que l'action en réparation du préjudice lié à la rupture brutale des relations commerciales établies de longue date révélant une relation contractuelle tacite relève de la matière contractuelle, et ce indépendamment de sa qualification en droit national (...). Cependant, la CJUE ne s'est pas prononcée sur la nature contractuelle ou délictuelle de l'action précitée en matière de conflit de loi ».

²⁵⁵¹ E. NEFRAMI (dir.), Objectifs et compétences dans l'Union européenne, 1^{er} éd., 2012, Bruylant.

²⁵⁵² L. AZOULAI, La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de Justice de l'Union européenne, *in* E. NEFRAMI (dir.), Objectifs et compétences dans l'Union européenne, *ibid.*, pp. 341-368, spéc. p. 341.

²⁵⁵³ M. COMBET, *ibid.*, spéc. p. 38.

²⁵⁵⁴ *Ibid*.

²⁵⁵⁵ L. AZOULAI, *ibid*.

²⁵⁵⁶ Pourrait-on ajouter « la vivifier », à propos de la cohérence du droit, en considérant qu'il est tout sauf figé, et de nouvelles solutions venant s'y ajouter, si elles sont cohérentes avec de précédentes, elles renforceront la force de l'ensemble.

²⁵⁵⁷ L. AZOULAI, *ibid.*, spéc. p. 342.

Il, s'exprimant en faveur de champ d'application matériel et de dispositions cohérents avec ceux du règlement Bruxelles I, le temps employé est le conditionnel, ce qui laisse toujours une place au doute. Dans ce contexte, les juges produisent des jugements « *sur le mode passif de la répétition*²⁵⁵⁸ ». Faut-il pour autant considérer qu'ils sont dans l'attente ? S'ils le sont, cela ne dépend pas que d'eux mais des faits dont ils auront à connaître et qui pourraient donner lieu à de nouvelles questions préjudicielles. Hormis ces dernières, une autre, soulevée dans l'arrêt, ne trouve pas de réponse : la qualification des dispositions en loi de police. Les juges le justifient, mais au lieu de demeurer dans l'attente d'un autre litige qui permettrait d'y répondre, on a tenté d'identifier une situation qui les mettrait dans la position vraisemblable de devoir le faire.

841. L'absence de qualification des dispositions en loi de police faute de lien de rattachement de l'opération avec la France. C'est ce qui ressort de l'arrêt de la Cour d'appel du 02 juin 2021²⁵⁵⁹. Les juges renseignent sur l' « *objectif de protection poursuivi par le texte précité qui garantit à toute entreprise française établie en France un préavis suffisant lorsque son partenaire, qu'il soit français ou étranger, décide de rompre les relations établies*²⁵⁶⁰ ». Malgré l'utilisation de « *toute* », exprimant l'idée d'une totalité, la formule est restrictive. Et cela nous a posé question vis-à-vis de l'application du principe de liberté d'établissement. Il favorise l'implantation de sociétés étrangères, qui peuvent notamment être : soit des filiales, soit des succursales. Les premières se distinguent par la jouissance d'une personnalité juridique propre²⁵⁶¹. Notre problème se posera eu égard aux secondes, qui en sont donc dépourvues. Les succursales de sociétés étrangères ne sont pas considérées comme des sociétés commerciales²⁵⁶². Cela ne les empêche pourtant pas d'exercer des activités. Le droit fiscal renseigne sur le fait que la succursale est réputée disposer d'une « *personnalité fiscale* » : *ses résultats sont déterminés en*

²⁵⁵⁸ *Ibid.*, spéc. p. 341.

²⁵⁵⁹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 02 juin 2021, n°17/16997, *ibid.* : « À supposer même l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce comme étant une loi de police, la Cour doit déterminer en tout état de cause, s'il existe un lien de rattachement de l'opération avec la France au regard de l'objectif de protection poursuivi par le texte précité qui garantit à toute entreprise française établie en France un préavis suffisant lorsque son partenaire, qu'il soit français ou étranger, décide de rompre les relations établies. Or, en l'espèce, il n'est pas contesté que les contrats signés entre les parties sur lesquels la société Ibis El Greco fonde ses demandes (pièces n°2 et 3) ne comportaient aucune clause sur la loi applicable entre les parties, ces contrats portaient sur des prestations de services exécutées en Grèce par la société Ibis El Greco établie en Grèce et qui revendique la réparation d'un dommage subi en Grèce du fait de la rupture brutale de la relation commerciale. Les dispositions de l'article L 442-6, I, 5° du code de commerce n'ont dès lors pas, en l'espèce, vocation à s'appliquer dans les relations entre les parties en tant que loi de police ».

²⁵⁶⁰ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 02 juin 2021, n°17/16997, J.-D. n°Ø : « À supposer même l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce comme étant une loi de police, la Cour doit déterminer en tout état de cause, s'il existe un lien de rattachement de l'opération avec la France au regard de l'objectif de protection poursuivi par le texte précité qui garantit à toute entreprise française établie en France un préavis suffisant lorsque son partenaire, qu'il soit français ou étranger, décide de rompre les relations établies ».

²⁵⁶¹ V. PIRONON, Groupes multinationaux. – Filiales et succursales, JCl Concurrence – Consommation, fasc. 581, maj 23 avr. 2019, spéc. 40, « Entité opérationnelle dépourvue de personnalité juridique, la succursale se confond juridiquement avec sa maison mère (V. Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 1979, n°17-13.566

²⁵⁶² Le Lamy Sociétés Commerciales, maj juin 2022, spéc. n°583 : « Les succursales, agences ou bureaux de liaison d'une société étrangère ne jouissent pas d'une personnalité juridique propre et ne sont pas considérées comme des sociétés commerciales. Ils n'ont pas d'autonomie juridique, ni de patrimoine distinct ; la société étrangère répond sur tous ses actifs, français et étrangers, des engagements pris dans le cadre de son établissement (succursale, agence, etc...) en France ».

faisant abstraction de l'entreprise dont elle émane, et sont imposés dans le territoire duquel cet établissement est situé (...) sur la base du principe de territorialité de l'impôt²⁵⁶³ ». L'imposition de ses résultats témoigne de l'exercice d'activités par la succursale. On s'est alors demandé si au titre de cette activité, qui impliquerait de nouer des relations avec d'autres entreprises françaises, la succursale pourrait se prévaloir des dispositions de l'article L. 442-1, II du Code de commerce si l'une des entreprises françaises venait à rompre brutalement la relation établie, à laquelle il est démontré qu'elles sont toutes les deux parties. La succursale étant seulement l'émanation²⁵⁶⁴ de sa société mère, installée dans un autre État membre, son action serait celle de la société mère contre la société française. À la différence des précédentes espèces, la relation établie en cause, qui aurait potentiellement été rompue brutalement, se serait déroulée en France. Par conséquent, un lien de rattachement de l'opération existerait, et, en ce cas, les juges auraient l'occasion de se prononcer sur la qualification recherchée. On pense que l'infirmité, ou la confirmation, aurait nécessairement des conséquences sur l'attractivité du territoire français²⁵⁶⁵ pour l'installation de succursales.

842. Un objectif contrarié et une jurisprudence interne suspendue. En annonçant précédemment l'objectif poursuivi, on s'est demandé si les juges n'allaient pas trop loin dans l'affirmation de la « *garantie* ». Dans un litige élevé par un vendeur français, de produits fabriqués par une entreprise israélienne, contre celle-ci, le tribunal de commerce de Paris s'est déclaré incompétent territorialement²⁵⁶⁶. Selon les magistrats consulaires, la rupture brutale alléguée est de nature contractuelle, le lieu de livraison des marchandises et le domicile du défendeur sont situés en Israël. S'ils déclinent ainsi leur compétence sur le fondement des articles 42 et 46 du Code de procédure civile²⁵⁶⁷, la solution s'inspire de celle dégagée par *Granarolo*²⁵⁶⁸. En appel, l'arrêt est infirmatif²⁵⁶⁹, un contrat de fourniture de services ayant été caractérisé, et les services ayant été rendus en France, les parties sont renvoyées devant le tribunal de commerce de Paris. Par conséquent, l'objectif annoncé est atteint, mais les jurisprudences rapportées nous apprennent que cela ne sera pas toujours le cas. La solution *Granarolo* semble de plus en plus imprégner

²⁵⁶³ S. GINESTY, La succursale, une filiale (presque) comme les autres, La lettre jur. n°546 du 07 nov. 2013.

²⁵⁶⁴ V. PIRONON, *ibid.*, spéc. 16 : « Si chaque filiale a sa personnalité et partant sa nationalité propre, il en va différemment pour les succursales. Simples démembrements matériels dépourvus de personnalité juridique, les succursales n'ont pas, tant que telles, de nationalité. Elles reçoivent celle de la société dont elles émanent, ce qui n'interdit pas de leur appliquer la loi du pays d'accueil ».

²⁵⁶⁵ *Ibid.*, spéc. 9, après la bibliographie consacrée aux groupes multinationaux : « Certains de ces ouvrages se concentrent sur l'organisation interne du groupe multinational. Confiée ou abandonnée à la méthode conflictuelle qui ignore l'unité du groupe, cette organisation en ressort éclatée entre autant de droits que de lieux d'implantation. La prise en compte de l'unité du groupe multinational ne s'étend pas moins sous l'influence des lois de police et des règles matérielles, nationales ou internationales, directement applicables à l'incidence économique et sociale des activités du groupe ».

²⁵⁶⁶ J.-M. VERTUT, Rupture brutale de relation commerciale internationale établie : la compétence juridictionnelle française écartée, Lettre distrib. Janv. 2022, p. 5 à propos de T. Com. Paris, 30 septembre 2021, n°2020037442.

²⁵⁶⁷ J.-M. VERTUT, *ibid.*

²⁵⁶⁸ *Ibid.*, indiquant l'arrêt *Granarolo* a été évoqué par le Tribunal.

²⁵⁶⁹ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 02 mars 2022, n°21/17962, J.-D. n°Ø.

celles des jurisprudences internes, malgré une démonstration insuffisamment mise en œuvre. Mais ce mouvement va-t-il se poursuivre si la solution *Granarolo* est insusceptible d'être maintenue, en raison de l'évolution de la jurisprudence de la CJUE ?

B. Une évolution inconnue

843. Portée de l'arrêt *Wikingerhof*²⁵⁷⁰ en décalage²⁵⁷¹ avec *Granarolo*. Un hôtelier allemand a assigné Booking.com. Il a contesté plusieurs des modifications aux conditions générales, auxquelles il n'a, selon lui, pas eu d'autre choix que de s'y soumettre. Le problème provient du fait que les parties sont des contractants mais que l'action introduite met en cause la responsabilité extracontractuelle du défendeur, fondée sur l'obligation légale de s'abstenir de tout abus de position dominante. Les différentes juridictions devant lesquelles il a agi ont successivement décliné leur compétence²⁵⁷². La Cour fédérale allemande a alors adressé une question préjudicielle à la CJUE, en vue de pouvoir ensuite déterminer de quelle matière l'action en cause doit relever²⁵⁷³. « La Cour de justice a été amenée à se prononcer sur une série de situations pouvant être considérées comme « à cheval » entre ces deux matières, le plus souvent en privilégiant le for contractuel au détriment du for délictuel. (...) L'arrêt *Wikingerhof* est l'un des rares exemples récents où la Cour de justice a fait primer le for délictuel sur le for contractuel²⁵⁷⁴ ». Pour faire cela, la Cour a fait évoluer sa jurisprudence. Si la solution retenue semble remettre en cause la solution *Granarolo* (1) des incertitudes demeurent, et notamment à lire les conclusions de l'avocat général, avec lesquelles la Cour s'accorde²⁵⁷⁵, et dans lesquelles le cheminement du raisonnement contient ce qui pourrait peut-être constituer, à notre sens, un verrou en faveur du maintien de la solution *Granarolo* (2).

²⁵⁷⁰ CJUE, gr. ch., 24 nov. 2020, aff. C-59/19, *Wikingerhof GmbH & Co. KG c/ Booking.com BV* (ci-après « CJUE, 24 nov. 2020, *Wikingerhof* »).

²⁵⁷¹ M.-É. ANCEL, Chronique Espace judiciaire européen en matière civile – Matière contractuelle ou matière délictuelle : à quelle enseigne loger un litige, RDT Eur. 2021, p. 411, spéc. 7.

²⁵⁷² CJUE, 24 nov. 2020, *Wikingerhof*, *ibid.*, pt. 10, 11, 12, 13. A. RONZANO, Compétence : La Cour de justice de l'Union européenne dit pour droit qu'une action en responsabilité fondée sur l'obligation légale de s'abstenir de tout abus de position dominante relève de la matière délictuelle au sens du règlement Bruxelles I bis (*Wikingerhof / Booking*), Concurrences n°1-2021, art. n°98057 : « (...) *Wikingerhof* a introduit, devant le Tribunal régional de Kiel, une action visant à ce qu'il soit interdit à *Booking.com* : (...). Le Tribunal a décliné sa compétence territoriale et internationale, ce qui a été confirmé en appel par le Tribunal régional supérieur de Schleswig. *Wikingerhof* a alors formé un pourvoi auprès du Bundesgerichtshof (...) ».

²⁵⁷³ *Ibid.*, pt 18, question préjudicielle : « L'article 7, point 2, du [règlement n°1215/2012] doit-il se comprendre comme admettant que la compétence du lieu du fait dommageable peut s'appliquer en cas d'action visant à faire cesser certains agissements, s'il est possible que les agissements critiqués soient couverts par des règles contractuelles mais que la demanderesse fait valoir que ces règles reposent sur un abus de position dominante de la part de la défenderesse ? ».

²⁵⁷⁴ G. CROISANT, Arrêt « *Wikingerhof* » : un nouveau critère de distinction entre les matières contractuelle et délictuelle en droit international privé européen ? JDE 2021, pp. 347-349, spéc. 4.

²⁵⁷⁵ A. TENENBAUM, L'interprétation des champs d'applicabilité et d'application du règlement Bruxelles I bis, RDC, mars 2021, pp. 147-150, spéc. 6.

1. Le test faisant échec à la réitération de la solution Granarolo

844. L'évolution du test de l' « interprétation indispensable du contrat », pour déterminer l'illicéité du comportement reproché au défendeur. « Dans l'affaire *Wikinghof*, en matière de droit de la concurrence, la Cour de justice fait évoluer le test à appliquer pour distinguer les fors contractuel et délictuel en jugeant que l'action relève du second lorsque, bien que les parties soient engagées par des liens contractuels, le demandeur invoque les règles de responsabilité extracontractuelle et que l'examen du contrat n'est pas indispensable pour apprécier la licéité du comportement reproché au demandeur²⁵⁷⁶ ». La solution de la Cour (pt 33²⁵⁷⁷), était déjà présente dans *Brogssitter*²⁵⁷⁸, mais de manière atténuée²⁵⁷⁹. Le Professeur Haftel recommande de lire la solution à la lumière des conclusions de l'avocat général, dans lesquelles une distinction est faite entre deux interprétations. « Selon une première interprétation, qu'il considère « maximaliste », une demande relèverait de la matière contractuelle « si le comportement reproché peut être considéré comme un manquement aux obligations contractuelles » (pt 69), alors que, selon une lecture « minimaliste », une demande relèverait de la matière contractuelle lorsque « l'interprétation du contrat qui lie le défendeur au demandeur apparaît indispensable pour établir le caractère licite ou, au contraire, illicite du comportement reproché au premier par le second » (pt 70)²⁵⁸⁰ ». La solution *Wikinghof* va dans le sens de cette seconde lecture, elle a depuis été réitérée²⁵⁸¹. Mais en doctrine les critiques pleuvent s'agissant du test retenu.

²⁵⁷⁶ G. CROISANT, *ibid.*, spéc. p. 347.

²⁵⁷⁷ CJUE, 24 nov. 2020, *Wikinghof*, *ibid.*, pt. 33 : « En revanche, lorsque le demandeur invoque, dans sa requête, les règles de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, à savoir la violation d'une obligation imposée par la loi, et qu'il n'apparaît pas indispensable d'examiner le contenu du contrat conclu avec le défendeur pour apprécier le caractère licite ou illicite du comportement reproché à ce dernier, cette obligation s'imposant au défendeur indépendamment de ce contrat, la cause de l'action relève de la matière délictuelle ou quasi délictuelle, au sens de l'article 7, point 2, du règlement n°1215/2012 ».

²⁵⁷⁸ CJUE, 13 mars 2014, *Brogssitter*, *ibid.*, pt. 22, 23, 24, 25 : « Il ressort de la décision de renvoi que les parties en cause au principal sont liées par un contrat. [23] Pour autant, la seule circonstance que l'une des parties contractantes intente une action en responsabilité civile contre l'autre ne suffit pas pour considérer que cette action relève de la « matière contractuelle » au sens de l'article 5, point 1, sous a), du règlement n°44/2001. [24] Il n'en va ainsi que si le comportement reproché peut être considéré comme un manquement aux obligations contractuelles, telles qu'elles peuvent être déterminées compte tenu de l'objet du contrat. [25] Tel sera a priori le cas si l'interprétation du contrat qui lie le défendeur au demandeur apparaît indispensable pour établir le caractère licite ou, au contraire, illicite du comportement reproché au premier par le second ».

²⁵⁷⁹ G. CROISANT, *ibid.*, spéc. 9.

²⁵⁸⁰ B. HAFTEL, *Compétence internationale et matière contractuelle* : feu l'arrêt *Brogssitter*, RDC, mars 2021, pp. 90-92, spéc. p. 90.

²⁵⁸¹ G. CROISANT, *ibid.*, spéc. 7, npb n°16 : « Récemment repris dans C.J.U.E., arrêt du 25 mars 2021, *Obala*, aff. C-307/19, (...), points 83-85 ». L. IDOT, *Matière contractuelle et action en recouvrement d'une créance de stationnement*, Europe n°5, mai 2021, 195, « Solution. – Prolongeant l'arrêt *Pula Parking* [CJUE, 9 mars 2017, aff. C-551/15] selon lequel l'action en recouvrement d'une créance de stationnement sur la voie publique relève de la matière civile et commerciale, la Cour considère que l'action est de nature contractuelle et qu'un contrat de prestation de services est en cause », « C'est sans doute sur le dernier point que l'arrêt présente le plus d'intérêt, eu égard en particulier à la conception très restrictive de la « matière contractuelle » adoptée par la Cour dans l'arrêt *Wikinghof* (...). De manière habituelle, la Cour commence par rappeler les solutions établies. Si l'article 7, point 1, du règlement n'exige pas la conclusion d'un contrat écrit, encore faut-il identifier une obligation contractuelle, laquelle peut être tacite. En l'espèce, la Cour estime que le stationnement sur une place de parking délimitée située sur la voie publique fait naître un rapport juridique entre le gestionnaire de la place et la personne qui l'a utilisée au moyen du paiement d'un ticket de stationnement horaire, rapport qui peut être qualifié de contractuel (pt 88). L'action en recouvrement dudit ticket relève par conséquent de la « matière contractuelle » au sens de l'article 7, point 1, du règlement Bruxelles I bis ». La « conception très restrictive de la « matière contractuelle » » correspond à la « lecture minimaliste » (*supra*).

845. Un test contestable²⁵⁸² à maints égards.

En matière de prévisibilité. « (...) la Cour insiste régulièrement sur l'exigence de prévisibilité de ses règles de compétence. Le test de l' « interprétation indispensable du contrat » ne nous semble pas être en mesure de toujours rencontrer cette exigence. En effet, en matière d'infraction au droit de la concurrence, la question de savoir si le contrat conclu par les parties est indispensable pour apprécier la licéité du comportement reproché sera longuement et âprement débattue dans de nombreuses affaires (dans le cadre d'accords de distribution, par exemple)²⁵⁸³ ». La détermination du juge compétent, se posant au début du litige, appelle nécessairement de la simplicité²⁵⁸⁴, déjà contrariée par les évolutions de la Cour²⁵⁸⁵, elle va encore l'être par les débats sur le contrat, qui, même s'ils sont inévitables²⁵⁸⁶, obscurcissent l'ensemble en étant une question supplémentaire à poser.

Une position soutenable pour les abus d'éviction mais pas pour les abus d'exploitation²⁵⁸⁷.

En l'espèce, « l'abus allégué relève de la catégorie des abus dits d'exploitation et l'on voit mal comment l'on peut déterminer si des conditions contractuelles sont équitables, ou non, sans analyser le contrat²⁵⁸⁸ ». La Professeure Idot établit aussi le parallèle avec « le règlement promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, dit P to B, (...²⁵⁸⁹) dont la seule lecture montre que la prise de position sur la licéité de telles pratiques suppose un examen circonstancié des conditions générales posées par les plateformes. Dans le cas d'espèce, cela aurait dû conduire à faire peser la balance en faveur de la qualification contractuelle²⁵⁹⁰ ». Cela nous a amené à nous poser la question de savoir si la solution *Wikinghof* est déjà susceptible de fournir la solution dans le cadre d'un litige fondé, non plus sur un abus de position dominante, mais sur un abus de dépendance économique. Malgré son insuccès, il « pourrait cependant trouver un autre terrain de prédilection (...) en permettant de saisir les pratiques de grands opérateurs du numérique et en particulier des GAFAM dont les

²⁵⁸² B. HAFTEL, *ibid.*, spéc. p. 91 et s.

²⁵⁸³ G. CROISANT, *ibid.*, spéc. 9.

²⁵⁸⁴ B. HAFTEL, *ibid.*, spéc. p. 92.

²⁵⁸⁵ M.-É. ANCEL, Chronique Espace judiciaire européen en matière civile – Matière contractuelle ou matière délictuelle : à quelle enseigne loger un litige, RDT Eur. 2021, p. 411, spéc. 1 : « La distinction de la matière contractuelle d'avec la matière délictuelle n'en finit plus d'occuper la Cour de justice. (...) Reconnaissons que la tâche de la Cour de justice n'est pas facile : dépourvue de substrat civiliste uniforme, coutumière des interprétations systémique et téléologique de chaque règlement, elle doit aussi composer avec l'exigence de cohérence trans-conflictuelle exprimée dans les préambules des règlements Rome I et Rome II. Mais l'empathie serait plus forte si la Cour arrivait à surmonter son incapacité à reconnaître qu'il lui arrive de changer d'approche. Au lieu de cela, sa jurisprudence se prétend constante quand elle évolue en spirale, faite de virages, de retours en arrière et d'angles morts, donnant le tournis aux interprètes et aux justiciables ».

²⁵⁸⁶ G. CROISANT, *ibid.*

²⁵⁸⁷ L. IDOT, Compétence en matière délictuelle, Europe n°1, janv. 2021, 39.

²⁵⁸⁸ *Ibid.*

²⁵⁸⁹ *Ibid.*, le passage tronqué correspond à la date d'entrée en vigueur du règlement : 12 juil. 2020, et ses références : PE et Cons. UE, règl. (UE) 2019/1150, 20 juin 2019 : JOUE n° L 186, 12 juill. 2019.

²⁵⁹⁰ *Ibid.*

*partenaires contractuels sont très souvent placés dans des situations de dépendance économique*²⁵⁹¹ ». On examine alors la situation à laquelle la mise en œuvre du test d'interprétation indispensable du contrat pourrait aboutir et si elle est à même de contrer, ou au contraire d'aller dans le sens d'une ultime critique relative à l'éclatement du contentieux.

La volonté de la Cour à peine dissimulée de favoriser le for saisi²⁵⁹² ***sous-tendant un éclatement du contentieux.*** « *Sous réserve d'une vérification à opérer par le juge de renvoi [l'interprétation du contrat est-elle indispensable pour établir l'illicéité du comportement reproché ?], l'action, qui est fondée sur l'obligation légale de s'abstenir de tout abus de position dominante, relève en conséquence de la matière délictuelle ou quasi-délictuelle. Pour la Cour, la solution serait conforme aux objectifs de proximité et de bonne administration de la justice. Au regard de la nature des pratiques des plateformes, qui couvrent l'ensemble du territoire de l'Union et contractent avec des milliers d'opérateurs, qu'il nous soit permis d'en douter. Une telle solution autorise surtout tout opérateur, qui allègue un abus de position dominante, à saisir son for, ce qui compte tenu du nombre d'actions possibles, conduit à un éclatement total du contentieux. Favoriser la situation des « victimes » de pratiques anticoncurrentielles est certainement un objectif légitime, il faut alors le dire clairement*²⁵⁹³ ». Cela rejoint la critique de la Professeure Ancel à propos des circonvolutions de la jurisprudence de la Cour empêchant d'en extraire une ligne de conduite explicite²⁵⁹⁴. Mais le rattachement est cornélien. Après toutes les critiques relevées, on souhaite ajouter une remarque qui viendrait, de façon opposée, au soutien du test retenu.

En l'espèce, il appartiendra à la juridiction de renvoi de dire si l'interprétation du contrat est indispensable à établir l'illicéité du comportement reproché au défendeur. S'il ne l'est pas, la demande relèvera de la matière délictuelle. Et cela pourrait arriver puisque le contrat lui-même consiste en des conditions générales établies par la plateforme, et modifiées unilatéralement par elle. C'est un contrat-type, comparable à un contrat d'adhésion, en empruntant le terme du droit de la consommation, pour montrer à quel point les hôteliers n'ont pas la moindre marge de manœuvre pour le négociant, mais ne peuvent pas non plus s'en passer, au risque de possiblement voir leur activité s'étioler. Ce contrat étant le même pour tous, ce n'est pas ce qui pourra rendre les allégations différentes. Le fait que ce type de contrat ne soit ainsi pas discriminant nous pousserait à se passer de son interprétation pour établir l'illicéité du comportement de la plateforme. Cela rendrait ainsi le test retenu efficace. Pour tenter d'abonder en ce sens, on le met en œuvre en cas d'allégation d'un abus de dépendance économique.

²⁵⁹¹ F. MARTY, P. REIS, Abus de dépendance économique, Dictionnaire de droit de la concurrence, Concurrences, art. n°85864.

²⁵⁹² G. CROISANT, *ibid.*

²⁵⁹³ L. IDOT, Compétence en matière délictuelle *ibid.*

²⁵⁹⁴ M.-É. ANCEL, *ibid.*

Le droit européen ne le connaît pas mais il est présent dans plusieurs droits nationaux²⁵⁹⁵. Il n'est pas certain qu'il soit susceptible de fonder une nouvelle question préjudicielle si l'on considère que la solution *Wikinghof* mette déjà en position de trancher la question de savoir si la demande afférente relève de la matière délictuelle ou contractuelle. En effet, le contrat pourrait être indispensable à démontrer que le défendeur a violé l'obligation légale de s'abstenir de tout abus de dépendance économique car son interprétation pourrait non seulement participer à établir la situation de dépendance économique, dans laquelle le demandeur se trouve vis-à-vis du défendeur, mais aussi à démontrer l'abus (pouvant consister dans l'ajout de clauses sans négociation préalable). La demande fondée sur une allégation d'abus de dépendance économique relèverait ainsi de la matière contractuelle.

En définitive, est-ce que cela aboutit à une situation paradoxale dans laquelle les allégations d'abus de position dominante, qui relèveraient de la matière délictuelle, seraient disséminées devant toutes les juridictions des lieux dans lesquels les demandeurs seraient susceptibles d'avoir subi un fait dommageable²⁵⁹⁶, et celles d'abus de dépendance économique, qui relèveraient de la matière contractuelle, seraient rassemblées devant un même for ? Ce n'est absolument pas certain car la compétence spéciale en matière contractuelle contient aussi la possibilité de saisir les juridictions du lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été fournis²⁵⁹⁷. En l'occurrence, quels services ont été rendus et à qui ? Les services d'intermédiation de réservation d'hébergement en ligne sont rendus par la plateforme aux hôteliers. S'il faut considérer que ces services ont été rendus là où les hôteliers se trouvent, alors ils pourront saisir leurs juridictions nationales. Un éclatement du contentieux aurait donc aussi lieu. De toutes les critiques relevées à propos de la solution *Wikinghof*, il en reste une dernière, eu égard au fait qu'elle s'opposerait à la réitération de la solution *Granarolo*.

846. Application au litige de rupture brutale de relations établies. « *En particulier, la Cour de justice a estimé, dans une affaire Granarolo, que l'action en rupture des relations commerciales devait être qualifiée de contractuelle dès lors qu'existait entre les parties une « relation contractuelle tacite ».* Si l'on suit la nouvelle logique de l'arrêt *Wikinghof*, une telle solution ne pourrait vraisemblablement être reconduite. En effet, le comportement reproché – c'est-à-dire la

²⁵⁹⁵ F. MARTY, P. REIS, *ibid.* : « Cette disposition n'a pas d'équivalent en droit de l'Union européenne, mais se retrouve, avec des différences, dans plusieurs droits des États membres (notamment en droit allemand paragraphe 26 alinéa 2 de la loi du 27 juillet 1957, en droit belge depuis la loi du 4 avril 2019, article IV.2/2 du code de droit économique ou encore en droit italien en vertu de l'article 9 de la loi 18 juin 1998 n°192) ».

²⁵⁹⁶ En l'espèce, l'hôtelier allemand serait conforté dans son choix d'avoir saisi les juridictions allemandes. D'autres pourraient faire de même. La multiplication des demandes serait avérée du fait du très grand nombre d'entreprises du secteur hôtelier sous la coupe de la plateforme, mais potentielle du fait que sa position hégémonique et le fait qu'elle en abuse restent encore à démontrer. Cette multiplication tend à éclater le contentieux en de nombreuses actions élevées devant toutes les juridictions des lieux dans lesquels les demandeurs allèguent avoir subi le fait dommageable.

²⁵⁹⁷ Règlement (UE) n°1215/2012, *Bruxelles I bis*, *ibid.*, art. 7, pt 1, sous b).

*rupture des relations commerciales établies – est sanctionné par l’ancien article L. 442-6, I, 5° (devenu C. com., art. L. 442-1, II) du Code de commerce qu’il existe, ou non, un contrat-cadre liant les parties. C’est même là son principal intérêt. Il s’agit donc bien d’une règle « qui impose un devoir à tout un chacun, indépendamment de tout engagement volontaire » et, de toute évidence, s’agissant d’une obligation légale impérative, le caractère licite ou illicite du comportement reproché n’implique aucunement d’interpréter le contrat liant éventuellement les parties²⁵⁹⁸ ». On n’est pas entièrement d’accord avec cette affirmation. Le comportement reproché consiste dans la rupture, qui n’est pas en tant que telle répréhensible car chacun peut se lier, se délier, et de la même façon : contracter ou ne pas contracter, conformément au principe de la liberté contractuelle et son corolaire. Le comportement reproché consiste alors dans la rupture d’une relation entre des parties si bien que c’est à condition de démontrer d’abord que les parties sont dans une telle relation, que sa rupture par l’un peut être reprochée à l’autre. Ainsi cette règle « impose un devoir à tout un chacun » qui est partie à une telle relation. Cela limite la portée du devoir et n’est en définitive pas exactement conforme à l’affirmation extraite des conclusions de l’avocat général. En poursuivant l’examen, un autre élément serait susceptible de laisser *Granarolo* en place.*

2. Un verrou préservant la solution *Granarolo* ?

847. Les conditions cumulatives pour définir la matière contractuelle. Au point 43, et suivants, de ses conclusions²⁵⁹⁹, l’avocat général indique que la définition de la notion de matière contractuelle dépend de deux conditions cumulatives : l’une positive et l’autre négative.

Positivement, la demande doit mettre en jeu la responsabilité civile du défendeur²⁶⁰⁰. Cette première condition tient à l’objet²⁶⁰¹ de la demande, ce peut être : soit une demande en cessation (et cela revient à contraindre en justice le défendeur à mettre fin à un comportement susceptible d’engendrer un dommage), soit une demande en réparation, en dommages intérêts (et cela revient à contraindre en justice le défendeur à réparer le dommage survenu de son fait)²⁶⁰².

²⁵⁹⁸ B. HAFTEL, *ibid.*, spéc. p 92.

²⁵⁹⁹ Conclusions de M. l’avocat général Henrik Saugmandsgaard Øe, présentées le 10 sept. 2020 dans l’affaire *Wikinghof*, EU:C:2020:688, pt. 43 (ci-après « *Conclusions* »).

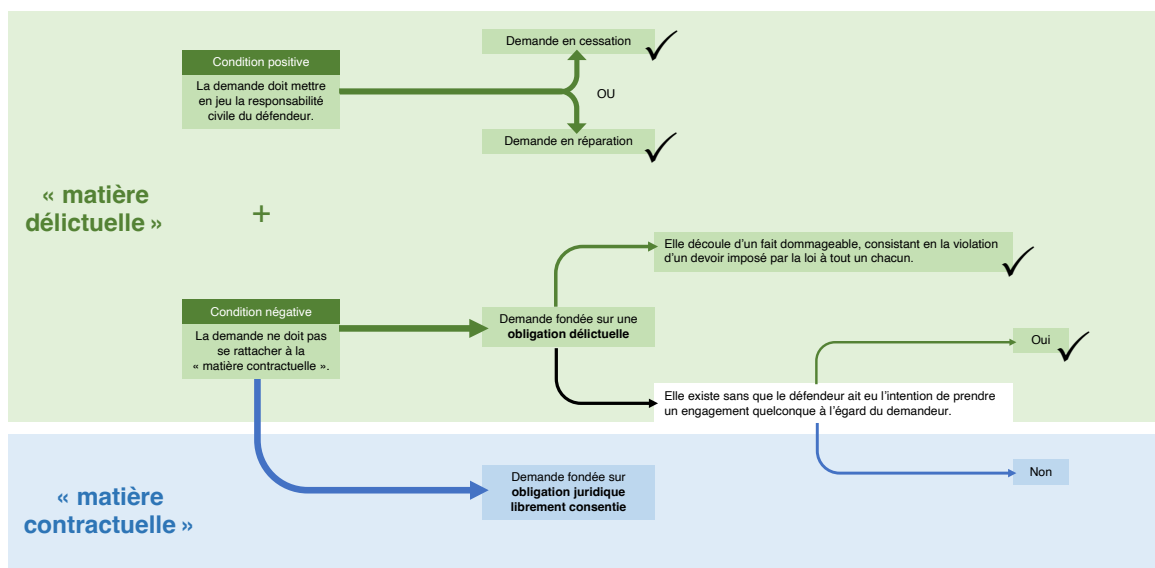
²⁶⁰⁰ Conclusions, pt. 43.

²⁶⁰¹ Conclusions, pt. 44. CJUE, 24 nov. 2020, *Wikinghof*, *ibid.*, pt. 16, visant l’objet de l’action.

²⁶⁰² Conclusions, pt. 44.

Négativement, la demande ne doit pas se rattacher à la « matière contractuelle »²⁶⁰³. En effet, et pour rappel, les matières délictuelle et contractuelle sont exclusives l'une de l'autre²⁶⁰⁴. Il s'agit, là encore, de déterminer la cause²⁶⁰⁵ de la demande en responsabilité. « Pour relever de la « matière délictuelle », cette demande doit se fonder non pas sur une obligation juridique librement consentie », mais sur une « obligation délictuelle », c'est-à-dire une obligation involontaire, existant sans que le défendeur ait eu l'intention de prendre un engagement quelconque à l'égard du demandeur, et qui découle d'un fait dommageable, consistant en la violation d'un devoir imposé par la loi à tout un chacun²⁶⁰⁶ ».

À l'aide de ces deux conditions cumulatives, il s'agit de déterminer par deux fois l'objet (la cause²⁶⁰⁷) de la demande en responsabilité. Le cheminement pour y parvenir, tel qu'il est envisagé par l'avocat général, dans ses conclusions, apparaît plus en détails que le test de l'interprétation indispensable du contrat retenu par la Cour. On a repris les éléments tels qu'ils ont été précédemment exposés, pour les synthétiser ci-après :



Pour relever de la matière contractuelle, la demande doit répondre à plusieurs conditions. On l'a matérialisé à l'aide du signe « ✓ ». On note qu'il y a davantage de conditions que les deux présentées précédemment car celles-ci commandent de vérifier d'autres éléments. En effet, la

²⁶⁰³ Conclusions, pt. 43.

²⁶⁰⁴ CJUE, 24 nov. 2020, *Wikinghof*, *ibid.*, pt. 26 : « En ce qui concerne, en premier lieu, le système du règlement n°1215/2012, celui-ci repose sur la règle générale de la compétence des juridictions de l'État membre du domicile du défendeur, alors que les règles de compétence spéciale prévues notamment à l'article 7 de celui-ci constituent des dérogations à cette règle générale et, en tant que telles, sont d'interprétation stricte (voir, en ce sens, arrêt du 27 septembre 1988, *Kalfelis*, 189/87, EU:C:1988:459, point 19) et s'excluent mutuellement dans l'application de ce règlement », on souligne.

²⁶⁰⁵ Conclusions, pt. 46. CJUE, 24 nov. 2020, *Wikinghof*, *ibid.*, pt. 33, visant « la cause de l'action ».

²⁶⁰⁶ Conclusions, pt. 46.

²⁶⁰⁷ Dans l'arrêt, la Cour de justice semble utiliser indifféremment les deux termes (supra). M.-É. ANCEL, *ibid.*, spéc. 8 : « Objet de la demande, cause(s) de la demande... ».

demande fondée sur une obligation délictuelle doit aller dans le sens des deux affirmations. On observe aussi que l'une et l'autre des matières étant exclusives l'une de l'autre, lorsque qu'une demande échoue à satisfaire l'une des conditions de la première, cela peut l'entraîner à relever de la seconde.

848. Application du cheminement. On utilise ce cheminement dans le cadre d'une demande de mise en jeu de la responsabilité civile du défendeur lorsqu'il a mis fin à une relation d'affaires avec le demandeur. Positivement, l'objet de cette demande relève d'une demande en réparation. Le comportement reproché consiste dans la rupture. Négativement, cette demande est-elle fondée sur une « *obligation juridique librement consentie* » ou sur une « *obligation délictuelle* » ? Avant de les envisager chacune leur tour, on peut déjà affirmer que si la demande est fondée sur la première alors elle ne pourra pas relever de la matière délictuelle parce que les deux conditions qu'elle impose sont cumulatives.

Si la demande est fondée sur une obligation juridique librement consentie alors elle relève de la matière contractuelle. C'est la solution issue de l'arrêt *Granarolo* que l'on a examinée précédemment et sur laquelle on ne revient pas ici mais on poursuit avec l'obligation délictuelle.

Est-ce que la demande est fondée sur une « obligation délictuelle » ? Au point 46 des conclusions, il est précisé qu'une obligation délictuelle est une « *obligation involontaire, existant sans que le défendeur ait eu l'intention de prendre un engagement quelconque à l'égard du demandeur, et qui découle d'un fait dommageable, consistant en la violation d'un devoir imposé par la loi à tout un chacun* ». Cette obligation involontaire existe à condition d'aller dans le sens des deux affirmations²⁶⁰⁸.

1^{ère} affirmation. L' « obligation délictuelle » découle d'un fait dommageable, consistant en la violation d'un devoir imposé par la loi à tout un chacun. Elle a précédemment été infirmée du fait que la violation du devoir n'était pas imposée à chacun mais seulement à ceux qui étaient partie à une certaine relation (*supra*).

2^{nde} affirmation. L' « obligation délictuelle » existe sans que le défendeur ait eu l'intention de prendre un engagement quelconque à l'égard du demandeur. Dans les conclusions (pt 46), l'obligation délictuelle est envisagée comme une obligation involontaire. Elle existe sans que le défendeur ait eu l'intention de prendre un engagement quelconque à l'égard du demandeur. Cela

²⁶⁰⁸ On peut considérer qu'elles constituent des conditions cumulatives mais on préfère utiliser la terminologie d'affirmation pour bien différencier les étapes du cheminement. Le caractère cumulatif est déduit de la conjonction de coordination utilisée (« et ») et du fait que la première explicative ait été placée entre virgules.

revient à dire qu'elle existe à condition que le défendeur n'ait pas eu l'intention de prendre un quelconque engagement à l'égard du demandeur. On s'est alors posé la question suivante : est-ce que lorsque le demandeur et le défendeur sont **en relation**, le défendeur n'a pas eu l'intention de prendre un quelconque engagement à l'égard du demandeur en matière de rupture ? Comme il ne paraît pas possible d'y répondre directement, on a envisagé que le demandeur et le défendeur soient liés par un contrat²⁶⁰⁹. Cela revient à poser la question suivante : est-ce que lorsque le demandeur et le défendeur sont **liés par un contrat**, le défendeur n'a pas l'intention de prendre un quelconque engagement à l'égard du demandeur en matière de résiliation ? La réponse devrait être négative en raison des clauses de durée et de préavis stipulées. Elles créent des obligations à la charge de chaque contractant et, en cela, manifestent l'intention de l'un envers l'autre de prendre un engagement, ou même plusieurs : respecter telle durée de préavis, respecter telle formalité, respecter telle procédure d'avertissement, avant de pouvoir effectivement résilier le contrat. Si désormais, le demandeur et le défendeur sont en relation car le premier **a passé plusieurs fois commandes** auprès du second. Pour faire cela, il s'est conformé aux conditions générales de vente, lesquelles ne contiennent aucune condition relative à la durée ou à un préavis, puisqu'il s'agit de ventes, pourrait-on dire, « *au coup par coup* ». En recherchant l'existence d'un engagement à l'égard du demandeur, on observe que l'intention du défendeur existerait, ou n'existerait pas, selon les liens entretenus avec le demandeur. On pense alors que dans la solution *Granarolo*, la relation contractuelle tacite a été intercalée de sorte à pouvoir y rattacher l'intention du défendeur de prendre un engagement à l'égard du demandeur. Dès lors qu'une relation contractuelle tacite peut être démontrée, alors il n'y aurait pas d'obligation délictuelle mais une obligation juridiquement librement consentie. Elle serait ainsi le verrou qui empêcherait de faire relever la demande en responsabilité de la matière délictuelle. Par conséquent, cela nous amène à penser que même en ayant amorcé un nouveau virage²⁶¹⁰, la solution *Wikingerhof* n'est sans doute pas complètement à même de supplanter celle de *Granarolo*, qui pourrait alors perdurer.

²⁶⁰⁹ En l'occurrence, ce n'est pas parce que le demandeur et le défendeur sont liés par un contrat que la demande en responsabilité du demandeur à l'encontre de du défendeur relèvera de la matière contractuelle ; il faut d'abord en déterminer la cause et c'est tout l'enjeu de notre réflexion, comme cela l'a été au cœur de l'arrêt *Wikingerhof*, dans lequel il est avéré que l'hôtel et la plateforme sont des cocontractants.

²⁶¹⁰ M.-É. ANCEL, *ibid.*, spéc. 1 *in fine*.

SECTION 2 : LES LITIGES SOUSTRATS OU CONFIEÉS AUX JURIDICTIONS CONFORMÉMENT AUX CHOIX DES PARTIES

849. De choix illimités à un choix limité. « *On s'accorde, en général, sur la très grande utilité pratique des clauses attributives de juridiction dans l'ordre international. Grâce à elles il est, en effet, possible de diminuer sensiblement l'insécurité inhérente à l'absence d'organisation de la société internationale*²⁶¹¹ ». Après avoir abordé la détermination des juridictions compétentes selon les instruments européens, et les difficultés que cela entraîne, il faut s'en remettre aux prévisions des parties. Elles peuvent choisir de compromettre, d'élire une juridiction, de désigner une loi applicable. À l'échelle internationale, leurs possibilités sont illimitées. Il ne s'agira donc pas de les envisager, mais de répondre à la question de savoir à quelles conditions ces différentes stipulations peuvent produire leurs effets. Leur insertion dans divers documents commerciaux rend difficilement perceptible le fait de savoir si les parties y ont chacune consenti. La reconnaissance de la responsabilité délictuelle en droit interne, par opposition à la responsabilité contractuelle retenue en droit de l'Union européenne, est aussi source de difficultés quant à la délimitation du domaine des stipulations par les parties. L'autre problème, d'envergure, est que même si toutes les conditions requises sont satisfaites, il en demeure une autre, selon laquelle les stipulations des parties seront de toute façon privées d'effet si elles contreviennent à des dispositions impératives. Après avoir vérifié les conditions d'effectivité des différentes clauses (§1), il faudra encore se pencher sur les limites apportées à la liberté de choix des parties (§2).

§1. Les conditions d'effectivité des clauses processuelles

850. Les différentes clauses processuelles²⁶¹². Elles sont relatives aux litiges, c'est pourquoi on les trouve aussi désignées comme étant des clauses de différends²⁶¹³. Dans l'une des taxinomies retenues à leur égard, on trouve d'abord les clauses tendant à éviter la solution judiciaire du litige²⁶¹⁴. Il est possible de les différencier plus finement, selon que les clauses favorisent la solution bilatérale du litige ou autorisent la solution unilatérale du litige²⁶¹⁵. On n'en

²⁶¹¹ B. ANCEL, Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, éd. n°5, oct. 2006, ISBN n°978-2-247-09628-2, p. 647, cité par P. GUEZ, L'élection de for en droit international privé, th., 2000, p. 4.

²⁶¹² D. DE LAMMERVILLE et L. AYNÈS, La nature délictuelle de la responsabilité découlant de la rupture d'une relation commerciale établie n'exclut pas, en matière internationale, l'applicabilité d'une clause attributive de compétence, JCP E n°9, 03 mars 2011, 1179.

²⁶¹³ M. DE FONTMICHÈL, L'équilibre contractuel des clauses relatives au litige, JCP G n°21-22, 27 mai 2019, doct. 583, spéc. 4.

²⁶¹⁴ L. CADIET, Clauses relatives aux litiges. – Clauses tendant à éviter la solution judiciaire du litige. – Clauses tendant à adapter la solution judiciaire du litige, JCI Contrats – Distribution, fasc. 190, maj 22 fév. 2022.

²⁶¹⁵ *Ibid.*

étudiera aucune car il s'agit d'aborder les litiges, en étant entendus qu'ils sont nés. Néanmoins, parmi celles qui favorisent la solution bilatérale du litige, une clause de conciliation trouvait un intérêt particulier à être stipulée dans un contrat, liant les parties, aussi parties à une relation établie. Étant enclins à encourager les parties à ce qui pourrait être une négociation du préavis, un conciliateur pourrait les aider dans cette voie. Parmi les clauses tendant à adapter la solution judiciaire du litige, on trouve celles relatives à l'action ou à l'instance²⁶¹⁶. On examinera seulement certaines des clauses relatives à l'action : la clause attributive de juridiction (B) et la clause de choix de loi (C). On y ajouta la clause compromissoire, qui n'est pas un mode de règlement judiciaire, mais amiable des litiges (A). Pour chacune d'entre elles, on entend vérifier à quelles conditions elles seront effectivement mises en œuvre et produiront leurs effets respectifs.

A. La clause compromissoire

851. Obstacles à l'arbitrabilité de la rupture brutale. Plusieurs obstacles doivent être franchis pour reconnaître la validité et l'effectivité d'une clause compromissoire en matière de rupture brutale de relations établies. L'arbitre est-il compétent face à un contentieux réservé à des juridictions spécialisées (1) ? Le domaine d'application de la clause compromissoire doit aussi être examiné à l'aune de la nature délictuelle de l'action²⁶¹⁷ (2).

1. La compétence de l'arbitre

852. L'arbitrage d'un contentieux spécialisé. L'article L. 442-4, III du Code de commerce prévoit la spécialisation de juridictions²⁶¹⁸. Il est muet quant à la possibilité des parties de compromettre. En droit de la propriété industrielle, le premier alinéa de l'article L. 615-17²⁶¹⁹ du Code de la propriété intellectuelle attribue au tribunal judiciaire de Paris l'ensemble des actions

²⁶¹⁶ *Ibid.*

²⁶¹⁷ L'impérativité du dispositif peut se poser à ce stade de la réflexion, mais nous réservons son analyse ultérieurement, dans de plus amples développements dédiés, *supra*.

²⁶¹⁸ Art. L. 442-4, III C. Com. et art. D. 442-2 C. Com. [anc. art. D. 442-3 C. Com.], la numérotation de ce dernier a été modifiée par le D. n°2021-211 du 24 fév. 2021 modifiant le code de commerce et portant mise en cohérence de dispositions réglementaires, JORF n°0049 du 26 fév. 2021, texte n°13.

²⁶¹⁹ CPI, art. L. 615-17, al. 1^{er} : « *Les actions civiles et les demandes relatives aux brevet d'invention, y compris dans les cas prévus à l'article L. 611-7 [contentieux relatifs aux inventions des salariés] ou lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant les tribunaux judiciaires, déterminés par voie réglementaire, à l'exception des recours formés contre les actes administratifs du ministre chargé de la propriété industrielle qui relèvent de la juridiction administrative.* ». COJ, art. D. 211-6 « *Le tribunal judiciaire ayant compétence exclusive pour connaître des actions en matière de brevets d'invention, de certificats d'utilité, de certificats complémentaires de protection et de topographies de produits semi-conducteurs, dans les cas et conditions prévus par le code de la propriété intellectuelle, est celui de Paris.* ».

civiles et demandes relatives aux brevets d'invention. Il poursuit en prévoyant l'arbitrage²⁶²⁰. Par symétrie²⁶²¹, l'arbitre peut connaître de litiges de ruptures brutales, réservés à des juridictions spécialisées. La jurisprudence l'a clairement affirmé lors d'arbitrages internes²⁶²². Cette solution gagnerait à apparaître explicitement dans la loi.

853. La vérification par l'arbitre de sa compétence. En vertu du principe compétence-compétence²⁶²³, et en présence d'une clause compromissoire, « *il appartient à l'arbitre de se prononcer sur sa propre compétence*²⁶²⁴ ». Il n'existe que deux exceptions : la nullité ou l'inapplicabilité de la clause compromissoire. Elles sont strictement appréciées et rarement retenues par les juges. Plusieurs décisions d'appel retenant l'inapplicabilité de certaines clauses compromissoires ont été censurées. Il a ainsi été reproché aux juges d'appel d'avoir retiré à l'arbitre les litiges nés, d'une rupture de pourparlers²⁶²⁵, ou d'un manquement à l'obligation précontractuelle d'information²⁶²⁶. Ces solutions préfigurent celle à venir en matière de rupture brutale ; la nature délictuelle des actions n'étant pas un obstacle à leur connaissance par un arbitre²⁶²⁷.

854. La connaissance par l'arbitre des litiges prévus par les parties. La mission de l'arbitre est limitée par la rédaction de la clause compromissoire. Les juges ont eu à se prononcer sur son contenu. Dans un arrêt, un fournisseur suédois résilie le contrat de distribution le liant à une entreprise française. Les parties avaient convenu de compromettre. Mais le distributeur agit devant

²⁶²⁰ CPI, art. L. 615-17, al. 2 : « *Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle au recours à l'arbitrage, dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du Code civil.* ».

²⁶²¹ J.-C. RODA, L'arbitre, le juge étatique et l'action du ministre, D. n°32 du 29 sept. 2016, p. 1910, visant la possibilité de recourir à l'arbitrage en matière prud'homale ou de brevet d'invention.

²⁶²² Cass. Civ. 1^{ère}, 21 oct. 2015, n°14-25.080, Bull. 2016, n°838, 1^{ère} civ., n°343, J.-D. n°2015-023370. J.-C. RODA, La Cour de cassation se prononce sur l'arbitrabilité des litiges nés de l'application de l'article L. 442-6 C. com. et rejette l'idée d'une compétence exclusive des tribunaux étatiques (Scamark / Conserveries des cinq océans), 21 octobre 2015, Concurrences n°1-2016, art. n° 77400, pp. 122-124. L. WEILLER, Arbitrabilité de la rupture brutale de relations commerciales établies, JCP E n°46-47, 09 nov. 2015, 1228. Solution réitérée ultérieurement, Cass. Com., 1^{er} mars 2017, n°15-22.675, Bull. 2017, mars, n°29, p. 45, J.-D. n°2015-023370, en l'espèce, les juges ont à connaître de plusieurs contrats, un premier contenant une clause attributive de juridiction, les seconds comprenant une clause compromissoire, pour ces derniers : « *l'arbitrage n'était pas exclu du seul fait que les dispositions impératives de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce étaient applicables, la cour d'appel, qui a retenu que la clause compromissoire n'était pas manifestement inapplicable, a statué à bon droit en déclarant le tribunal de commerce de Paris incompetent* ».

²⁶²³ Art. 1448 CPC : « *Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La juridiction de l'État ne peut relever d'office son incompétence. Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite* ». Art. 1465 CPC : « *Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel.* » et sur renvoi : art. 1506, 3° CPC. B. MERCADAL (dir.), Mémento Droit commercial 2020, EFL, consultation en ligne, 71039 : « [...] *Que l'arbitrage soit interne ou international, il leur incombe d'apprécier eux-mêmes la validité et les limites de leur investiture si elle est contestée devant eux, selon le principe dit « compétence-compétence »* ».

²⁶²⁴ X. DELPECH, Clause compromissoire : rupture d'une relation commerciale établie, D. n°43 du 09 déc. 2010, p. 2884.

²⁶²⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 25 avr. 2006, n°05-15.528, Bull. 2006 I n°196, p. 172, J.-D. n°2006-033197.

²⁶²⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 04 juill. 2006, n°05-17.460, Bull. 2006 I n°338, p. 292, J.-D. n°2006-034418.

²⁶²⁷ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 05 sept. 2019, n°17/03703, J.-D. n°Ø. Et v. en ce sens les jurisprudences d'autres matières citées par : E. LOQUIN, Le contentieux de la rupture abusive de relations d'affaires établies entre dans le champ d'application de la clause compromissoire stipulée dans le contrat objet de la rupture, RTD Com. n°03 du 14 nov. 2012, p. 525, Cass. Civ. 1^{ère}, 11 oct. 1964 et CA Paris, 11 déc. 1981, pour cette dernière particulièrement « *le seul fait de la mise en cause de la responsabilité quasi délictuelle de l'un des contractants ne suffit pas à exclure la compétence des arbitres* ».

l'une des juridictions spécialisées. En cassation, les juges donnent tort au pourvoi de soutenir l'inapplicabilité de la clause compromissoire alors qu'elle vise « *tout litige ou différend né du contrat ou en relation avec celui-ci* ». La double occurrence de la conjonction de coordination permet d'étendre le champ d'application à tous les conflits entre parties, issus directement du contrat ou indirectement de la relation. Le fait que l'arbitre tire son pouvoir d'une convention *inter partes* ne limite pas sa mission aux litiges découlant strictement du contrat liant les parties²⁶²⁸. Ainsi, si telle est la volonté des parties de confier les litiges nés de ruptures brutales à un arbitre, elles veilleront à une rédaction permettant leur inclusion²⁶²⁹.

2. Le domaine

855. Analyse synthétique d'une jurisprudence erronée. D'après l'aspect positif du principe compétence-compétence, les arbitres se prononcent prioritairement sur leur compétence²⁶³⁰. Il se double d'un effet négatif, interdisant « *à une juridiction étatique de conserver sa compétence à titre provisoire, dans l'attente d'une décision arbitrale statuant sur la compétence*²⁶³¹ ». Les juges en font parfois une application erronée. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 septembre 2019²⁶³² aboutit à une solution en adéquation avec le principe, mais les éléments pour y parvenir sont incorrects. En l'espèce, une distribution est organisée contractuellement et, une convention d'arbitrage et une clause attributive de compétence ont été stipulées. La relation s'interrompt subitement après l'ouverture d'une enquête pour contrefaçon. Le distributeur français assigne son cocontractant espagnol devant le juge consulaire bordelais. Il se déclare compétent car, à ce stade, le tribunal arbitral n'est pas encore saisi²⁶³³. Il lui appartient alors de vérifier si la convention d'arbitrage n'est pas manifestement nulle ou manifestement inapplicable. Aucune condition de forme n'est requise eu égard à la convention d'arbitrage, et, en l'occurrence, son insertion dans les contrats ne fait aucune difficulté²⁶³⁴. En appel, la nature délictuelle de l'action est avancée pour

²⁶²⁸ M. AUDIT et O. CUPERLIER, Arbitrage, loi de police et responsabilité délictuelle, D. n°43 du 09 déc 2010, p. 2884.

²⁶²⁹ *Ibid.*, proposant afin d'« *assurer le plus large champ possible [de viser] expressément tout litige « en relation avec le contrat », sans se limiter « aux litiges pouvant naître à l'occasion de l'exécution du contrat », rédaction beaucoup plus étroite* ».

²⁶³⁰ G. A. BERMAN, Le rôle respectif des cours et des arbitres dans la détermination de la compétence arbitrale, in *L'arbitrage*, Arch. De. Phil. Du droit, Association française de philosophie du droit, tome 52, 2009, pp. 122-133 consulté depuis l'url : <http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/1276.pdf>, le ven. 12 mars 2021, spéc. p. 123.

²⁶³¹ J. CLAVEL, Le déni de justice économique dans l'arbitrage international – L'effet négatif du principe de compétence-compétence, th., consulté depuis l'url : <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/ec256b8a-aec8-47c3-b64d-47d3c207cdbc?inline>, le ven. 12 mars 2021, 13, p. 21.

²⁶³² CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 05 sept. 2019, n°17/03703, J.-D. n°Ø. J. JOURDAN-MARQUES, Chronique d'arbitrage : arbitrage et question préjudicielle – la cour d'appel de Paris jette un pavé dans la mare, Dalloz actualité, 29 oct. 2019, spéc. sur l'arrêt visé.

²⁶³³ CPC, art. 1448, al. 1 : « *Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.* ».

²⁶³⁴ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 05 sept. 2019, *ibid.* la convention d'arbitrage et la clause attributive de compétence sont expressément visées et leurs termes sont recopiés *in extenso* dans l'arrêt, à deux reprises.

rendre la clause compromissoire inapplicable. Les juges d'appel s'appuient sur la solution *Granarolo* pour affirmer la nature désormais contractuelle de l'action. Mais ce faisant, ils négligent la caractérisation de la relation contractuelle tacite. Concomitamment, le raisonnement *a contrario* est incorrect. Même si l'action ne devait pas dépendre de la matière contractuelle, la clause compromissoire serait applicable en considération de la nature délictuelle de l'action. Enfin, les qualifications de la CJUE retenues pour l'application du règlement Bruxelles I bis ne lient pas les arbitres, exclus de son application²⁶³⁵. Les juges d'appel n'avaient donc aucunement besoin de livrer des éléments de qualification pour se dessaisir au profit des arbitres²⁶³⁶.

B. La clause attributive de juridiction

856. Désignation et licéité. La clause attributive de juridiction et la clause d'élection de for sont des clauses de choix d'un juge étatique²⁶³⁷. Les deux premières désignations sont tenues pour équivalentes même s'il est possible de les distinguer : « *en considérant que la clause attributive de juridiction ne se borne pas à sélectionner un juge parmi les juges compétents, mais attribue compétence au juge qu'elle désigne*²⁶³⁸ ». Pour la suite de nos développements, on n'en utilisera qu'une afin de les rendre clairs ; notre choix se porte sur « la clause attributive de juridiction » et l'on va aussi se permettre de la désigner par l'acronyme « CAJ » à des fins de concision. Ceci

²⁶³⁵ Règlement n°1215/2012, art. 1, 2°, « *Sont exclus de son application [...] d) l'arbitrage* ».

²⁶³⁶ J. JOURDAN-MARQUES, *ibid.* : « *Toute opération de qualification réalisée par le juge est surabondante à ce stade* ». Comp. CA Paris, 17 juin 2020, n°18/16996, J.-D. n°Ø, les juges y sont moins prolixes, et la solution d'autant plus valable : « *les termes très généraux de la clause [...] – qui ne permettent pas d'exclure manifestement de son champ d'application la présente action relative à la rupture du contrat, fut-elle fondée sur une faute délictuelle et non contractuelle – ainsi que le principe compétence/compétence – qui donne priorité au tribunal arbitral pour statuer sur sa compétence lorsque, comme en l'espèce la clause compromissoire n'est pas manifestement inapplicable ou manifestement nulle – invalident leur argumentaire* ». La Cour d'appel se déclare incompétente pour connaître du litige soumis et renvoie les parties à mieux se pourvoir.

²⁶³⁷ S. CLAVEL, *Droit international privé*, 6^e éd., oct. 2021, Dalloz, HyperCours, ISBN n°978-2-247-20719-0, spéc. 352.

Relativement à la distinction entre « l'élection de for » et « la convention de l'élection de for » : Ph. GUEZ, *L'élection de for en droit international privé*, th. Parix X – Nanterre, 2000, consultée depuis l'URL : <http://www.glose.org/th004-htm.htm>, le mar. 23 août 2022, spéc. VII : « (...) *en distinguant l'admissibilité de « l'élection de for » – c'est-à-dire la faculté reconnue aux parties de choisir leur juge – de la « convention d'élection de for » qui est l'accord de volontés mettant en œuvre ce principe d'admissibilité* ». Relativement à la distinction entre « l'élection de for » et « une clause de renonciation à l'action en justice » : Ph. GUEZ, *ibid.*, spéc. 25 : « (...) *lorsque les parties n'ont entendu qu'écarter la compétence du ou des tribunaux compétents sans vouloir procéder à la désignation du juge devant connaître de leur différend, il ne s'agit pas d'une élection de for mais plutôt d'une clause de renonciation à l'action en justice* ».

Pour encore d'autres désignations possibles, parmi celles rencontrées : « *la convention attributive de juridiction* » (Conv. Bruxelles, art. 17), la « *convention de prorogation de compétence* » (Ph. GUEZ, *ibid.*, citant MM. Solus et Perrot, spéc. 6.), « *l'accord d'élection de for* » (Ph. GUEZ, *ibid.*, citant M. Droz), la « *prorogation conventionnelle de compétence* » (Ph. GUEZ, *ibid.*, spéc. 10), l'« *accord de prorogation* » (Ph. GUEZ, *ibid.*, citant Mme Muller), « *la prorogation de for* » (Ph. GUEZ, *ibid.*, citant M. PASCHOUD, spéc. 17), « *la convention d'élection de for* » (Ph. GUEZ, *ibid.*, spéc. 19), « *la prorogation de compétence* » (Ph. GUEZ, *ibid.*, spéc. 23), « *la prorogation volontaire de juridiction* » (Ph. GUEZ, *ibid.*, citant H. GAUDEMET-TALLON, spéc. 42), Pour l'utilisation inadéquate de « *contrat judiciaire* » : Ph. GUEZ, *ibid.*, spéc. 9, citant Y. MULLER : « *Il constitue l'expression de la faculté, pour les parties de « de disposer librement de leur droit d'action en justice [...], soit que les parties renoncent en tout ou partie à leur droit d'action (transaction, conciliation ou médiation), soit qu'elles en aménagent l'exercice et adaptent, de ce fait, le traitement judiciaire de leur litige (accord exprès des parties sur les points de qualification et de droit [...], accord d'amiable composition ou « arbitrage judiciaire » [...] et accord de suspension d'instance ou « radiation conventionnelle* » ».

²⁶³⁸ S. CLAVEL, *ibid.*

étant précisé, l'on commence par une remarque liminaire sur la licéité de la CAJ pour ensuite appréhender son régime²⁶³⁹. Pour la Professeure Clavel, il est possible de considérer un principe général de licéité des CAJ dans les contrats internationaux. Il faut qu'elles satisfassent à plusieurs conditions : « *il faut que le litige soit relatif à un contrat international, et il ne faut pas que la clause fasse échec à une compétence territoriale impérative des juridictions françaises*²⁶⁴⁰ ». Des conditions de fond et de forme viennent aussi s'ajouter²⁶⁴¹. La CAJ intéresse en premier lieu la matière contractuelle alors que l'action indemnitaire relative à la rupture brutale de relations établies n'en relève pas forcément. Il est toutefois acquis que les règlements Bruxelles I et I bis ont incontestablement autorisé les CAJ puisque « *la licéité de principe de ces clauses est posée pour la matière civile et commerciale au sens de ces textes, incluant la matière délictuelle*²⁶⁴² ». Il reste que le contentieux de la rupture brutale appartient à des juridictions spécialisées et il faudra s'assurer que les CAJ stipulées ne vont pas à l'encontre de cette compétence territoriale impérative dans le cas où c'est l'ordre juridique français qui a été désigné. Le formalisme de la CAJ conditionne sa validité : il faut s'assurer de l'existence de la volonté commune des parties, de leur consentement à la CAJ (1), avant de se poser la question de savoir si elle englobe les litiges de la rupture brutale (2).

1. La recherche du consentement des parties en fonction de l'emplacement de la CAJ

857. L'accroissement de la difficulté par l'ajout de formes. Est-ce les parties ont consenti à la CAJ ? La réponse peut être facilement fournie lorsque leur contrat écrit la prévoit. Mais la forme écrite n'est qu'une forme parmi d'autres²⁶⁴³. C'est pourquoi il est d'autant plus difficile de savoir si les parties ont consenti à la CAJ, qu'elle a pu être insérée dans des confirmations de commandes et des factures, dans des conditions générales, dont l'acceptation aura parfois été tacite. On traite successivement ces différents cas de figure, à l'aide de jurisprudences²⁶⁴⁴, dans lesquelles le demandeur allègue une rupture brutale.

²⁶³⁹ *Ibid.*, spéc. 356.

²⁶⁴⁰ *Ibid.*, spéc. 357.

²⁶⁴¹ C. TIRVAUDEY-BOURDIN, Prorogation de compétence. – Initiative des parties. – Mécanisme légal, JCI Procédure civile, fasc. 600-85, maj 20 janv. 2021, spéc. 28 : « *La liberté des parties est subordonnée au respect de conditions de fond et de forme pour la validité des clauses. Concernant les conditions de fond, la validité de la clause suppose qu'il n'y ait pas de fraude (CA Paris, 10 oct. 1990 : Rev. crit. DIP 1991, p. 605, Gaudemet-Tallon) et que la clause ne se heurte pas à une règle de compétence territoriale exclusive dans l'ordre juridique choisi par les parties (à propos d'une clause dérogeant à la compétence territoriale exclusive dans un contrat d'assurance terrestre, CA Paris, 14 nov. 1990 : Rev. crit. DIP 1991, p. 734, Gaudemet-Tallon. – Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 1985, n° 84-16.338 : JurisData n° 1985-703454 ; Bull. civ. I, n° 354). Il faut encore bien évidemment être en présence d'un contrat international* ».

²⁶⁴² S. CLAVEL, *ibid.*, spéc. 358.

²⁶⁴³ Ph. GUEZ, L'élection de for en droit international privé, th. Paris X – Nanterre, 2000, consultée depuis l'URL : <http://www.glose.org/th004-him.htm>, le mar. 23 août 2022, spéc. 355.

²⁶⁴⁴ Les jurisprudences sont citées en référence à chaque intitulé de paragraphe.

858. La CAJ dans la confirmation de commande et les factures²⁶⁴⁵. Un fabricant d'armes allemand les a fait distribuer par une entreprise française. Lorsqu'il a rompu leur relation, le distributeur l'a assigné devant la chambre commerciale du TGI de Colmar. Le fabricant allemand a soulevé l'incompétence de cette juridiction, en invoquant la CAJ, au profit du tribunal de Ravensburg (en Allemagne). Sa prétention a été accueillie en appel et le distributeur a formé un pourvoi en cassation. Les juges du droit ont confirmé l'arrêt d'appel. Quant à la forme, ils ont retenu que la CAJ figurait dans la confirmation de commande et les factures et qu'il semblerait que celles-ci aient été acceptées par le distributeur français, même si, dans la solution, l'accord du verbe fait défaut²⁶⁴⁶. La clause a été jugée valable conformément à l'article 23 du Règlement Bruxelles I, sans précision de la forme dans laquelle elle a été conclue. Il prévoit que la CAJ peut être conclue : « a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, ou b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, ou c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée ». En l'occurrence, la CAJ était écrite et a été insérée dans des documents contractuels annexes²⁶⁴⁷. Elle est en cela l'application d'une règle de forme qui constitue le « *mode d'expression, c'est-à-dire l'extériorisation de la volonté et non la volonté en tant que telle*²⁶⁴⁸ », de la partie qui l'a ainsi insérée (le fabricant). Il y a donc pour le moment la manifestation de volonté d'une partie, insuffisante à démontrer quelconque consentement, désignant la manifestation de volonté de chacune des parties²⁶⁴⁹. Il faut donc encore déterminer si l'autre partie en a fait autant. En l'occurrence, les documents contractuels ont été acceptés par le distributeur²⁶⁵⁰. S'ils l'ont été, cela signifierait qu'il en a eu connaissance²⁶⁵¹. L'emplacement et la lisibilité de la CAJ²⁶⁵² pourraient en faire douter.

²⁶⁴⁵ Cass. 1^{re} civ. 6 mars 2007, n°06-10.946, Bull. civ. I, n°83, J.-D. n°2007-037781.

²⁶⁴⁶ Cass. 1^{re} civ. 6 mars 2007, *ibid.* : « Mais attendu qu'après avoir souverainement relevé, sans dénaturer, que la clause attributive de juridiction, figurant dans la confirmation de commande et les factures [du fabricant allemand] qui avait été acceptée par [le distributeur français], s'appliquait 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'État contractant désigné [tribunal de Ravensburg (Allemagne)] ; que par ce seul motif l'arrêt est légalement justifié ; » on souligne le verbe qui tel qu'il apparaît dans l'arrêt n'est pas accordé avec « la confirmation de commande et les factures » alors que ce sont ces documents qui ont vraisemblablement été acceptés par le distributeur français afin que la CAJ produise ses effets. C. LE GALLOU, Clause attributive de juridiction : les factures satisfont-elles Bruxelles I ? RLDC, n°49, 1^{er} mai 2018, 2970, procédant à la correction, en indiquant : « Récemment, elle [la Cour de cassation] a considéré que la clause attributive de juridiction figurant sur la confirmation des commandes et sur les factures acceptées par le cocontractant était valable au regard de l'article 23 du règlement Bruxelles I et s'appliquait à tout litige découlant de la rupture des relations contractuelles entre les parties ».

²⁶⁴⁷ Ph. GUEZ, *ibid.*, spéc. 349.

²⁶⁴⁸ Ph. GUEZ, *ibid.*, spéc. 350.

²⁶⁴⁹ *Ibid.*, spéc. 356.

²⁶⁵⁰ Cass. 1^{re} civ. 6 mars 2007, *ibid.*

²⁶⁵¹ Ph. GUEZ, *ibid.*, spéc. 356.

²⁶⁵² *Ibid.*, spéc. 357.

Elle ne figure pas au contrat mais dans les CGV, qui se trouvent elles-mêmes sur les confirmations de commandes et les factures, l'hésitation à considérer que le distributeur en ait effectivement pris connaissance grandit. Par définition, les CGV sont établies par le vendeur, sans donner lieu à négociation ; s'il y a négociation, des conditions particulières peuvent être stipulées dans un contrat. Or en l'occurrence, aucune convention cadre n'a été produite alors que le distributeur bénéficiait vraisemblablement d'une exclusivité²⁶⁵³. Mais étant donné qu'il faut considérer qu'elle existe, et qu'elle constitue le support des ventes particulières régulièrement consenties par le fournisseur allemand au distributeur français²⁶⁵⁴, il faudrait aussi concevoir qu'une CAJ négociée y trouverait davantage sa place.

La lisibilité de la CAJ n'est pas non plus mise en cause. Cependant, compte tenu de son emplacement, et sans même avoir à en prendre connaissance, le volume desdits documents pourrait renseigner le caractère recherché. Si la confirmation de commande (ou la facture) tient en une feuille, les CGV figureront très probablement au verso, dans une taille de police qui permette de toute les y faire tenir. La préimpression des CGV renforce l'idée qu'elles n'ont pas été négociées. Même s'il ne faut pas pour autant en conclure que la CAJ insérée n'a pas été connue du distributeur²⁶⁵⁵, celui-ci avait manifestement plusieurs arguments à sa disposition pour appuyer son défaut d'acceptation. Mais elle a été retenue, entraînant l'extériorisation de sa volonté et l'établissement de son consentement à la CAJ. À l'inverse, un arrêt a retenu que la mention du tribunal compétent « *ne constituait pas une convention attributive de juridiction, au sens de l'article 23 du règlement [Bruxelles I]*²⁶⁵⁶ ». Figurant au bas de factures émises par le fournisseur, son caractère peu apparent a été relevé. En outre, il n'a ni été démontré que le fournisseur en aurait eu connaissance, ni qu'il l'aurait approuvée, ce qui excluait toute acceptation tacite.

859. La CAJ dans les CGV²⁶⁵⁷. Un revendeur installé à Cannes, vendait les produits d'une entreprise italienne. Mais lorsque cette dernière l'a informé ouvrir prochainement une boutique dans cette même ville, le revendeur l'a assignée devant le tribunal de commerce de Paris, qui s'est déclaré incompétent. Le revendeur a formé un contredit. Il est dès lors question de savoir si la CAJ, contenue dans les CGV, est applicable. Les juges d'appel répondent par l'affirmative, étant

²⁶⁵³ CA Colmar, 1^{ère} ch., sect. B, 24 nov. 2005, n°05/02761, J.-D. n°Ø : « *Attendu qu'au fond, et bien qu'aucune convention cadre ne soit produite, il n'est pas contesté que la société NEMROD FRANKONIA ait été le distributeur exclusif en FRANCE des armes de chasse BLASER* ».

²⁶⁵⁴ *Ibid.* : « *Attendu qu'il faut donc retenir qu'il existait bien une convention cadre, qui constituait le support des ventes particulières régulièrement consenties par la société BLASER à la société NEMROD FRANKONIA ; Attendu qu'il est constant que les conditions générales de vente de la société BLASER contenaient une clause attributive de compétence aux juridictions de son siège social, pour tout litige découlant des relations contractuelles avec un client commerçant ;* »

²⁶⁵⁵ Ph. GUEZ, *ibid.*, spéc. 358, « *Certes, le fait qu'une clause n'ait pas été négociée ne signifie pas qu'elle n'a pas été connue* ».

²⁶⁵⁶ Cass. Com., 24 nov. 2015, n°14-14.924, Bull. [BICC] n°840, com. n°502, J.-D. n°2015-026730.

²⁶⁵⁷ CA Paris, Pôle 01, Ch. 01, 28 oct. 2010, n°10/12534, J.-D. n°2010-021513.

entendu « *qu'il n'est pas contesté que ces conditions ont été ratifiées par [le revendeur]*²⁶⁵⁸ ». Le raisonnement à tenir est le même que précédemment (*supra*).

860. L'acceptation tacite de la CAJ dans les CGA lors de relations d'affaires suivies²⁶⁵⁹.

Un acheteur français a allégué une rupture brutale contre son fournisseur espagnol, avec qui il était en relation depuis plusieurs années. Il l'a assigné devant le tribunal de commerce de Nanterre, désigné par la CAJ, présente dans ses CGA. Mais en appel, les juges ont estimé qu'il ne rapportait pas la preuve de l'acceptation de la CAJ par le fournisseur espagnol²⁶⁶⁰, malgré des relations d'affaires suivies. À l'instar de la CJUE ayant admis la possibilité d'un formalisme moindre²⁶⁶¹ en cas de *rappports commerciaux courants*²⁶⁶², la première chambre civile de la Cour de cassation avait déjà fait de même²⁶⁶³.

Quant à la jurisprudence européenne, elle l'avait d'abord envisagée à titre de tempérament car, à l'origine, la convention de Bruxelles prévoyait seulement deux formes de convention attributive de juridiction : l'accord écrit et l'accord verbal confirmé par écrit²⁶⁶⁴. Puis, une nouvelle condition

²⁶⁵⁸ *Ibid.* et précédemment dans T. com., Paris, 7^e ch., 12 mai 2010, n°2009009648, J.-D. n°2010-031492 : « *Attendu que les relations commerciales entre les parties, bien qu'établies de longue date, ne reposaient sur aucun contrat commercial, mais qu'en l'espèce elles étaient régies par les conditions générales de vente de STAFF INTERNATIONAL SPA figurant au verso des bons de commande ainsi que des bons de confirmation de commande ; Attendu que ces conditions générales de vente, connues de longue date, étaient régulièrement visées MONDO UOMO et donc expressément acceptées* ».

²⁶⁵⁹ Cass. com., 18 janv. 2011, n°10-11.885, Bull. 2011 IV n°9, J.-D. n°2011-000393 (jurisprudence antérieure : CA Versailles, 12^e ch., 1^{ère} sect., 10 déc. 2009, n°09/03705, J.-D. n°Ø).

²⁶⁶⁰ D. DE LAMMERVILLE et L. AYNÈS, La nature délictuelle de la responsabilité découlant de la rupture d'une relation commerciale établie n'exclut pas, en matière internationale, l'applicabilité d'une clause attributive de compétence, JCP E n°9, 03 mars 2011, 1179.

²⁶⁶¹ H. GAUDEMET-TALLON, M.-É. ANCEL, Compétence et exécution des jugements en Europe – Règlements 44/2001 et 1215/2012, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007), *ibid.*, p. 201 : 152 Réserve des « *rappports commerciaux courants* ».

²⁶⁶² CJCE, 14 déc. 1976, Galeries Segoura SPRL contre Société Rahim Bonakdarian, aff. 25/76, Rec., 1976-01851 : « (...) *il est donc possible de répondre conjointement aux deux questions posées, en ce sens qu'il n'est satisfait aux exigences de forme posées par l'article 17, alinéa 1, dans le cas d'un contrat conclu verbalement, que si la confirmation écrite du vendeur avec communication des conditions générales de vente a donné lieu à une acceptation écrite de l'acheteur ; que le fait pour l'acheteur, de ne pas élever d'objections contre une confirmation émanée unilatéralement de l'autre partie ne vaut pas acceptation en ce qui concerne la clause attributive de juridiction, sauf si l'accord verbal se situe dans le cadre de rapports commerciaux courants entre parties, établis sur base des conditions générales de l'une d'entre elles, comportant une clause attributive de juridiction* ».

²⁶⁶³ Cass. Civ. 1^{ère}, 31 mai 1983, Bull. civ. I, n°160, n°82-10.372, J.-D. n°1983-701246 : « *si, en principe, une déclaration unilatérale n'est pas suffisante pour constituer la convention requise pour la validité de la prorogation de compétence, la cour d'appel, tant par motifs propres que par motifs adoptés du jugement confirmé, a relevé, en l'espèce, qu'il résultait de la correspondant émanant de M. X... que la société Patisfrance et lui-même étaient en relations d'affaires continues depuis plusieurs années, que l'exportateur italien connaissait parfaitement les conditions habituelles d'achat de la société française et en particulier la clause attributive de juridiction et qu'il n'était pas contesté que M. X... avait fait retour, comme il est d'usage, à la société Patisfrance, sans élever d'objections, du double de la lettre de celle-ci lui confirmant la commande, laquelle avait été traitée conformément aux conditions habituelles d'achat qui y figuraient et qui comportaient la clause donnant compétence exclusive au tribunal de commerce de Rouen pour trancher tous différends découlant du présent contrat* ».

²⁶⁶⁴ F. MAILHÉ, « Section 7. – Prorogation de compétence » in G. PAYAN (dir.), Espace judiciaire civil européen, 1^{ère} éd., 2020, Bruxelles, Bruylant, pp. 476-528, spéc. 581 : « *Dès l'origine, l'article 17 de la convention de Bruxelles portait mention de deux formes de convention de juridiction admises. Outre celle de l'accord écrit, la convention prévoyait l'accord verbal confirmé par écrit* » et 584 s'agissant du triple tempérament apporté par la Cour dans leur arrêt CJCE, 14 déc. 1976, *ibid.*

de validité a été introduite dans la convention d'adhésion de 1978²⁶⁶⁵, consistant « *en une forme admise par les usages dans ce domaine et que les parties connaissent ou sont censées connaître*²⁶⁶⁶ ». Les conventions de Lugano et de Saint-Sébastien l'ont clarifiée « *en distinguant les pratiques habituelles des parties et les usages de la profession*²⁶⁶⁷ ». On y lit alors que la convention doit être convenue « (...) *dans le commerce international, 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*²⁶⁶⁸ ». L'ensemble des formes admises seront reprises dans les règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis, et complétées du fait du développement des nouvelles techniques de communication²⁶⁶⁹, par la disposition suivante : « *Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite*²⁶⁷⁰ ». Son assimilation à la forme écrite pose des difficultés propres et en cela différentes de celles que l'on rencontre à propos des usages entre les parties, avec lesquels on a débuté et avec lesquels on poursuit.

²⁶⁶⁵ J.-P. BERAUDO, M.-J. BERAUDO, Règlement (UE) n°1215/2012 et Convention de Lugano. – Compétence. – Prorogation volontaire de compétence, JCI Europe traité, fasc. 3011, maj 23 août 2021, spéc. 56.

²⁶⁶⁶ Convention relative à l'adhésion du Royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ainsi qu'au protocole concernant son interprétation par la Cour de justice [signée le 09 oct. 1978] (78/884/CEE), art. 11 remplaçant l'art. 17 de la convention de 1968 par les dispositions qu'il contient.

²⁶⁶⁷ J.-P. BERAUDO, M.-J. BERAUDO, *ibid.*

²⁶⁶⁸ Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale faite à Lugano le 16 sept. 1988, 88/592/CEE, JOCE n°L 319 du 25 nov. 1988, pp. 0009-0048, art. 17. Convention relative à l'adhésion du Royaume d'Espagne et de la République portugaise à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ainsi qu'au protocole concernant son interprétation par la Cour de justice, avec les adaptations y apportées par la convention relative à l'adhésion du Royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et les adaptations y apportées par la convention relative à l'adhésion de la République hellénique, 89/535/CEE, JOCE n°L 285 du 03 oct. 1989, pp. 0001-0098, art. 7. Conformément à la distinction proposée, il faudrait entendre les « pratiques habituelles des parties » comme « *un usage dont les parties avaient connaissance* » et « les usages de la profession » comme « *[un usage dont les parties] 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* ».

²⁶⁶⁹ J.-P. BERAUDO, M.-J. BERAUDO, *ibid.*, spéc. 58.

²⁶⁷⁰ Règl. (CE) n°44/2001, Bruxelles I, *ibid.*, art. 23, pt 2, Règl. (UE) n°1215/2012, Bruxelles I bis, *ibid.*, art. 25 pt. 2.

Quant aux solutions internes, elles fluctuent entre une doctrine libérale²⁶⁷¹ et rigoriste²⁶⁷². La casuistique en la matière justifierait de telles variations²⁶⁷³. Mais cette explication est insuffisante, le Professeur Treppoz en fournit une autre quant à la sévérité de la solution de l'arrêt examiné²⁶⁷⁴. Les juges commandent une « *acceptation préalable* » et selon lui, accoler cet adjectif au substantif semble quelque peu contradictoire²⁶⁷⁵. « *Se déduisant des relations habituelles entre les parties, l'analyse nous semble devoir être binaire : soit les relations habituelles font présumer cette acceptation (ce qui, si l'on en croit la première chambre civile, devrait être le cas ici), soit les relations habituelles sont impuissantes à faire présumer une telle acceptation. L'acceptation est ou n'est pas !*²⁶⁷⁶ ». On rejoint le dualisme proposé, sans lequel les relations d'affaires suivies perdent manifestement de leur intérêt. L'étude du contexte factuel évite en définitive de « *céder à des fictions de volonté*²⁶⁷⁷ ». En l'occurrence, la solution de l'arrêt n'est pas celle obtenue en application de la présomption suggérée. Dans le contentieux de la rupture brutale, les rapports commerciaux courants font écho à la relation établie. Mais, chronologiquement, la relation établie ne devrait pas pouvoir venir au soutien pour caractériser les rapports commerciaux courants, car dès lors qu'il est question de la CAJ, il est question de la compétence du juge, et cela avant même que celui-ci ne se soit penché sur le fond de l'affaire. Plus généralement, les uns et les autres, parties à des relations d'affaires, se doivent d'être vigilants, sans que les uns allèguent s'être soumis à des

²⁶⁷¹ N. MATHEY, Rupture brutale de relation commerciale établir et juridiction compétente, CCC, fév. 2016, 40, citant : Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2010, n° 08-12.749, Bull. civ. 2010, I, n° 38, J.-D. n°2010-051610 : « (...) l'ASECNA est chargée, par les États contractants, d'assurer la sécurité du trafic aérien sur la zone, obligation lui étant faite de prendre en charge tout avion la survolant ; puis, qu'il incombe aux compagnies aériennes opérant dans ce secteur, qui souscrivent un contrat d'adhésion, de prendre connaissance des conditions écrites de la convention, en particulier de la clause attributive de juridiction, ces conditions étant affichées dans les aéroports de la zone et régulièrement adressées aux sociétés dont Hewa Bora Airways et Demavia ; que la cour d'appel a, d'une part, estimé souverainement, par motifs propres et adoptés, que la société Demavia, qui se prétendait simple agent de la société Hewa Bora Airways, affrétait en fait des avions de cette société ; qu'elle a, d'autre part retenu que, compte tenu de l'ancienneté de leurs relations d'affaires avec la société de contrôle aérien, les deux sociétés ne pouvaient soutenir ignorer la clause attributive de juridiction, reproduite sur chacune des factures de l'ASECNA, dont une partie a été payée par la société Demavia ; qu'elle a pu en déduire, par une décision motivée et sans encourir les griefs de violation des articles 48 du code de procédure civile et 23 du règlement CE du 22 décembre 2000, que la clause était opposable aux deux sociétés et que le tribunal de commerce de Paris était compétent », on souligne.

Cass. com., 20 mars 2012, n°11-11.570, J.-D. n°2012-004958 : « (...) les conditions générales de ventes de la société Ingrid Kränzle stipulent en leur article 14, dont la traduction n'est pas contestée, que les lois de la République fédérale allemande sont seules applicables pour tous les litiges découlant des relations contractuelles et que les procédures doivent être portées devant les juridictions compétentes du siège de la société ou du lieu de la succursale responsable pour la commande, l'arrêt relève que cette société justifie, sans être réellement démentie, que ces conditions générales de vente apparaissent non seulement au dos des factures délivrées à la société SBMM, mais aussi, d'une part, en annexe des tarifs de produits Kränzle, adressés à celle-ci par courriel du 13 décembre 2007, d'autre part, au verso des confirmations de commandes et en déduit que quand bien même la société SBMM n'aurait jamais signé aucun document comportant cette clause attributive de juridiction, il est suffisamment établi qu'elle l'a acceptée par le paiement réitéré des factures au dos desquelles elles étaient imprimées »

Cass. 1^{ère} civ., 13 févr. 2013, n°11-27.967, J.-D. n°2013-002226, en l'espèce une entreprise française a acheté des bouchons de liège auprès d'un vendeur portugais, « Mais attendu que l'arrêt, (...) relève d'une part que les deux sociétés entretenaient des relations commerciales suivies bien avant la vente litigieuse, que d'autre part, la société Bouchonnerie Jocondienne [l'acheteur] avait elle-même versé aux débats les conditions générales de vente dans lesquelles figuraient la clause attributive de juridiction, la cour d'appel a pu en déduire que la clause lui était opposable ».

²⁶⁷² Cass. com., 18 janv. 2011, n°10-11.885, *ibid*.

²⁶⁷³ N. MATHEY, Rupture brutale de relation commerciale établir et juridiction compétente, *ibid*.

²⁶⁷⁴ É. TREPPOZ, L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce et le règlement n°44/2001/CE, RDC n°3 juill. 2011, p. 941.

²⁶⁷⁵ *Ibid*.

²⁶⁷⁶ *Ibid*.

²⁶⁷⁷ N. MATHEY, Rupture brutale de relation commerciale établir et juridiction compétente, *ibid*.

conditions générales, à moins pour eux d'aussi agir sur le fondement du déséquilibre significatif, même s'il est du reste incertain que leurs prétentions soient accueillies dans la mesure où la CAJ ne créerait aucune obligation à la charge des contractants de s'adresser à la juridiction choisie en cas de litige²⁶⁷⁸.

2. La rupture brutale dans le domaine de la CAJ

861. La délimitation du domaine. « Si l'élection de for a pour effet de conférer au juge élu une compétence en principe exclusive, cette compétence ne s'étend qu'au domaine que les parties ont entendu attribuer à leur accord de volonté²⁶⁷⁹ ». La difficulté de sa délimitation tient doublement dans le fait de savoir de quelle matière relève le litige et quel est son objet²⁶⁸⁰.

862. De la matière contractuelle à la matière délictuelle. Dans sa thèse, Monsieur Guez s'appuie sur un arrêt « pour illustrer dans quelle mesure la qualification du litige n'est pas sans lien avec la détermination du champ d'application de l'accord d'élection de for²⁶⁸¹ », dans le prolongement duquel ceux afférents à la rupture brutale pourront s'insérer. Dans l'arrêt de cassation du 9 avril 1996²⁶⁸², les juges du droit confirment le refus d'appliquer la CAJ car le litige ne mettait pas en jeu une question de responsabilité contractuelle ; il s'agissait en l'espèce d'un refus de vente. « C'est dire qu'en l'occurrence, la Cour de cassation considère que le domaine de la clause d'élection de for ne peut concerner que les relations contractuelles des parties²⁶⁸³ ». La solution se situe dans la droite ligne de sa jurisprudence²⁶⁸⁴. Elle a pourtant été amenée à évoluer, sous l'impulsion des solutions européennes commandant une interprétation autonome de la notion de matière contractuelle²⁶⁸⁵ et, même si c'est dans une moindre mesure, avec le contentieux de la rupture brutale²⁶⁸⁶.

²⁶⁷⁸ S. CHAUDOUET, Le déséquilibre significatif, Thèse, Montpellier, 2018, spéc. 208 (p. 172) : « À titre d'illustration, on ne saurait prétendre qu'une clause attributive de compétence crée une « obligation » à la charge des contractants de s'adresser à la juridiction choisie en cas de litige. Une telle obligation de faire est artificielle puisque son inexécution est impossible. S'il advenait en effet qu'une partie saisisse une juridiction autre que celle prévue par la clause, le juge se déclarerait incompétent ». En cas de manquement à ce type de clauses ne portant pas sur une obligation au sens strict du terme, il s'agit alors de sanctionner autre chose que l'inexécution d'une telle obligation (...) ».

²⁶⁷⁹ Ph. GUEZ, *ibid.*, spéc. 530.

²⁶⁸⁰ *Ibid.*, spéc. 545.

²⁶⁸¹ *Ibid.*, spéc. 546.

²⁶⁸² Cass. com., 09 avr. 1996, n°94-14.649, Bull. 1996 IV n°177, J.-D. n°1996-001499.

²⁶⁸³ Ph. GUEZ, *ibid.*

²⁶⁸⁴ E. TICHADOU, L'application au refus de vente de l'article 5-3 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 : une solution à tout le moins prématurée, D. 1997, p. 77.

²⁶⁸⁵ Ph. GUEZ, *ibid.*, spéc. 548 et *supra*.

²⁶⁸⁶ D. BUREAU, H. MUIR WATT, Existence et effet de la clause attributive de juridiction face à une loi de police du for exclu, Rev. crit. DIP 2017/2 n°2, pp. 269-278, spéc. 5 : « (...) la responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie, laquelle avait fourni elle-même une autre illustration de la possible intégration de litiges extra-contractuels au sein de la clause attributive de compétence ».

Parmi les arrêts cités pour l'étude de l'emplacement de la CAJ, dans ceux qui l'ont reconnue applicable, les juges ont précisé que la CAJ « s'appliquait à tout litige découlant de la rupture des relations contractuelles entre les parties²⁶⁸⁷ », ou indiqué que « la clause dont s'agit qui vise « tout différend survenant entre les parties » s'applique à la rupture des relations contractuelles comme aux abus de dépendance visés par l'article L. 442-6 du code de commerce dès lors qu'ils sont nés à l'occasion du contrat²⁶⁸⁸ ». Dans un arrêt de cassation du 24 juin 2020²⁶⁸⁹, aucun doute n'est plus permis à la lecture de la solution : « (...) après avoir rappelé que la clause attributive de juridiction désignait expressément le tribunal belge dans le ressort duquel la société Celio avait son siège social pour connaître de "toute contestation relative à l'interprétation et/ou l'exécution des présentes conventions", c'est par une interprétation souveraine, exclusive de dénaturation, de cette clause, que l'ambiguïté de ses termes rendait nécessaire, que la cour d'appel a retenu qu'intégrée dans des conditions générales d'achat couvrant l'ensemble des éléments essentiels de la relation commerciale, à chacune de ses étapes, y compris au moment de sa cessation, elle devait recevoir application dans le litige opposant les parties sur les conditions dans lesquelles leurs relations avaient été rompues ». Les juges font désormais application de la CAJ aux actions élevées sur le fondement des dispositions étudiées dès lors que sa rédaction le permet, sans considérer que la nature délictuelle de l'action afférente (en droit interne) soit constitutive d'un obstacle dirimant. Dès lors, il reste aux parties le soin de l'exclure si telle est leur volonté de ne pas la faire figurer parmi les litiges dont le juge élu aura à connaître.

863. Détermination du rapport de droit déterminé. Dans l'arrêt de cassation du 28 janvier 2017, les juges indiquent qu'« ayant relevé que le rapport de droit en cause ne se limitait pas aux obligations contractuelles, la référence de l'article 26 au "présent contrat" ne concernant que le droit applicable, et devait s'entendre des litiges découlant de la relation contractuelle, la cour d'appel, hors toute dénaturation, en a souverainement déduit, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige, que la clause attributive de compétence s'appliquait à la rupture brutale du contrat²⁶⁹⁰ ». La détermination du rapport de droit en cause relève d'un problème d'interprétation²⁶⁹¹. Il faut s'assurer que le différend élevé entre les parties fasse partie de ceux visés par elles, dans le cadre de la CAJ. En l'occurrence, il avait

²⁶⁸⁷ Cass. 1^{re} civ. 6 mars 2007, n°06-10.946, *ibid*.

²⁶⁸⁸ CA Paris, Pôle 01, Ch. 01, 28 oct. 2010, n°10/12534, *ibid*.

²⁶⁸⁹ Cass. com., 24 juin 2020, n°18-15.673, J.-D. n°0, en l'espèce, un fournisseur français en articles textiles a reproché à un distributeur belge de prêt-à-porter une rupture brutale de leur relation d'affaires suite à l'arrêt de ses commandes. Le fournisseur a porté le litige devant le tribunal de commerce de Paris mais le distributeur a soulevé une exception d'incompétence au profit des juridictions belges, en application d'une CAJ, figurant aux CGA signées par les parties. La question concerne moins la validité de la CAJ, puisque les CGA ont été signées par les parties, que son effet consistant dans le fait de savoir si la CAJ est rédigée de façon à englober la rupture brutale.

²⁶⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 18 janv. 2017, n°15-26.105, J.-D. n°2017-000498.

²⁶⁹¹ F. MAILHÉ, Notion autonome, rapport de droit déterminé, statuts sociétaires (156), in G. PAYAN (dir.), Espace judiciaire civil européen, 1^{ère} éd., 2020, Bruxelles, Bruylant, pp. 493-497.

donc été question de savoir si le litige de la rupture brutale était inclus parmi ceux découlant de la relation contractuelle. Les juges d'appel ont répondu par l'affirmative et les juges de cassation ont confirmé. Il a ainsi été considéré que le litige de la rupture brutale puisse dériver²⁶⁹² des différends intéressant directement les obligations contractuelles. Par contre, lorsqu'une clause ne donne aucune définition du rapport de droit déterminé, alors elle ne peut pas être constitutive d'une convention attributive de juridiction²⁶⁹³.

864. L'impossible mise en échec des juridictions internes spécialisées par une CAJ²⁶⁹⁴.

La Cour de cassation consacre la solution au double visa du dispositif et des dispositions réglementaires organisant la compétence territoriale des juridictions spécialisées²⁶⁹⁵. « *Le caractère impératif de la compétence exclusive des juridictions spécialisées en matière de pratiques restrictives de concurrence rend inapplicable toute clause y dérogeant*²⁶⁹⁶ ». La solution est limpide mais il faut toutefois en préciser la portée. En effet les règles de compétences territoriales exclusives devront impérativement être respectées encore faut-il que l'ordre juridique choisi par parties soit, en l'occurrence, l'ordre juridique français²⁶⁹⁷. Le cas échéant, une interrogation demeure : les parties peuvent-elles viser l'une des juridictions spécialisées qui ne soit pas celle du ressort dans lequel la partie française est ? Par exemple, les parties élisent le tribunal judiciaire de Lille alors qu'elle est établie à Lorient. Pour certains, une telle clause ne serait pas nécessairement privée d'effet²⁶⁹⁸. Le principe est sauf : il reviendra à une juridiction spécialisée d'apprécier la pratique restrictive de concurrence. Mais c'est occulter le rapport de force sous-jacent : une juridiction spécialisée géographiquement éloignée pourrait être imposée, et il faut immédiatement penser à celle située en territoire ultra-marin : à Fort-de-France. La raison d'être de la spécialisation n'est pas seulement réserver un contentieux « hautement technique²⁶⁹⁹ », elle se double de la sauvegarde des intérêts des justiciables.

²⁶⁹² M. MALAURIE-VIGNAL, Les clauses d'élection de for à l'épreuve du contentieux de la réparation du préjudice concurrentiel : une étrange distinction entre entente et abus de position dominante, CCC n°4, avr. 2019, comm. 64.

²⁶⁹³ Cass. Com., 24 nov. 2015, n°14-14.924, Bull. [BICC] n°840, com. n°502, J.-D. n°2015-026730.

²⁶⁹⁴ Cass. Com., 01 mars 2017, n°15-22.675, J.-D. n°2017-003313.

²⁶⁹⁵ *Ibid.* La Cour de cassation ne vise que l'article D. 442-3 du code de commerce alors applicable, nous visons de façon plurielle les dispositions afférentes de la partie réglementaire car en sus de l'article visé, il faut se reporter au tableau fourni à l'annexe 4-2-1 du même code.

²⁶⁹⁶ A.-C. MARTIN, R. PIHÉRY, Pratiques restrictives de concurrence – Procédures de contrôle et de sanction, JCI Concurrence – Consommation, fasc. 720, maj 11 janv. 2018, 50.

²⁶⁹⁷ C. TIRVAUDEY-BOURDIN, Prorogation de compétence. – Initiative des parties. – Mécanisme légal, JCI Procédure civile, fasc. 600-85, maj 20 janv. 2021, spéc. 28 : « *La liberté des parties est subordonnée au respect de conditions de fond et de forme pour la validité des clauses. Concernant les conditions de fond, la validité de la clause suppose qu'il n'y ait pas de fraude (CA Paris, 10 oct. 1990 : Rev. crit. DIP 1991, p. 605, Gaudemet-Tallon) et que la clause ne se heurte pas à une règle de compétence territoriale exclusive dans l'ordre juridique choisi par les parties (à propos d'une clause dérogeant à la compétence territoriale exclusive dans un contrat d'assurance terrestre, CA Paris, 14 nov. 1990 : Rev. crit. DIP 1991, p. 734, Gaudemet-Tallon. – Cass. 1re civ., 17 déc. 1985, n° 84-16.338 : JurisData n° 1985-703454 ; Bull. civ. I, n° 354). Il faut encore bien évidemment être en présence d'un contrat international* ».

²⁶⁹⁸ N. MATHEY, La rupture de relations commerciales établies, propos conclusifs, AJCA n°02 du 19 fév. 2019, p. 66.

²⁶⁹⁹ D. MOURALIS, *ibid.* : « *La concentration du contentieux, qui résulte de la loi n°2008-776 de modernisation de l'économie du 4 août 2008, procède de l'idée – certes discutable – que les litiges provoqués par les pratiques restrictives de concurrence sont hautement techniques et doivent être confiés à des juridictions spécialisées* ».

C. La clause de choix de loi

865. Les choix de juridiction et de loi. De manière complète, les parties peuvent choisir la compétence juridictionnelle et la compétence législative. La stipulation d'une CAJ peut sous-entendre qu'elles ont toutes les deux été choisies alors que seule la première a pu l'être. Dans un contrat entre entreprises, situées dans des États différents, il peut y avoir distinctement une CAJ et clause de choix de loi. Elles peuvent aussi être fondues dans une même stipulation. Le principe est celui de la liberté de choix des parties (1) encore faut-il que les juges détectent la clause (2) pour être effectivement mis en application.

1. Le principe de la liberté de choix

866. La liberté de choix comme pierre angulaire du système de règles de conflit de loi. Dans le Règlement Rome 1, le considérant 11 indique que « *La liberté des parties de choisir le droit applicable devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de loi en matière d'obligations contractuelles* ». Son article 3 reprend ce principe et décrit ses modalités, parmi elles, la possibilité pour les parties de désigner une loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat (ce qui correspond au dépeçage volontaire²⁷⁰⁰).

867. Un choix libérant le juge de l'obligation de déterminer la loi applicable²⁷⁰¹. Lorsque les parties ont choisi une loi applicable à leur contrat, le juge n'a pas à le faire. Cette situation semble être des plus simples et n'appelle pas de remarque particulière. Toutefois, elle peut se révéler problématique lorsque le juge n'identifie pas la, ou les clauses, contenant le choix des parties. Il va alors poursuivre en à l'aide des rattachements subsidiaires²⁷⁰², tels qu'ils ont été déterminés par le règlement applicable, quand il aurait d'abord fallu qu'il s'assure de l'inexistence de choix des parties. Ce problème peut paraître quelque peu improbable mais le fait de l'avoir rencontré en jurisprudence nous a poussé à y consacrer les développements suivants. Ils sont inversement plus longs que ne l'ont été ceux dédiés à l'exposition du principe. Mais il nous est apparu plus important d'en traiter en détails pour pouvoir mettre en exergue les spécificités propres aux litiges de ruptures brutales, que de revenir sur les raisons du choix des parties pour telle ou telle loi, qui leur appartiennent et sont spécifiques à chaque cas.

²⁷⁰⁰ H. GAUDEMET-TALLON, Convention de Rome du 19 juin 1980 et Règlement « Rome I » du 17 juin 2008. – Détermination de la loi applicable. – Domaine de la loi applicable, JCI Droit international, fasc. 552-15, maj 25 août 2021, spéc. 13, 14 et 15.

²⁷⁰¹ T. HERBIN, Le rôle du juge dans la détermination de la loi applicable aux contrats commerciaux, mémoire, Univ. De Valenciennes et du Hainaut Cambresis, 2016.

²⁷⁰² H. GAUDEMET-TALLON, *ibid.*, spéc. 2.

2. Le problème de détection d'une combinaison homogène

868. Sélection d'un arrêt. On examine l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 février 2019²⁷⁰³. La procédure, jamais anodine, ne l'est pas non en ce qui le concerne car c'est un arrêt de renvoi. En prenant connaissance de l'ensemble des solutions qui l'ont précédé²⁷⁰⁴, on s'est rendu compte que le problème de la délimitation du domaine de la CAJ a été détecté tardivement car la CAJ n'a vraisemblablement été prise en considération dès le commencement du litige.

869. Des faits affinis au long de la procédure. Un non-règlement de factures par un distributeur français est à l'origine du litige initié par un fournisseur néerlandais. D'après le jugement, ils sont en fait débiteurs l'un envers l'autre : le distributeur ne s'étant pas acquitté du montant de plusieurs factures et le fournisseur ayant conditionné le règlement de prestations rendues par le distributeur au paiement par ce dernier du montant des factures (comme celles-ci n'ont pas été réglées, les litigants sont tous les deux à la fois créanciers et débiteurs). Mais le distributeur a formulé une demande reconventionnelle, qui participe à la fois de sa stratégie de défense et constitue aussi une modalité d'attaque²⁷⁰⁵ ; elle portait sur la rupture brutale de leur relation. Les parties ont en effet été liées par plusieurs contrats, entre 2002 et 2007. Les juges consulaires y ont fait droit, le fournisseur a été condamné à indemniser le distributeur. On note qu'en première instance, aucun questionnement n'est soulevé quant aux éléments d'extranéité alors que le litige en comportait.

Le fournisseur a ensuite interjeté appel, en indiquant que les dispositions de la rupture brutale ne pouvaient trouver application car le contrat prévoyait qu'il était soumis au droit néerlandais. Mais les juges de la Cour d'appel de Paris ont retenu que la loi applicable à la responsabilité extracontractuelle était celle de l'État du lieu où le fait dommageable s'était produit, en l'occurrence c'était en France. Par conséquent, ils ont confirmé la solution des juges consulaires ; ce que leur a reproché le fournisseur, s'étant alors pourvu en cassation.

Les juges du droit ont décidé « *qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher ainsi qu'il lui était demandé, si l'article 25 du contrat qui désignait la loi néerlandaise n'était pas rédigée en des termes suffisamment larges pour s'appliquer au litige, la cour d'appel privé sa décision de base légale* ». Ils ont cassé l'arrêt d'appel. On peut prendre connaissance de la clause litigieuse dans le deuxième moyen de cassation.

²⁷⁰³ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 28 fév. 2019, n°17/16475, J.-D. n°2019-003558.

²⁷⁰⁴ T. com., Paris, 7^e ch., 12 juin 2013, n°2010077453, J.-D. n°2013-029244 ; CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 08 oct. 2015, n°13/16632, J.-D. n°Ø ; Cass. Com., 21 juin 2017, n°16-11.828, J.-D. n°2017-12244 ; CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 28 fév. 2019, n°17/16475, *ibid.*

²⁷⁰⁵ X. MARCHAND, J. SÉRAPIONIAN, J. THÉRON, Demande reconventionnelle. – Droit à la demande reconventionnelle. – Droit de la demande reconventionnelle, JCI Procédure civile, fasc. 600-35, maj 20 oct. 2017, spéc. 3 et 8.

C'est l'arrêt de cassation qui nous met en position de savoir que la clause contenue dans le contrat est une clause d'*electio fori* en même temps qu'une clause d'*electio juris*. Elle est en cela une combinaison homogène : elle se compose du choix d'un for et du choix de la loi désignant le même système normatif²⁷⁰⁶. Intitulée « *Droit applicable et compétence juridictionnelle* » le doute n'est plus permis, même à défaut de savoir s'il s'agit d'une traduction ou de la langue d'origine dans laquelle le contrat a été rédigé. On doute que les contrats n'aient pas été versés à un moment ou à un autre de la procédure, ne serait-ce de la part du distributeur français pour attester d'une relation de cinq années (à l'appui des dates et de la durée desdits contrats). Si un problème de détection de la CAJ se conçoit, il s'insère dans la problématique plus large posée par les litiges comportant des éléments d'extranéité et la méthodologie qu'ils appellent pour leur résolution. Dès lors que les parties ont fait le choix d'une loi pour l'appliquer à leurs rapports, alors les questions à se poser sont celles, dans l'ordre, de sa licéité, de sa validité, de son domaine et de savoir aussi ce qui pourrait venir limiter l'autonomie de la volonté des parties (*infra*). En l'occurrence, ce qui a pu mettre les juges français sur la *mauvaise* voie résulte du fait que l'action a été introduite devant deux. Mais ils n'ont pas pour autant déterminé si elle l'a été par application d'une règle de résolution de conflit de juridictions ou par application d'une CAJ.

870. Les juges français saisis par l'application d'une règle de résolution du conflit de juridictions. Le jugement atteste de la présence d'éléments d'extranéité dès l'indication de la dénomination des parties et de leur siège social car le fournisseur néerlandais a élu domicile au cabinet de ses conseils. L'élection de domicile en France, par une société étrangère, permet à ce que le jugement y soit valablement notifié²⁷⁰⁷. Compte tenu de tels éléments, plusieurs juridictions auraient donc été susceptibles d'être compétentes : les juridictions néerlandaises et françaises. Ayant été saisi par le fournisseur néerlandais, le juge français a pu penser qu'il était compétent en application de la compétence de principe du domicile du défendeur. Mais le demandeur a agi pour obtenir le paiement de factures impayées. Une telle action relevait assurément de la matière contractuelle et appelait l'application de la compétence spéciale afférente. Dans le jugement, on lit que les sommes réclamées sont la contrepartie des marchandises livrées. En présence d'un contrat de vente de marchandises, le défendeur est attiré au lieu d'un État membre où, en vertu

²⁷⁰⁶ P. BLAJAN, La combinaison des autonomies en droit international privé des contrats – Étude des interactions entre la clause de choix de juridiction et la clause de choix de loi, Thèse, Paris 1, 2021, spéc. 639 : « *S'il est apparu indispensable, dans notre travail, de déconstruire l'idée que les rapports entre forum et jus répondent à un quelconque principe, c'est en raison du fait que cette représentation des choses pourrait influencer le contenu (concret) que l'on peut prêter à la notion (abstraite) de « combinaison des autonomies ». Avoir pour toile de fond l'idée que le forum et le jus sont « en principe » disjoints aurait pu, même imperceptiblement, entretenir l'illusion que la combinaison des autonomies renverrait uniquement, ou principalement, aux hypothèses où la clause d'*electio fori* et la cause d'*electio juris* désignent un forum d'origine différente de celle du jus (par exemple, choix du for français et de la loi anglaise). Or, bien au contraire, les parties peuvent parfaitement procéder à la réunion du forum et du jus (en élisant) par exemple concomitamment la loi et le for anglais ; et cela est même très fréquent ».*

²⁷⁰⁷ CPC, art. 682 : « *La notification d'un jugement est valablement faite au domicile élu en France par la partie demeurant à l'étranger* ». Y. LOUSSOUARN, M. TROCHU, R. M. SOTOMAYOR, Sociétés étrangères en France. – Reconnaissance et jouissance des droits, JCI Droit international, fasc. 570-30, maj 10 avr. 2020, spéc. 67.

du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées. Il restait alors à déterminer si les marchandises avaient été livrées en France ou aux Pays-Bas, pour savoir quelle juridiction allait être compétente. En l'occurrence, ce raisonnement n'a pas été mené, pas davantage que celui commandé par le choix par les parties d'une loi applicable.

871. À l'origine de l'altération. En appel, et en réponse à la clause d'*electio juris* dont le fournisseur se prévaut, les juges indiquent c'est la responsabilité délictuelle et non contractuelle de l'auteur qui est engagée, lorsqu'une rupture brutale lui est reprochée, et qu'en ce cas, « *la loi applicable (...) est celle de l'État du lieu où le fait dommageable s'est produit* ». Ils ont déterminé la loi applicable sans avoir préalablement vérifié qu'ils étaient compétents pour l'appliquer ; ou bien, en ayant fait cela, il se pourrait qu'ils soient en train de confirmer leur compétence conformément à la compétence spéciale du règlement Bruxelles I : en faisant relever l'action de la matière délictuelle, le tribunal compétent est celui du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. Mais une incohérence demeure car c'est chaque fois le fournisseur néerlandais qui intente l'action et sa demande n'est pas celle afférente à une rupture brutale mais consiste dans la réclamation d'un paiement. Pour que le raisonnement précédent tienne, il faudrait, avec la demande reconventionnelle, faire du distributeur français le demandeur. La question de savoir de quelle matière l'action en rupture brutale relève a mobilisé, et mobilise toujours, l'attention. D'innombrables commentaires y sont consacrés, la jurisprudence est scrutée et on pense que cette question en fait ainsi *disparaître* d'autres et alimentent de mauvais gré de faux raisonnements. Elle a ainsi pu obnubiler les juges. Il convient dès lors fermement de commander une vérification préalable de la présence de clauses d'*electio fori* et d'*electio juris*. Le pluriel utilisé ne doit pas dissimuler sur le fait qu'elles sont souvent stipulées ensemble. Conformément à nos précédents développements, leur licéité, leur validité et leur domaine devront être vérifiées ainsi que, désormais, les limites dans lesquelles elles doivent être contenues.

§2. Les limites à la liberté de choix des parties

872. La qualification de dispositions en loi de police. La liberté de choix des parties est limitée. L'article 3 du Règlement Rome I indique, dans son point 3, que « *Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord* ». On peut l'explicitier à l'aide des faits restitués dans l'examen des précédentes jurisprudences : les parties avaient choisi d'appliquer la loi néerlandaise à leur contrat. Mais en fondant une demande reconventionnelle sur le fondement des dispositions de la rupture brutale, le litigant français s'est alors prévalu du fait

qu'il ne pouvait y être dérogé car elles constituent des lois de police. La question de la qualification des dispositions de la rupture brutale en loi de police n'a pas été tranchée en jurisprudence (A) alors qu'en ce qui concerne les pratiques commerciales déloyales, issues d'une directive européenne, dans lesquelles on peut trouver des prolongements de la rupture brutale, une réponse claire a été apportée par la directive elle-même (B).

A. La qualification des dispositions en loi de police

873. Une solution à apporter. En l'absence de solution tranchée sur la qualification des dispositions de la rupture brutale en loi de police, il est possible d'apporter des éléments en faveur d'une qualification (1) et en faveur d'une absence de qualification (2), grâce auxquels on pourra finalement prendre position.

1. La qualification à l'aide de l'action du ministre

874. Une voie ouverte mais une qualification superfétatoire. Sous l'empire de l'ordonnance de 1986, « *la jurisprudence de la Cour de cassation laissait déjà entendre que la réglementation en matière de loyauté et de transparence des relations entre clients et fournisseurs a la nature d'une loi de police*²⁷⁰⁸ ». Les juges du droit²⁷⁰⁹, et certains juges du fond,²⁷¹⁰ se prononcent favorablement, mais semblent pourtant s'engager dans cette voie sans plus d'hardiesse. Dans ces

²⁷⁰⁸ L.-M. AUGAGNEUR, De la jurisprudence constitutionnelle en matière de pratiques restrictives à la Directive sur les délais de paiement : deux conceptions de l'abus, JCP E n° 30-33, 28 Juillet 2011, 1555, spéc. 9, jurisprudences à l'appui citées *infra*.

²⁷⁰⁹ Cass. com., 16 juin 1998, n°96-20.182, Bull. 1998 IV n°192, J.-D. n°1998-002767 : « *l'ordonnance du 1er décembre 1986 s'applique aux produits achetés en France même si ces produits doivent être distribués ou revendus à l'étranger* ». S. HOTTE, Conflits de lois. – Contrat international de distribution. – Contrat-cadre. – Vente. – Loi applicable. – Application distributive. – Convention de Vienne du 11 avr. 1980. – Lois de police, JDI n°4, oct. 2007, comm. 20 : « *La jurisprudence permet d'étayer l'argument de la fonction macro-économique de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. La Cour de cassation a eu l'occasion d'énoncer que « L'ordonnance du 1er décembre 1986 s'applique aux produits achetés en France même si ces produits doivent être distribués ou revendus à l'étranger » dans une affaire où la requérante prétendait que les désavantages dont le distributeur se déclarait victime ne se faisaient sentir qu'à l'étranger* ». RLDA n°8, 1^{er} sept. 1998, Application dans l'espace de l'ord. du 1^{er} déc. 1986. Cass. com., 20 févr. 2007, n° 04-17.752, Bull. 2007 IV, n°52, J.-D. n°2007-037496, S. HOTTE, *ibid.*.

²⁷¹⁰ CA Orléans, Ch. com. éco. et fi., 28 oct. 1999, n°98/01692, J.-D. n°1999-110765, un fabricant étasunien est opposé à un fabricant français. Le litige se situe dans un contexte de rupture de relations commerciales mais la responsabilité du fabricant est recherchée sur le fondement de pratiques discriminatoires, soit l'article 36-1° de l'ord. du 1^{er} déc. 1986 (*ibid.*). Quant à la loi applicable, les juges retiennent que « *peu important son caractère actuellement civil ou pénal, ce texte, qui a pour objectif la protection des entreprises subissant un préjudice du fait des pratiques qu'il interdit, constitue une loi de police au sens du droit international privé et s'applique aux situations juridiques pouvant avoir une incidence sur le territoire français [...]* ». CA Lyon, 3^e ch. civ., 09 sept. 2004, n°04/00108, J.-D. n°Ø : « *les dispositions législatives fondant la demande tendent à la protection des entreprises subissant un préjudice du fait des pratiques qu'elles répriment ; qu'elles 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 ; Qu'elles donnent de plus au Ministre de l'Économie, dont la position est comparable à celle du Ministère Public, une mission de protection générale d'un ordre public économique lié au respect des règles de concurrence* ». CA Versailles, 12^e ch., sect. 2, 14 oct. 2004, n°03/04512, J.-D. n°2004-256972 : « *cette loi française s'impose à une société française que son partenaire soit lui-même français ou étranger* ».

premiers temps d'application des dispositions, les juges ont mis en œuvre la responsabilité délictuelle sans donc qu'il leur soit nécessaire de les caractériser en loi de police. Ils ont procédé par affirmation, en rattachant des éléments d'espèce au territoire national²⁷¹¹. La Cour de cassation a ainsi substitué « *l'application de la loi française du lieu du délit à la qualification de loi de police*²⁷¹² ». Elle a tranché des litiges sans avoir à se prononcer sur la qualification recherchée. Son mutisme ne saurait lui être reproché car la qualification était superfétatoire.

875. L'évitement. Le règlement Rome II a fait la part belle à l'autonomie de la volonté et les parties peuvent aussi choisir la loi applicable à leurs obligations non-contractuelles²⁷¹³. Toutefois, son article 16²⁷¹⁴ prévoit la substitution de dispositions impératives dérogatoires en lieu et place de leur choix. Même frontalement²⁷¹⁵ interrogée, la Cour de cassation « *évite de répondre*²⁷¹⁶ » : tenant pour indifférente²⁷¹⁷ la nature de la responsabilité engagée et, pour « *surabondant* », le pourvoi intéressant la qualification en loi de police. Dans un autre arrêt du même jour, les juges s'y refusent toujours mais pour une autre raison d'espèce²⁷¹⁸. Si les arrêts en matière délictuelle

²⁷¹¹ CA Lyon, 3^{ème} ch. civ., sect. B., 30 avr. 2008, n°06/04689, J.-D. n°Ø : « *Attendu que le contrat de collaboration commerciale, qui avait le territoire français pour lieu d'exécution, était suffisamment rattaché à la France pour que l'article L. 442-6-1 5° du code de commerce, qui constitue une loi de police, s'impose aux relations entre les parties alors même qu'elles avaient choisi de soumettre leur contrat à la loi italienne* ».

²⁷¹² 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 n°3, mars 2010, ét. 4, spéc. 5 : « *Le détournement par la qualification de loi de police était inutile, dès lors que la qualification retenue par la Cour était délictuelle, ce qui permettait l'application de la loi française en tant que loi du lieu où est subi le préjudice* ». Dans le même sens : N. MATHEY, Rupture brutale : contentieux international, CCC n°11, nov. 2017, comm. 222 : « *Si la question de la nature de loi de police des dispositions relatives aux pratiques restrictives, en général, et à la rupture brutale, en particulier, ne semble pas avoir été nettement tranchée par la jurisprudence, il semble que le simple rattachement à la responsabilité délictuelle soit préféré le plus souvent* ».

²⁷¹³ Règl. (CE) n°864/2007, Rome II, *ibid.*, art. 14. C. BRIÈRE, Règlement (CE) n°864/2007 du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II), JCI Europe Traité, fasc. 3206, maj 28 août 2021, spéc. 78 : « *Bien que le domaine de la responsabilité extracontractuelle ne soit pas le terrain de prédilection de l'autonomie de la volonté, les auteurs du règlement lui ont accordé une place non négligeable suivant le modèle de certaines législations nationales* ».

²⁷¹⁴ Règl. (CE) n°864/2007, Rome II, *ibid.*, art. 16. C. BRIÈRE, *ibid.*, spéc. 95 : « *L'application « des dispositions de la loi du for qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable à l'obligation non contractuelle » est réservée par l'article 16 du règlement. Le juge n'est tenu de respecter que les lois de police de son for dans la mesure où le texte ne vise pas les lois de police étrangère. Ainsi les parties à un litige ne peuvent éluder ces normes considérées comme impératives dans l'ordre international en choisissant lorsque le règlement les y autorise la loi applicable* ».

²⁷¹⁵ C. NOURISSAT, Chambres commerciales internationales, code européen des affaires et autres initiatives récentes... *much ado about nothing* ? Conf. Association Droit & Commerce Grand/Chambre de la Cour de cassation, 03 fév. 2020, RJC n°02, mars-avr. 2020, consulté depuis l'url : <https://droit-et-commerce.org/medias/ConferenceDroitEtCommerce-03022020.pdf>, le jeu. 25 août 2022, spéc. 9 : « *Doit-on rappeler qu'à ce jour, et sauf erreur, nous ne savons toujours pas de manière certaine, par exemple, si le dispositif sanctionnant la rupture brutale de relations commerciales établies qui constitue le fondement d'un nombre considérable de contentieux en matière de pratiques commerciales déloyales pendant devant les juridictions françaises, en ce compris devant la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris, est ou non une loi de police française dans l'ordre international, du moins à quelle(s) condition(s) il pourrait ainsi être qualifié ?* », et à propos de Cass. com., 07 mai 2019, n°17-15.340, J.-D. n°2019-007691.

²⁷¹⁶ O. BOSKOVIC, Règlement Rome II : obligations non contractuelles, in D. CARREAU, P. LAGARDE et H. SYNDET (dir.), Rép. de droit international, Dalloz, janv. 2021, spéc. 129 et 130 à propos de Cass. Com., 07 mai 2019, n°17-15.340, *ibid.*

²⁷¹⁷ N. MATHEY, Que ce soit à titre de loi de police, de loi du contrat ou comme loi du lieu du dommage, le droit français s'appliquait, CCC n°7, juill. 2019, 124 : « *À vrai dire, dans l'affaire tranchée en 2008 [Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2008, n°07-15.823, Bull. civ. I, n° 233, J.-D. n°2008-045459,] comme dans celle jugée par l'arrêt du 7 mai 2019, la qualification de loi de police était indifférente* ».

²⁷¹⁸ Cass. Com., 07 mai 2019, n°17-27.229, *ibid.* J.-L. FOURGOUX, Rupture brutale : La Cour de cassation décide que la relation commerciale doit s'entendre des liens contractuels existant entre les sociétés, sans tenir compte de la notion de sociétés mères-filles (*Rotosiam Batfim / Carrefour*), 07 mai 2019, Concurrences n°3-2019, art. n°91231, p. 108.

devaient se tarir en raison du rattachement à la matière contractuelle²⁷¹⁹, la recherche de la qualification doit donc être poursuivie dans le cadre du règlement Rome I, et à l'aune du possible lien entre l'action du ministre et les lois de police.

876. Le lien entre l'action du ministre et la qualification des dispositions en loi de police.

L'action du ministre n'entretient pas de rapport direct avec la possible qualification des dispositions en loi de police ; pourtant on pressent qu'elles sont proches. Les lois de police portent la marque d'une impérativité renforcée²⁷²⁰. Empreinte d'autorité, l'action du ministre élève le litige au-dessus d'intérêts particuliers. Ces franchissements constituent notre postulat de départ, sans encore pouvoir savoir s'il est possible de les lier (ce qui reviendrait à affirmer que parce que le ministre a une action cela fait des dispositions des lois de police).

877. Une action autonome aux fins de protection du marché ». Conformément à l'article L. 442-4, I du Code de commerce, « *le Ministre ou le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques, de constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indûment obtenus, dès lors que les victimes de ces pratiques sont informées. Les autorités peuvent également demander à la juridiction saisie le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder le plus élevé des trois montants suivants : – cinq millions d'euros ; – le triple du montant des avantages indûment perçus ou obtenus ; – 5% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédent*²⁷²¹ ». Ce montant s'est accru au cours des modifications textuelles²⁷²². En 2016, la Cour de cassation proclame l'autonomie de l'action du ministre de l'économie²⁷²³. Dévolue à la « *protection du fonctionnement du marché et*

²⁷¹⁹ O. BOSKOVIC, Règlement Rome II : obligations non contractuelles, *ibid.*, spéc. 130 : « Néanmoins, dans la mesure où la qualification contractuelle devrait désormais l'emporter en cette matière (...), à la seule exception de l'action du ministre, le contentieux ne relève pas du règlement Rome II ».

²⁷²⁰ C. LATIL, Lois de police, JCI Droit international, fasc. 552-100, maj 25 août 2021, spéc. 73.

²⁷²¹ M.-A. FRISON-ROCHE, J.-C. RODA, Droit de la concurrence, *ibid.*, spéc. 802.

²⁷²² M. MALAURIE-VIGNAL, L'exemplarité de l'amende civile, in C. MOULY-GUILLEMAUD (dir.), Flux et reflux de la rupture d'une relation commerciale – Application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : excès constatés et modérations possibles, t. 35, LexisNexis, Coll. Actualités du droit de l'entreprise, fév. 2018, ISBN n°978-2-7110296-5-5, pp. 115-128, spéc. p. 119, 9 : « Depuis la loi NRE de 2001 qui a introduit l'amende, le montant de l'amende a augmenté de réformes en réformes : de 2 millions d'euros, l'amende est, en l'état actuel résultant de la loi Sapin 2 de décembre 2016, de 5 millions d'euros, ou le triple du montant des sommes indûment versées, ou de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, 5% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques. » et note associée : « Loi NRE du 15 mai 2001 prévoit une amende de 2 millions d'euros ; Loi LME du 4 août 2008 prévoit une amende de 2 millions d'euros, mais cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ; Loi Macron 5 août 2015 (2 millions d'euros, triple du montant des sommes indûment versées ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5% du chiffres d'affaires hors taxes réalisé en France) et Loi Sapin 2, 9 déc. 2016 ».

²⁷²³ Cass. Civ. 1^{ère}, 06 juill. 2016, n°15-21.811, Bull. civ. n°7, n°153, J.-D. n°2016-013778 : « Mais attendu qu'après avoir rappelé que l'article L. 442-6, III, du code de commerce réserve au ministre chargé de l'économie la faculté de saisir le juge pour faire cesser des pratiques illicites et prononcer des amendes civiles, l'arrêt énonce, à bon droit, que l'action ainsi attribuée au titre d'une mission de gardien de l'ordre public économique pour protéger le fonctionnement du marché et de la concurrence est une action autonome dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques au regard de sa nature et de son objet ; que, le

de la concurrence », elle promeut la défense de l'intérêt général. L'action attribuée au ministre l'est « au titre d'une mission de gardien de l'ordre public économique ». Historiquement décriée²⁷²⁴, l'action contrarie le principe de procédure civile selon lequel « nul ne plaide par procuration²⁷²⁵ ». Elle ne se conçoit pourtant pas comme une action de substitution, mais comme une action autonome. Elle peut indifféremment être introduite dans des litiges internes²⁷²⁶, et dans ceux comportant des éléments d'extranéité²⁷²⁷ ; l'ordre public économique pouvant être menacé dans un cas comme dans l'autre. Mais l'action du ministre en matière internationale conduit-elle automatiquement à considérer que les dispositions comme des lois de police ? La comparaison entre jurisprudences conduirait à répondre positivement : les unes concluant à la qualification des dispositions en loi de police en présence d'une action menée par le ministre et les autres s'y refusant en son absence.

878. La qualification des dispositions en loi de police lors d'une action du Ministre : une solution généralisable. Après s'être tue sur la qualification en loi de police dans l'arrêt *Monster Cable*²⁷²⁸, la Cour de cassation s'est prononcée en 2020²⁷²⁹, lors d'une action intentée par le

ministre n'agissant ni comme partie au contrat ni sur le fondement de celui-ci, la cour d'appel a caractérisé l'inapplicabilité manifeste au litige de la convention d'arbitrage du contrat de distribution ». En l'espèce, le ministre de l'Économie avait introduit une action en vue de faire constater la nullité de certaines clauses d'un contrat de distribution liant les sociétés Apple et Orange. Apple s'est prévalu d'une clause compromissaire mais les juges du droit accueillent la solution d'appel ayant caractérisé l'inapplicabilité de l'arbitrage au litige initié par le ministre.

²⁷²⁴ Le Lamy Droit Économique, maj sept. 2022, spéc. n°3315 (Propos introductifs : le débat suscité par l'introduction de l'action spécifique du ministre de l'Économie).

²⁷²⁵ *Ibid.* Ph. citant MARINI, La loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques : un texte qui reste à parfaire, LPA n°198 du 04 oct. 2001, p. 4 : « [...] créer ainsi une nouvelle exception au principe selon lequel « nul ne plaide par procuration » au profit de l'État semble dangereux, car tout risque d'arbitraire en la matière n'est pas exclu ».

²⁷²⁶ Par ex., CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 08 janv. 2020, n°18/04493, J.-D. n°Ø : « [...] le Ministre, qui forme appel incident tendant à voir fixer à 150 000 euros le montant de l'amende, soutient à juste raison que la rupture brutale des relations commerciales constitue une pratique commerciale restrictive de concurrence, qu'elle constitue bien un trouble à l'ordre public, justifiant le prononcé d'une amende, et qu'une telle rupture risque d'engendrer la disparition d'un agent économique, influençant donc le marché de manière négative » ; les juges d'appel suivent les juges du fond dans la fixation de l'amende à 100 000 euros.

²⁷²⁷ Par ex., CA Colmar, 1ère ch. Civ., sect. B, 18 avr. 2012, n°09/04851, J.-D. n°Ø. J.-L. FOURGOUX, Rupture brutale des relations commerciales – Commande anormale – MDD – Imputabilité – Préavis – Amende, Chroniques, Concurrences n°3-2012, pp. 132-150, spéc. p. 138 : « Le fournisseur [belge] obtient de la Cour de Colmar avec l'appui du ministre de l'Économie la condamnation pour rupture brutale des relations et considère que, s'agissant de relations de 8 années pour des produits MDD, le préavis une fois doublé aurait dû être de 18 mois. Les dommages et intérêts sont fixés à 240 000 euros et l'amende civile à 200 000 euros soit presque autant ! ». L'atteinte à l'ordre public résulte du comportement de l'auteur qui rompt avec les « conditions d'une concurrence normale ». Les juges d'appel dressent les éléments établissant l'asymétrie des forces en présence. Relativement à l'amende civile, ils lui accolent « un effet dissuasif pour enrayer toute velléité [du distributeur] de recommencer ou de poursuivre de telles pratiques à l'égard d'autres fournisseurs ».

²⁷²⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 22 oct. 2008, n°07-15.823, J.-D. n°2008-045459 : « Qu'en statuant ainsi, alors que la clause attributive de juridiction contenue dans ce contrat visait tout litige né du contrat, et devait en conséquence, être mise en œuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige », on souligne.

²⁷²⁹ Cass. Com., 08 juill. 2020, n°17-31.536, J.-D. n°2020-010066 : « Après avoir relevé que le régime spécifique commun aux délits civils prévus par l'article L. 442-6 du code de commerce se caractérise par l'intervention, prévue au III de cet article, du ministre chargé de l'économie pour la défense de l'ordre public, et souligné que les instruments juridiques dont celui-ci dispose, notamment pour demander le prononcé de sanctions civiles, illustrent l'importance que les pouvoirs publics accordent à ces dispositions, la cour d'appel a exactement retenu que l'article L. 442-6, I, 2° et II, d) du code de commerce prévoit des dispositions impératives dont le respect est jugé crucial pour la préservation d'une certaine égalité des armes et loyauté entre partenaires économiques et qui s'avèrent donc indispensables pour l'organisation économique et sociale de la France, ce dont elle a déduit, à bon droit, qu'elles constituent des lois de police dont l'application, conformément tant à l'article 9 du règlement (CE) n° 593/2008

ministre. Il faut préciser que les pratiques soumises aux juges étaient : en 2008, l'abus de dépendance économique²⁷³⁰, en 2020, le déséquilibre significatif. Si chaque fois la pratique est précisément visée au moyen de son alinéa, pour la doctrine, la solution est « généralisable²⁷³¹ ». Dans l'arrêt le plus récent, l'unification des « délits civils prévus par l'article L. 442-6 du code de commerce » procède de leur « régime spécifique commun ». Il se caractérise « par l'intervention [...] du ministre chargé de l'économie pour la défense de l'ordre public ». Son arsenal d'instruments juridiques montre « l'importance que les pouvoirs publics accordent à ces dispositions ». La forme plurielle utilisée renforce la possibilité de généraliser. Mais la Cour d'appel de Paris entre en résistance. Elle refuse la qualification recherchée, s'agissant particulièrement des contentieux de la rupture brutale, desquels le Ministre est le plus souvent absent.

879. La qualification au cœur d'une dissension entre les chambres de la Cour d'appel de Paris. « (...) si la Cour de cassation a pu envoyer un signal clair pour le déséquilibre significatif à l'occasion de son arrêt *Booking* (...), la cour d'appel de Paris est sujette à d'impressionnantes discordes sur la question de la rupture brutale²⁷³² ». Ses chambres 5-4 et 5-5 s'opposent : la

du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles qu'à l'article 16 du règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, s'impose au juge saisi, sans qu'il soit besoin de rechercher la règle de conflit de lois conduisant à la détermination de la loi applicable ».

²⁷³⁰ Tel qu'il était alors prévu par l'article L. 442-6, I, 2° b) C. Com., avant sa modification par la LME.

²⁷³¹ D. BUREAU, L'action du ministre chargé de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence : l'impérativité réactivée ? Rev. crit. DIP 2020, p. 839, spéc. 5 : « (...) la portée de la décision pourrait aisément s'étendre à l'ensemble des pratiques restrictives ; si l'arrêt se prononce seulement en effet au sujet de l'article L. 442-6, I, 2° et II, d), l'argumentation déployée est en revanche parfaitement généralisable : les pratiques restrictives du code de commerce n'obéissent-elles pas pour l'essentiel aux mêmes objectifs et au même régime ? ». S. BOLLÉE, Pratiques restrictives de concurrence et lois de police, RDC n°01 du 01 mars 2021, p. 86, M. BEHAR-TOUCHAIS, L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qualifié de loi de police par la Cour de cassation, JCP E n°41, 08 oct. 2020, 1375, pp. 28-33, l'intitulé de l'article se veut limitatif mais certains développements tendent à la généralisation : spéc. p. 31 : « [...] la raison qui fonde cette solution est susceptible de s'appliquer à tous les alinéas du texte, et à tout ce qui est couvert par l'action du ministre ». H. MEUR, Affaire Expedia : la Cour de cassation entérine la qualification de lois de police de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce, Gazette du Palais n°32 du 22 sept. 2020, p. 18, procédant inversement avec un intitulé d'article généralisateur alors que dès l'introduction il est rappelé que « la chambre commerciale a retenu, pour la première fois sans ambiguïté, la qualification de lois de police de certaines pratiques restrictives visées par l'ancien article L. 442-6, I, 2 du Code de commerce ».

²⁷³² R. AMARO, Annulation d'une sentence arbitrale qui méconnaît l'application d'une loi de police française : l'article L. 420-2-1 du Code de commerce, LEDICO n°01 janv. 2022, p. 6.

première admet la qualification²⁷³³ tandis que la seconde la rejette²⁷³⁴, bientôt rejointe par la chambre commerciale internationale²⁷³⁵ 2736. Leurs solutions sont opposées mais pour y parvenir leur argumentation est inégale : certains arrêts se contentant d'affirmer, d'autres la mènent sur plusieurs fronts, et d'autres encore s'emploient à la redondance. Dans leur arrêt du 09 janvier 2019²⁷³⁷, les juges développent leur *motivation sur plusieurs registres*²⁷³⁸ ; il y en a cinq d'après les locutions adverbiales qui l'organisent. Il est toutefois possible de les rassembler. Ce que l'on a fait ci-après en indiquant le numéro correspondant à leur rang dans l'arrêt. D'abord, conformément à la *ratio legis*²⁷³⁹, les dispositions participent d'une sauvegarde de l'organisation économique de la France et de la défense catégorielle des contractants faibles (1). Ce qui justifie ensuite

²⁷³³ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 09 janv. 2019, n°18/09522, J.-D. n°2019-024911 : « *Il s'agit donc d'une loi de police qui s'impose au juge du for, même si la loi applicable est la loi allemande en vertu de la clause de l'article 29 du contrat* ».

CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 19 sept. 2018, n°16/05579, J.-D. n°Ø : « *Il est constant que les dispositions de l'article L.442-6, I, 5 du code de commerce relèvent d'une loi de police au sens du texte précité [art. 7.2 Convention de Rome] en ce qu'il s'agit de dispositions impératives dont le respect est jugé crucial pour la préservation d'une certaine égalité des armes et de loyauté entre partenaires économiques et qui sont considérées comme indispensables pour l'organisation économique et sociale* ».

CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 05 juill. 2017, n°15/19988, J.-D. n°Ø : « (...) *les dispositions de la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles prévoient qu'elles ne porteront pas atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat* ».

CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 déc. 2013, n°11/20287, J.-D. n°2013-029173 : « (...) *en application de l'article L. 442-6-I 5° du code de commerce, le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement une relation commerciale établie engage la responsabilité extra-contractuelle de son auteur ; que ces dispositions relèvent de la catégorie des lois de police et sont d'ordre public* ».

²⁷³⁴ CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 11 mars 2021, n°18/03112, J.-D. n°Ø : « *Or, les dispositions de l'article L.442-6, I, 5° du code de commerce, quand bien même elles ont, en droit interne, un caractère impératif, contribuent à un intérêt public de moralisation de la vie des affaires et sont susceptibles de participer au meilleur fonctionnement de la concurrence ; elles visent davantage à la sauvegarde des intérêts privés d'une partie, celle victime d'une rupture brutale de relations commerciales établies, en lui laissant un délai suffisant pour se reconvertir. Dès lors, ces dispositions ne peuvent être regardées comme cruciales pour la sauvegarde de l'organisation économique du pays au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit la loi applicable au contrat. La qualification de loi de police est donc écartée* ».

CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 08 oct. 2020, n°17/19893, J.-D. n°2020-018431 : « *Or les dispositions de l'article L.442-6, I, 5° du code de commerce, quand bien même elles ont, en droit interne, un caractère impératif, contribuent à un intérêt public de moralisation de la vie des affaires et sont susceptibles également de participer au meilleur fonctionnement de la concurrence, visent davantage à la sauvegarde des intérêts privés d'une partie, celle victime d'une rupture brutale de relations commerciales établies, en lui laissant un délai suffisant pour se reconvertir. Dès lors, ces dispositions ne peuvent être regardées comme cruciales pour la sauvegarde de l'organisation économique du pays au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit la loi applicable au contrat* ».

CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 28 fév. 2019, n°17/16475, J.-D. n°2019-003558 : « (...) *les dispositions de l'article L.442-6, I, 5° du code de commerce, quand bien même elles ont, en droit interne, un caractère impératif compte tenu de l'objectif de protection du partenaire commercial faible, notamment dans le cadre des pratiques de déréférencement brutal dans la grande distribution, tout en poursuivant une politique de protection du marché, n'en restent pas moins des dispositions qui sont devenues générales, dont la portée a été étendue à toutes les relations d'affaires, au-delà du champ initial ayant motivé sa création, protégeant des intérêts économiques purement privés, la jurisprudence commençant toutefois à en exclure certaines catégories de personnes* »

²⁷³⁵ CCIP-PA, 03 juin 2020, n°19/03758, J.-D. n°Ø : « (...) *si les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5 du code de commerce, qui impliquent qu'une entreprise installée en France ne cause pas de dommage en rompant brutalement une relation commerciale établie, contribuent à la moralisation de la vie des affaires et sont susceptibles également de contribuer au meilleur fonctionnement de la concurrence, elles visent davantage à la sauvegarde des intérêts privés d'une partie, de sorte de sorte qu'elles ne peuvent être regardées comme cruciales pour la sauvegarde de l'organisation économique du pays au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application* ».

La chambre commerciale internationale à la cour d'appel de Paris sera ci-après désignée à l'aide de l'acronyme : « CCIP-CA » qu'elle utilise elle-même pour se désigner : <https://www.cours-appel.justice.fr/paris/presentation-generale-ccip-ca-iccp-ca>.

²⁷³⁶ F. BUY, Rupture brutale : La chambre internationale de la Cour d'appel de Paris juge que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° C. com. ne constituent pas une loi de police (*Sodmilab / Waters*), Concurrences n°3-2020, art. n°96046, pp. 119-120.

²⁷³⁷ CA Paris, pôle 05, ch. 04, 09 janv. 2019, n°18/09522, J.-D. n°2019-024911.

²⁷³⁸ N. MATHEY, Rupture brutale : loi de police, CCC n°5 mai 2019, 87.

²⁷³⁹ V. PIRONON, La cour d'appel de Paris consolide sa jurisprudence *Expedia*, AJCA 2019, p. 189.

l'existence de la sanction civile (3) et la territorialité du droit « quasi-répressif » (5). Enfin, les juges procèdent à une double généralisation, à partir, d'une part, des pratiques restrictives de concurrence défendant l'ordre public économique (2) et, d'autre part, des règles de transparence répondant à des « *considérations d'ordre public particulièrement impérieuses* » (4). À partir de ces différents arguments, on examine ceux que la doctrine a réfutés et ceux qui peuvent encore donner lieu à discussion²⁷⁴⁰.

880. La réfutation de la généralisation partir des règles de transparence. Le Professeur Mathey critique la façon dont les juges ont mené leur raisonnement pour justifier la qualification des dispositions en loi de police : « (...) constatant que les dispositions de l'article L. 441-6 du Code de commerce, relatif aux règles de transparence, ont été considéré comme répondant à des « *considérations d'ordre public particulièrement impérieuses* » pour décider de leur application immédiate aux contrats en cours (...) la cour d'appel en déduit, d'une part, qu'il doit en être de même des dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce et, d'autre part, que cela implique qu'il s'agisse d'une loi de police. Les deux étapes du raisonnement sont très discutables mais il est surtout impossible de lier aussi directement champ d'application temporel et champ d'application territorial²⁷⁴¹ ». Les dispositions de la rupture brutale sont rapprochées de celles de la transparence car ces dernières ont été appréciées comme des « *considérations d'ordre public particulièrement impérieuses* », mais elles relèvent de chapitres différents, bien que tous deux appartiennent au titre IV, du livre IV, du Code de commerce. En outre, les dispositions de l'article L. 441-6 ont trait aux délais de paiement et aux conditions règlement, et procèdent de la formalisation des relations alors qu'on sait qu'aucune n'est requise pour les relations établies. Lors de l'adoption de la loi NRE, la Professeure Claudel faisait remarquer que « *le titre I du texte englobe des mesures assez hétérogènes, malgré leur regroupement sous la bannière de la moralisation des pratiques commerciales*²⁷⁴² ». Rien ne vient au soutien du rapprochement fait par les juges. Ils font ensuite référence à l'arrêt *Monster Cable* alors qu'il n'est pas possible de prouver que des dispositions sont des lois de police quand cette qualification y a été tenue pour indifférente²⁷⁴³. Ils ont enfin vérifié l'application des dispositions de la rupture brutale à partir d'un rattachement territorial. En l'espèce, les éléments factuels convergent vers lui mais cela ne pourra pas toujours être le cas²⁷⁴⁴. Ce dernier aspect, plus casuistique méritait aussi d'être relevé, même s'il s'agit

²⁷⁴⁰ Par contre, on ne reviendra pas sur la généralisation faite à partir des pratiques restrictives de concurrence (2) car elle a déjà été traitée, *supra*.

²⁷⁴¹ N. MATHEY, Rupture brutale : loi de police, *ibid*.

²⁷⁴² E. CLAUDEL, Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, RTD com. 2001, 663.

²⁷⁴³ Cass. 1re civ., 22 oct. 2008, n°07-15.823, Bull. civ. I, n° 233, J.-D. n°2008-045459. N. MATHEY, Rupture brutale : loi de police, *ibid*.

²⁷⁴⁴ V. PIRONON, La cour d'appel de Paris consolide sa jurisprudence *Expedia*, *ibid.*, à propos du « *rattachement cumulatif* », imaginant un exemple *a contrario* d' « *un distributeur belge (...) auquel serait confiée la distribution exclusive de produits contractuels en France, [qui] ne bénéficierait donc pas de la loi de police française* ».

désormais d'aborder l'argument faisant davantage débat, à savoir si les dispositions sont *cruciales* pour atteindre le but fixé.

881. La discussion commandant l'explicitation du caractère « crucial ». Dans sa thèse, Madame Archinard-Greil attire l'attention sur un contexte dans lequel « *les lois de police deviennent toujours plus nombreuses*²⁷⁴⁵ » et propose « *une méthode d'identification des vraies lois de police*²⁷⁴⁶ ». Pour d'abord identifier les *fausses*, une définition fonctionnelle des lois de police a été fournie : ce sont celles « *dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays*²⁷⁴⁷ ». Elles sont ainsi « *relativement bien identifiées concernant leurs caractéristiques fonctionnelles*²⁷⁴⁸ », mais cela dissimulerait une insuffisance conceptuelle. Elles intéressent l'organisation étatique, entendue comme « *l'organisation de la société dont l'État a la charge* », par opposition à structure²⁷⁴⁹. Dès lors qu'un intérêt étatique est mis en cause, les lois de police sont promptes à surgir. Mais un tel critère est « *particulièrement élastique*²⁷⁵⁰ ». « *Il semble pouvoir faire l'objet d'une interprétation plus ou moins large, et susceptible, en définitive, de recouvrir toutes les lois ; un législateur n'adoptant que des lois nécessaires à l'organisation de la société*²⁷⁵¹ ». Parmi elles, certaines ressortent de l'ordre public de protection. Le législateur est intervenu pour rétablir, en notre matière davantage pour instaurer²⁷⁵², un équilibre²⁷⁵³. L'intention est louable encore faut-il se prémunir de la généralisation du procédé, qui a conduit à rendre plus nombreuses les nouvelles lois de police protectrices par rapport aux lois de police originelles²⁷⁵⁴. Leur accroissement rend leur ensemble hétérogène²⁷⁵⁵, et fonde plusieurs craintes. En imposant une loi protectrice, l'État se rend aveugle car il ne prend pas en compte la teneur de la loi étrangère qui aurait été applicable²⁷⁵⁶. Cet état est comparable à un repli, en l'absence de comparaison du contenu des lois en présence²⁷⁵⁷. Par ailleurs, est-ce qu'une politique étatique économique et sociale se réalise par des lois de l'ordre de

²⁷⁴⁵ B. ARCHINARD-GREIL, *Lois de police et conflits de juridictions*. (Essai sur la coordination des systèmes à l'aide de la notion d'ordre juridique prépondérant, th., Univ. Jean Moulin Lyon III, 2017, spéc. 290,

²⁷⁴⁶ B. ARCHINARD-GREIL, *ibid.*, spéc. 334 et s.

²⁷⁴⁷ C. LATIL, *Lois de police*, JCI Droit international, fasc. 552-100, maj 25 août 2021, spéc. 3, *in fine*, citant Francescakis.

²⁷⁴⁸ B. ARCHINARD-GREIL, *ibid.*, spéc. 313.

²⁷⁴⁹ *Ibid.*

²⁷⁵⁰ *Ibid.*

²⁷⁵¹ *Ibid.*

²⁷⁵² *Supra.*

²⁷⁵³ B. ARCHINARD-GREIL, *ibid.*, spéc. 314 : « *L'ordre public de protection apparaît ainsi comme un mécanisme permettant de fixer une limite minimale de protection en faveur de la partie faible, qui ne peut être supprimée ou réduite par l'effet de l'autonomie de la volonté mais seulement accrue par le choix d'une loi plus protectrice. Il apparaît, dès lors, comme un ordre public relatif, en ce sens qu'il ne définit pas nécessairement une solution fixe et préétablie mais un plancher de référence* ».

²⁷⁵⁴ *Ibid.*, spéc. 315.

²⁷⁵⁵ *Ibid.*, spéc. 318.

²⁷⁵⁶ *Ibid.*, spéc. 319.

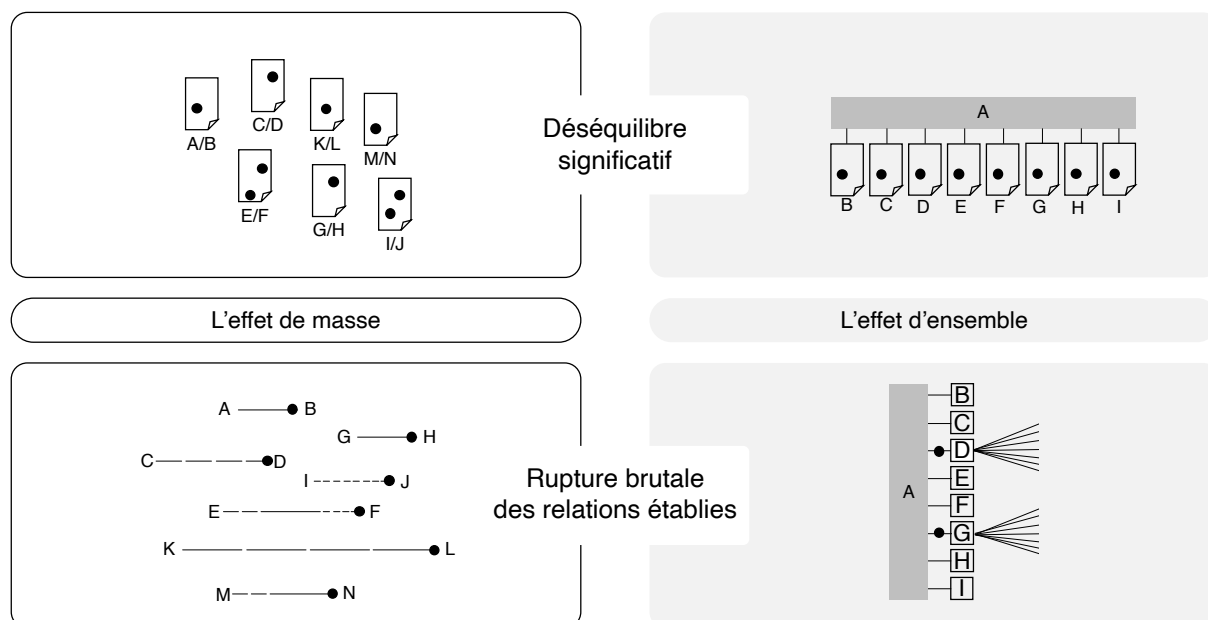
²⁷⁵⁷ *Ibid.*, spéc. 320, le complément de propos apporte une nuance car « *les lois de police expriment en principe la seule solution qu'un ordre juridique puisse admettre concernant une question précise, et aucune variabilité de leur champ d'application n'est envisageable. Or, leur for d'origine semble pouvoir ici s'accommoder de l'application d'une loi étrangère allant dans le même sens, mais proposant une protection éventuellement « renforcée »* ».

protection ? Cela revient à se demander si la protection d'intérêts particuliers participe *in fine* à la protection du plus grand nombre, entendu alors comme étant l'intérêt général. C'est la question qui nous occupe particulièrement à propos de la qualification des dispositions de la rupture brutale en loi de police : édictées pour lutter contre des déséquilibres constatés dans des relations entre entreprises d'un secteur particulier, la qualification paraît légitime. Elle l'est cependant beaucoup moins quand l'application massive des dispositions emporte des conséquences néfastes. Pour alors poursuivre, on propose d'identifier un *effet d'ensemble* pouvant justifier que les pratiques restrictives de concurrence soient considérées comme des lois de protection. Mais il faudra le distinguer d'un effet de masse qui, inversement, annihile cette qualification.

882. L'identification d'un effet d'ensemble. Reconnu comme loi de police, le déséquilibre significatif s'inscrit dans la défense de l'ordre public alors que la rupture brutale se limiterait à la sauvegarde d'intérêts privés. L'opposition se discute. Le premier se réalise dans le contrat et ses clauses. En reprenant le cas des plateformes hôtelières : elles visent à attirer les consommateurs, cherchant à leur offrir des conditions sinon équivalentes, voire avantageuses, par rapport à celles que les hôteliers pourraient leur proposer. Des clauses idoines sont alors stipulées et les contrats dupliqués tels quels. Un effet d'ensemble se crée à partir de la possibilité de la plateforme de proposer un même contrat au plus grand nombre. Il trouvera effet en raison, en autres, du caractère atomisé du marché sur lequel se trouvent les potentiels cocontractants. Lorsque le contrat est déséquilibré, l'effet porte atteinte aux intérêts de tous ceux qui ont contracté. Il y a là plusieurs intérêts à défendre : non seulement la somme des intérêts particuliers (de chaque hôtelier potentiellement atteint), mais aussi un intérêt plus global, intéressant le fonctionnement de cette branche d'activité, dont d'autres dépendent aussi. On pourrait concevoir qu'il en soit de même en cas de rupture brutale. Lorsqu'une centrale d'achat déréférence un groupement de producteurs, les effets se répercutent sur tous les membres dudit groupement. Ils seraient empêchés d'écouler une partie (voire la plus grande partie) de leur production. L'une et l'autre des pratiques peuvent ainsi inclure, ce que l'on a désigné comme, un effet d'ensemble. Il se crée à partir de plusieurs unités rassemblées : les contrats, et leur duplication à l'identique, en cas de déséquilibre significatif, des relations, et leur ramification en d'autres relations, en cas de rupture brutale.

883. L'effet d'ensemble différent de l'effet de masse. Il a été observé que les déréférences brutales ont été relativement peu nombreuses dans les contentieux de rupture brutale en comparaison avec les innombrables actions intentées par d'autres entreprises, de d'autres secteurs d'activité. La massification du contentieux a été remarquée. Mais elle est ainsi seulement la juxtaposition d'intérêts particuliers. Et l'intérêt général n'est pas la somme des intérêts particuliers. Même nombreux, les intérêts à défendre ne se confondront pas avec l'intérêt général. Il n'y a pas de somme à atteindre, par laquelle les premiers accèderaient au second. La

massification du contenu de la rupture brutale donne l'illusion d'un effet d'ensemble alors qu'il n'est qu'un effet de masse. Pour distinguer l'un de l'autre, on propose de les représenter comme suit :



On explique nos représentations à partir de nos précédents développements.

Relativement à ***l'effet d'ensemble*** : « A » est une plateforme dans le cas du déséquilibre significatif et une centrale dans le cas de la rupture brutale des relations établies. La duplication des contrats est représentée par des figures identiques, dans lesquelles les clauses qui sont à l'origine du déséquilibre apparaissent représentés par un point. Quant à la rupture brutale, la centrale noue différentes relations avec des fournisseurs, dont certains, en l'occurrence « D » et « G » sont des regroupements de producteurs, donnant lieu à une ramification de relations entre ce regroupement et chacun des producteurs qui le compose. Le dérèglement est représenté par un point, qui tel qu'il est placé empêche les producteurs du groupement d'écouler leur production vers la centrale.

Relativement à ***l'effet de masse***, il ne s'agit plus de considérer une relation entre une centrale et ses fournisseurs ou, entre une plateforme et ses cocontractants, mais d'envisager une multiplicité de contrats et de relations. Les rapports sont strictement bilatéraux. On note que les déséquilibres significatifs trouvent à être caractérisés différemment en fonction des contrats desquels ils sont issus. De la même façon, les relations rompues sont diverses, pouvant indifféremment consister dans l'exécution d'un contrat à durée indéterminée, dans la succession de contrats à durées déterminées ou dans des commandes les unes à la suite des autres. Chacun de ces cas pourra

donner lieu à litige, sans que le passage de la protection des intérêts particuliers ne se fasse en faveur d'un intérêt général.

884. Conséquences. L'effet d'ensemble serait atteint lorsqu'une entreprise est en position d'en tenir d'autres sous sa coupe, mais pas seulement en raison de son comportement, en raison aussi des structures de marché sur lesquels l'une et les autres sont présentes. L'attention ne doit pas uniquement être dirigée, en aval, sur les comportements répréhensibles, mais elle ne doit pas non plus intéressée seulement, en amont cette fois, le marché sur lequel cette entreprise est implantée. La structure du marché sur lequel se trouvent les entreprises avec lesquelles elle traite renseigne aussi sur la possibilité de se trouver en présence d'un effet d'ensemble. C'est de la combinaison de l'aval et de l'amont que cet effet pourra être recherché. Pour ce qui est de la rupture brutale, à commencer par l'amont : les grands distributeurs sont peu nombreux, et leurs mouvements de concentration les rendent encore moins nombreux, tandis que les fournisseurs, soit se partagent, pour la plupart, de très faibles parts de marché, soit doivent être considérés comme de grands groupes industriels, avec des parts de marché beaucoup plus importantes. En dehors de ce secteur, l'examen du marché de l'auteur pourra autrement révéler des conditions concurrentielles. En aval, les pratiques des uns et des autres devront être examinées. Mais sans l'influence exercée par la structure du marché amont, les pratiques, mêmes répréhensibles, auront un effet restreint au rapport entre l'auteur et l'entreprise évincée. Il y aurait comme un effet de dilution, qui menace la qualification des dispositions en loi de police. Un autre moyen de déterminer si elles peuvent en être est de se référer à la « méthode d'identification des vraies lois de police », telle qu'elle a été proposée par Madame Archinard-Greil, dans sa thèse.

885. La méthode d'identification des vraies lois de police. « *Dans l'ensemble disparate que constituent aujourd'hui les dispositions étatiques qualifiées de lois de police, l'identification des vraies lois de police semble pouvoir reposer sur une analyse de l'objectif qu'elles poursuivent*²⁷⁵⁸ ». Elle repose sur la mise en cause d'intérêts étatiques *stricto sensu* et l'implication directe d'intérêts étatiques²⁷⁵⁹. Cette dernière nécessite de rechercher si l'objectif poursuivi l'est « *sinon à titre exclusif, du moins à titre principal et prépondérant*²⁷⁶⁰ » par la norme. Une hiérarchisation s'impose car les « *lois de police auraient pour fonction d'assurer cette organisation sociale et non pas simplement comme conséquence de conduire à cette organisation*²⁷⁶¹ ». Or les dispositions de la rupture brutale ont été prises à l'origine pour lutter contre les déréférencements brutaux et, en tant que pratique restrictive de concurrence, il était alors concevable qu'elles participent à un objectif

²⁷⁵⁸ B. ARCHINARD-GREIL, *ibid.*, spéc. 334.

²⁷⁵⁹ *Ibid.*, spéc. 334 et s.

²⁷⁶⁰ *Ibid.*, spéc. 341.

²⁷⁶¹ *Ibid.*

plus global de moralisation des relations entre entreprises. Mais l'ordre dans lequel ces objectifs sont distribués va à l'encontre de celui imposé pour reconnaître l'implication directe d'intérêts étatiques. Quant à la mise en cause d'intérêts étatiques *stricto sensu*, elle concerne la « conception macroéconomique des intérêts mis en cause²⁷⁶² ». Ayant dénié le passage d'une dimension à l'autre, on peut en conclure qu'il n'est pas possible d'identifier les dispositions étudiées comme une loi de police, même en faisant appel à des **indices complémentaires**. Parmi ceux proposés, on en a choisi deux, qui font aussi échec à la qualification recherchée²⁷⁶³. **Les vraies lois de police se trouveraient hors du champ contractuel²⁷⁶⁴**. La distinction proposée oppose « les lois de police contractuelles, qui relèveraient (...) nécessairement du droit privé et qui seraient les règles qui ont pour objet d'imposer un certain contenu au rapport contractuel » et « les règles de conduite, relevant en général du droit public, qui viseraient à réglementer un comportement susceptible d'être d'origine contractuelle²⁷⁶⁵ ». Il y aurait là un point d'entrée permettant de concevoir que légiférer en matière de relations commerciales c'est prescrire des règles de conduite, en tenant le contrat à distance, mais on l'a déjà refermée compte tenu des liens inévitables que la relation entretient avec le contrat dans le domaine des affaires²⁷⁶⁶. **Les vraies lois de police contiendraient un facteur de localisation strictement territorial en dehors duquel elles devraient le plus souvent en principe refuser de s'appliquer²⁷⁶⁷**. Non seulement les dispositions étudiées ne contiennent aucune délimitation spatiale mais on a précédemment pu observer qu'elles ont aussi été appliquées en dehors du territoire national²⁷⁶⁸.

886. L'absence de protection du consommateur. Le raisonnement par lequel il serait cherché à montrer que l'intérêt général peut être atteint en protégeant tous les intérêts particuliers devrait être abandonné. L'une des dérives d'application des dispositions de la rupture brutale a été celle du surcoût supporté par le consommateur. C'est en se plaçant de son point de vue²⁷⁶⁹ que la qualification recherchée peut être définitivement rejetée : « la protection du consommateur fait partie aujourd'hui de la sauvegarde de l'organisation sociale de l'État ». Dès lors que des dispositions mises en œuvre massivement l'atteignent, on voit mal comment on pourrait défendre leur caractérisation en loi de police. La rupture brutale appartient désormais à un « contentieux

²⁷⁶² *Ibid.*, spéc. 337.

²⁷⁶³ Les autres n'y mènent pas davantage. En ce qui concerne la formulation des dispositions, l'accent est mis sur la détection des destinataires de la norme, or les dispositions sont muettes sur ce point (*supra*, l'indétermination des victimes des ruptures brutales).

²⁷⁶⁴ *Ibid.*, spéc. 345.

²⁷⁶⁵ *Ibid.*

²⁷⁶⁶ *Supra*.

²⁷⁶⁷ B. ARCHINARD-GREIL, *ibid.*, spéc. 346.

²⁷⁶⁸ *Supra*.

²⁷⁶⁹ B. ARCHINARD-GREIL, *ibid.*, spéc. 325.

*commercial*²⁷⁷⁰ ». Par conséquent, l'imbrication des objectifs d'ordre micro et macroéconomiques²⁷⁷¹ pour justifier être une loi de protection est artificielle. On poursuit dans cette voie en tentant de montrer que l'absence de qualification serait aussi possible en tenant compte de la nature répressive de l'action du ministre, qui l'exclurait de la matière civile et commerciale des instruments européens.

2. L'absence de qualification par l'action du ministre de nature répressive

887. L'exclusion de l'action du ministre de la matière civile et commerciale. L'action du ministre « *n'entrerait pas dans le périmètre du droit international privé : que ce soit au niveau du conflit de lois ou du conflit de juridictions*²⁷⁷² ». Les instruments européens dédiés s'appliquent à la matière civile et commerciale, à l'exclusion de la matière administrative, et des cas où la personne publique agit dans le cadre d'une de ses prérogatives de puissance publique²⁷⁷³ ²⁷⁷⁴. La CJUE étouffe les frontières de la matière administrative avec un arrêt intéressant l'action d'autorités belges, à l'encontre d'entreprises néerlandaises²⁷⁷⁵, se livrant à une pratique commerciale déloyale vis-à-vis de consommateurs²⁷⁷⁶.

²⁷⁷⁰ F. BUY, J.-C. RODA, Quand l'abus de position dominante croise la rupture brutale, D. 2016, p. 973 : « (...) *le droit des ruptures brutales ne tire crédit, ni de son affiliation au droit des « pratiques restrictives de concurrence », ni de sa localisation au sein du livre IV du code de commerce : bouté hors du champ du « droit de la concurrence », il n'appartient donc, pour reprendre la formule de l'Autorité de la concurrence, qu'au « contentieux commercial »* ». La décision de l'Autorité à laquelle les auteurs empruntent l'expression est la suivante : décision n°13-D-07 du 28 février 2013 relative à une saisine de la société E-kanopi, pt 72 : « *Comme il est relevé dans la décision n° 12-D-11 de l'Autorité de la concurrence, en date du 6 avril 2012 [pt 91], la rupture avant le terme contractuellement défini d'une relation commerciale exclusive relève du contentieux commercial et peut éventuellement donner lieu à réparation sur ce terrain. Mais, en ce qui concerne le droit de la concurrence, celui-ci ne trouve à s'appliquer que si la rupture brutale de la relation commerciale a un objet ou des effets anticoncurrentiels, qu'ils soient avérés ou potentiels* ».

²⁷⁷¹ B. ARCHINARD-GREIL, *ibid*, spéc. 324.

²⁷⁷² S. BOLLÉE, *ibid*.

²⁷⁷³ Aucune exclusion expresse de la matière administrative ne figure dans les dispositions dédiées au champ d'application de la Convention de Bruxelles. Elle est ajoutée dans le Règlement Bruxelles I, en ces termes : « *Il [le présent règlement] ne recouvre notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives* ». Ce même article est étoffé lors de sa refonte par le Règlement Bruxelles I bis : « *Il ne s'applique notamment ni aux matières fiscales, douanières ou administratives, ni à la responsabilité de l'État pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique (acte jure imperii)* ».

²⁷⁷⁴ Aucune exclusion expresse de la matière administrative ne figure dans les dispositions dédiées au champ d'application de la Convention de Rome. Elle est ajoutée dans le Règlement Rome I, dans des termes similaires à ceux utilisés dans le cadre du Règlement Bruxelles I, « *Il ne s'applique pas, notamment, aux matières fiscales, douanières et administratives* ». Quant au Règlement Rome II, son article premier dispose qu'« *il ne s'applique pas, en particulier, aux matières fiscales, douanières et administratives, ni à la responsabilité encourue par l'État pour les actes et omissions commis dans l'exercice de la puissance publique (acte jure imperii)* » ; compte tenu de la chronologie des textes, c'est cette dernière formulation qui a été reprise, et modifiée à la marge, dans le Règlement Bruxelles I bis.

²⁷⁷⁵ CJUE, 16 juill. 2020, aff. C-73/19, Movic, J.-D. n°2020-012504.

²⁷⁷⁶ Le litige oppose plusieurs autorités belges à une entreprise néerlandaise se livrant à la revente de billets d'événements, de manière habituelle, pratique proscrite par la loi du 30 juillet 2013 relative à la revente de titres d'accès à des événements, entrée en vigueur le 01 oct. 2013, <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2013/07/30/2013011413/justel>, consulté le lun. 26 avr. 2021. P. CAMPOLINI, Revente de titres d'accès à des événements, in Chronique de législation en droit privé (1^{er} juill. – 31 déc. 2013, première partie), Journal des tribunaux, 28 juin 2014, n° 25, n°6569, 73, p. 496 : « *La loi du 30 juillet 2013 relative à la revente de titres d'accès à des événements vise à lutter contre la pratique consistant à acheter des tickets pour des événements culturels et sportifs dans le seul but de créer artificiellement une pénurie et de les revendre ensuite à des prix plus élevés.* ».

888. La méthode de la CJUE. Les entreprises néerlandaises poursuivies par les autorités belges soulèvent une exception d'incompétence des juridictions belges. Elles auraient agi « *dans l'exercice de puissance publique, de sorte que leurs actions ne relevaient pas du champ d'application du règlement n°1215/2012*²⁷⁷⁷ ». La question préjudicielle porte sur l'interprétation de la *matière civile et commerciale* du Règlement Bruxelles I bis. La CJUE y rappelle l'inclusion des litiges opposant une autorité publique à des personnes de droit privé, mais les exclut lorsque l'autorité publique agit dans l'exercice de la puissance publique²⁷⁷⁸. Les juges livrent leur méthode, comportant deux volets, devant être mis en œuvre alternativement²⁷⁷⁹. Dans le premier, il faut identifier le rapport juridique existant entre les parties et l'objet de celui-ci, dans le second, examiner le fondement et les modalités d'exercice de l'action intentée²⁷⁸⁰. En l'espèce, les juges appliquent le second. D'une part, la loi belge s'inscrit dans la lutte contre les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs²⁷⁸¹. Les actions visant à faire cesser ces pratiques commerciales déloyales relève de la matière civile et commerciale²⁷⁸². D'autre part, les actions intentées ont été introduites par des autorités belges veillant, notamment, à la protection des consommateurs²⁷⁸³. Ont-elles alors manifesté une prérogative de puissance publique ?

889. L'absence de manifestation d'une prérogative de puissance publique. D'après la CJUE, il n'y a aucune automaticité à considérer qu'une autorité agit dans l'exercice de la puissance publique dès lors que c'est de la loi qu'elle tire sa compétence ou son pouvoir d'agir²⁷⁸⁴. En l'espèce, les juges observent que l'action en cessation peut indifféremment être exercée par des personnes privées ou par certaines autorités belges²⁷⁸⁵. En outre, et en l'absence de l'exercice de

²⁷⁷⁷ CJUE, 16 juill. 2020, aff. C-73/19, *ibid.*, pt. 19.

²⁷⁷⁸ *Ibid.*, pts. 35 et 36.

²⁷⁷⁹ *Ibid.*, pt. 37, la rédaction est insistante : en plus de la conjonction de coordination « ou », est ajouté l'adverbe « alternativement ».

²⁷⁸⁰ *Ibid.*, pt. 37.

²⁷⁸¹ Prévues par un ensemble de directives : directive 93/13/CEE du Conseil du 05 avr. 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE du 21 avr. 1993, n° L 95/29. Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n°2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), JOUE du 11 juin 2005, L 149/22. Directive 2009/22 du Parlement européen et du Conseil du 23 avr. 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, JOUE du 1^{er} mai 2009, L 110/30.

²⁷⁸² CJUE, 16 juill. 2020, aff. C-73/19, *ibid.*, pt. 42.

²⁷⁸³ *Ibid.*, pt. 44.

²⁷⁸⁴ *Ibid.*, pt. 47 : « [...] la Cour a déjà dit pour droit que la circonstance qu'une compétence ou un pouvoir ont été conférés par une loi n'est pas déterminante en soi pour conclure qu'une autorité étatique a agi dans l'exercice de la puissance publique [voir, par analogie, s'agissant de la notion de « matière civile et commerciale », au sens du règlement (CE) n°1393/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 13 novembre 2007, relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires ou extra-judiciaires en matière civile ou commerciale, et abrogeant le règlement (CE) n°1348/2000 du Conseil (JO 2007, L 324, p. 79), arrêt du 11 juin 2015, *Fahnenbrock e.a.*, C-226/13, C-245/13 et C-247/13, EU:C:2015:383, point 56]. ».

²⁷⁸⁵ *Ibid.*, pt. 48. Les juges précisent au point 10, en renvoyant à l'art. 14 de la loi belge du 30 juillet 2013, que : « Le président du [tribunal de l'entreprise] constate l'existence d'un acte constituant une infraction à l'article 5 de cette loi et ordonne sa cessation. Cette disposition prévoit qu'une action en cessation d'un tel acte est formée à la demande [1°] du ministre qui a l'Économie dans ses attributions, ou [2°] du directeur général de la direction générale du contrôle et de la médiation du service public fédéral de l'économie, des P.M.E, des classes moyennes et de l'énergie ou [3°] des intéressés ».

pouvoir exorbitant exercé par les autorités nationales, à propos de leur intérêt à agir²⁷⁸⁶, ou en considération d'éléments de preuve²⁷⁸⁷ qui auraient ainsi pu être obtenus, pour les juges, l'action menée relève de la matière civile et commerciale²⁷⁸⁸.

890. Portée. La solution de la CJUE intéresse les pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs et intéressera celles des relations interentreprises dans le secteur de l'approvisionnement agricole et alimentaire de la directive 2019/633²⁷⁸⁹. Avant de l'envisager, la pérennité de la solution interroge depuis la modification de la loi belge relative à la revente de titres d'accès à des événements et l'insertion de poursuites pénales²⁷⁹⁰. La voie répressive envisagée serait exclue du champ d'application du règlement Bruxelles I bis, non pas parce qu'elle relève des juridictions pénales, mais en ce qu'elle relève de la matière pénale²⁷⁹¹. Ce changement peut être appréhendé parallèlement aux dispositions étudiées, contenant une voie répressive réservée au ministre.

891. Le pouvoir répressif d'une autorité. L'action du ministre coïncide avec la poursuite d'une autorité administrative, « à des fins de répression²⁷⁹² (si une amende civile est demandée), et à des fins de régulation en tout état de cause (si le ministre demande le reste)²⁷⁹³ ». Une distinction devrait être opérée entre les différents pouvoirs du ministre. Lorsqu'il demande le prononcé d'une amende, il emprunte la voie répressive. Il exerce un pouvoir exorbitant, dans la mesure où il lui est réservé (les parties ne pouvant pas demander le prononcé d'une amende). En ce cas, respectant la solution de la CJUE du 16 juillet 2020, l'action du ministre ne relèverait pas de la matière civile et commerciale. Cela se vérifie également quant aux modalités d'exercice de l'action.

²⁷⁸⁶ *Ibid.*, pt. 54, la CJUE conçoit la solution inverse : « [...] les conditions posées pour que les autorités belges aient intérêt à agir ne semblent pas, sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, constituer l'exercice de prérogatives de puissance publique », souligné par nous.

²⁷⁸⁷ *Ibid.*, pt. 59, de la même façon, la CJUE formule une réserve à propos des éléments de preuve.

²⁷⁸⁸ *Ibid.*, pt. 60.

²⁷⁸⁹ C. NOURISSAT, Action en cessation de pratiques commerciales déloyales introduite par une autorité publique, Procédures n°10, oct. 2020, pp. 20-21, spéc. p. 21, *in fine*.

²⁷⁹⁰ Insertion d'un article 8/1 par la loi du 29 septembre 2020 modifiant le Code de droit économique et d'autres lois en vue de renforcer les compétences de recherche et d'application conformément au règlement (UE) 2017/2394 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 sur la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs et abrogeant le règlement (CE) n°2006/2004 et en exécution de celui-ci, entrée en vigueur : 30 nov. 2020, art. 101,

http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=2020092905, consulté le lun. 26 avr. 2021.

²⁷⁹¹ M. LAZOUZI, Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale – Champ d'application, JCI Droit international, fasc. 584-120, maj : 04 fév. 2017, 24. Indifférence de la nature des juridictions.

²⁷⁹² A propos du caractère répressif reconnu à l'amende civile en la matière : Cons. const., 13 janv. 2011, n°2010-85 QPC, Sté Ets Darty et fils, M. BEHAR-TOUCHAIS, a) L'amende civile prévue à l'article L. 442-6, III du Code de commerce est bien répressive, RDC n°02 du 01 avr. 2011, p. 536 et M. BEHAR-TOUCHAIS, b) L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce n'est pas contraire au principe de la légalité des délits et des peines, RDC n°02 du 01 avr. 2011, p. 538.

²⁷⁹³ M. BEHAR-TOUCHAIS, Et si l'action du ministre fondée sur l'article L. 442-6, III, du Code de commerce n'était ni contractuelle, ni délictuelle au sens des règlements Bruxelles I, Rome I et Rome II ? , RDC n°04 du 01 déc. 2015, n°112s4, p. 889.

892. La référence subsidiaire²⁷⁹⁴ aux modalités d'exercice de l'action. Lorsque l'acte en cause révèle une manifestation de la puissance publique, comme c'est le cas pour le ministre demandant le prononcé d'une amende, la procédure mise en œuvre selon le droit national est indifférente²⁷⁹⁵. Des différences d'ordre procédural s'infèrent pourtant du côté du ministre qui est, en autres, dispensé du ministère d'avocat²⁷⁹⁶ et il ne pèse sur lui aucune obligation de mise en demeure préalable²⁷⁹⁷.

893. Nouvelle question préjudicielle. L'action du ministre serait exclue du champ d'application du Règlement Bruxelles I bis. La CJUE pourrait livrer sa position en cas de nouvelle question préjudicielle, telle celle posée par la centrale d'achat commune aux distributeurs Leclerc et Rewe²⁷⁹⁸. Elle a été publiée au Journal Officiel de l'Union Européenne le 16 mai 2022. Elle est formulée en ces termes : « *La matière « civile et commerciale » définie à l'article 1^{er}, paragraphe 1 du règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale doit-elle être interprétée comme intégrant dans son champ d'application l'action – et la décision judiciaire rendue à son issue – (i) intentée par le Ministre français de l'Économie et des Finances sur le fondement de l'article L 442-6, I, 2° (ancien) du Code de commerce français à l'encontre d'une société belge, (ii) visant à faire constater et cesser des pratiques restrictives de concurrence et à voir condamner l'auteur allégué de ces pratiques à une amende civile (iii) sur la base d'éléments de preuve obtenus au moyen de ses pouvoirs d'enquête spécifique ?* ». On relève que l'ancien article visé se rapporte à la pratique restrictive de concurrence du déséquilibre significatif. Malgré cela, dans l'hypothèse où les juges européens excluent le litige du champ d'application du règlement, la solution pourrait être étendue aux autres pratiques restrictives de concurrence, dont la rupture brutale des relations établies.

²⁷⁹⁴ M. LAAZOUZI, *ibid.*, 33. Exercice de la puissance publique.

²⁷⁹⁵ *Ibid.*, s'appuyant sur deux arrêts de la CJCE : 15 fév. 2007, aff. C-292/05, Lechouritou, J.-D. n°2007-007124, pt. 41 : « [...] la Cour a déjà jugé que le fait que le demandeur agit sur la base d'une prétention qui a sa source dans un acte de puissance publique suffit pour que son action soit considérée, quelle que soit la nature de la procédure que lui ouvre à ces fins le droit national, comme exclue du champ d'application de la convention de Bruxelles [...] » ; 16 déc. 1980, n°814/79, J.-D. n°1980-300002, pt 15.

²⁷⁹⁶ Art. R. 442-1 C. Com. : « Lorsque le ministre chargé de l'économie ou le président de l'autorité de la concurrence exerce l'action prévue par l'article L. 442-4 et les voies recours y afférentes, il est dispensé de représentation par un avocat », modifié par le D. n°2021-211 du 24 fév. 2021 modifiant le code de commerce et portant mise en cohérence de dispositions réglementaires, JORF n°0049 du 26 fév. 2021, texte n°13. Le Lamy Droit Économique, maj sept. 2022, n°3333 (Le ministère d'avocat). Telle que prévue à l'origine, la dispense avait été refusée par la Cour de cassation (Cass. Com., 17 juill. 2001, n°99-19.309, Bull. civ. IV, n°145, J.-D. n°2001-010697) avant que le législateur entérine la conception originelle (décret d'application de la Loi NRE, D. n°2002-689 du 30 avr. 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, JORF n°103 du 03 mai 2002, texte n°2, art. 48).

²⁷⁹⁷ Le Lamy Droit Économique, maj nov. 2022, n°3309 (Pas d'obligation de mise en demeure préalable par le ministre de l'Économie).

²⁷⁹⁸ CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 02 fév. 2022, n°21/09001, J.-D. n°2022-001897. D. MAINGUY, « Optimisation concurrentielle » et délocalisation, in D. MAINGUY, M. DEPINCÉ, L. MOLINA, Droit de la distribution, JCP n°26, 30 juin 2022, 1234, spéc. 7.

894. Propositions. Pour s'assurer de l'applicabilité de la loi française en matière de pratiques restrictives de concurrence, la doctrine jette des ponts vers une autorité administrative indépendante et la matière pénale²⁷⁹⁹. En premier lieu, la distinction entre le *public enforcement* et le *private enforcement* connue en matière de pratiques anticoncurrentielles serait de la même façon appliquée pour les pratiques restrictives de concurrence²⁸⁰⁰. En second lieu, faire des pratiques restrictives de concurrence des règles de droit public conduirait à la compétence systématique du juge français pour en connaître et les sanctionner. Ni l'une ni l'autre de ses éventualités ne nous semblent satisfaisantes pour soutenir l'essor économique. Policer les rapports marque le retour à un certain dirigisme économique. Si les décideurs se targuent de l'avoir quitté, ils ne leurent pas les commentateurs avisés, pour qui « *le titre IV apparaît comme un îlot de dirigisme au milieu d'un ordre libéral*²⁸⁰¹ ». Quant à la pénalisation de la matière, elle précipiterait inéluctablement la fuite amorcée des opérateurs hors des frontières nationales.

B. Les pratiques commerciales déloyales européennes comme dispositions impératives dérogatoires

895. Prolongements indirects. La rupture brutale est l'une des pratiques restrictives de concurrence, figures du titre IV, présenté par Le Professeur Picod comme « *un chantier permanent au sein duquel la dernière pierre ne sera jamais posée...*²⁸⁰² ». Les modifications survenues après cette prise de position, et celles encore à venir, lui donnent raison. Sous l'impulsion communautaire, l'article L. 442-1 du Code de commerce a été complété. La rupture brutale n'est pas directement concernée, mais elle trouve pourtant des prolongements indirects : certains dans leur contexte d'origine, d'autres dans leur nouvelle expression numérique. Si les dispositions prises pour les premiers sont constitutives de loi de police (1), rien ne permet encore de l'affirmer à propos des seconds (2).

²⁷⁹⁹ D. BUREAU, L'action du ministre chargé de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence : l'impérativité réactivité ? Rev. Crit. DIP, 2020/4 n°4, pp. 839-853, spéc. p. 853, nbp n°79.

²⁸⁰⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS, Et si l'action du ministre fondée sur l'article L. 442-6, III, du Code de commerce n'était ni contractuelle, ni délictuelle au sens des règlements Bruxelles I, Rome I et Rome II ? , RDC n°04 du 01 déc. 2015, n°112s4, p. 889.

²⁸⁰¹ J.-B. BLAISE, Un dernier bastion ? A propos de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME, septembre 2005, Concurrences n°3-2005, art. 1220, p. 1.

²⁸⁰² Y. PICOD, Le nouveau droit des pratiques abusives de l'article L. 442-1 du code de commerces, AJCA n°05 du 27 mai 2019, p. 201, *in fine*.

1. Des prolongements de la rupture brutale comme dispositions impératives dérogatoires

896. Les pratiques dérivées de la rupture brutale dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire. Au terme de notre étude, après avoir identifié en quoi les différentes ruptures brutales pouvaient consister, et en avoir livré diverses illustrations jurisprudentielles, on peut en reconnaître d'autres au sein de la directive 2019/633²⁸⁰³, dite « *approvisionnement alimentaire*²⁸⁰⁴ » selon la Professeure Idot, « *PCD interentreprises*²⁸⁰⁵ », selon le Professeur Nourissat. Elles viennent s'ajouter à celle ayant été rapprochée des annulations à brève échéance. La rupture brutale replacée dans son contexte d'origine retrouve une impérativité renforcée, d'autant plus justifiée qu'elle est limitée. Le Gouvernement a été habilité²⁸⁰⁶ pour transposer cette directive avant le 6 juin 2021²⁸⁰⁷, afin de veiller à l'entrée en vigueur des mesures au 1^{er} novembre 2021²⁸⁰⁸. On a recensé plusieurs prolongements de la rupture brutale. On les a désignés de façon à faire référence à la rupture brutale et en indiquant leur fondement dans ladite directive.

897. Des annulations brutales, art. 3, 1 b)²⁸⁰⁹. Les annulations à brève échéance de commandes de produits périssables constituent une pratique commerciale considérée comme déloyale par nature. À ce titre, elles ne devraient pas relever de la liberté contractuelle des parties (considérant 16). En conséquence, la directive ampute les entreprises d'une partie de leur liberté contractuelle car elles ne peuvent plus déterminer l'entièreté du contenu de leur contrat. Elles doivent prévoir les modalités d'annulations de commande en considération de cette nouvelle interdiction. La directive le justifie en indiquant que de telles annulations « *ont une incidence négative sur la viabilité économique du fournisseur, sans qu'il y ait compensation* » (considérant 17). Elle se traduit concrètement par l'impossibilité pour lui de trouver d'autres débouchés pour ces produits (considérant 20). Pour empêcher que cela se produise, la directive impose un délai, en deçà duquel les annulations seront considérées comme « *à brève échéance* », donc déloyales, et donc interdites. Ce délai est de trente jours. Pour que l'interdiction soit effective, la directive fournit

²⁸⁰³ Directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, JOUE du 25 avr. 2019, L 111/59.

²⁸⁰⁴ L. IDOT, Concurrence – L'application du principe ne bis in idem au droit de la régulation économique. À propos des arrêts de la Cour de justice bpost et Norzucker du 22 mars 2022, Europe n°6, juin 2022, ét. 5, spéc. 14.

²⁸⁰⁵ C. NOURISSAT, L'application dans l'espace de la directive « PCD inter-entreprises » : Quelle(s) influence(s) pour les PCD du droit commun français, nov. 2021, Concurrences n°4-2021, art. n°102869, spéc. 3.

²⁸⁰⁶ L. n°2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, JORF n°0293 du 04 déc. 2020, texte n°2, dite « Loi DDADUE », art. 9, I.

²⁸⁰⁷ Adaptation au droit de l'UE en matière économique et financière, BRDA 1/21, pp. 32-41, spéc. pp. 34-35.

²⁸⁰⁸ Directive (UE) 2019/633, *ibid.*, art. 13.

²⁸⁰⁹ Directive (UE) 2019/633, *ibid.*, art. 3, 1 : « *Les États membres veillent à ce qu'au moins toutes les pratiques commerciales déloyales suivantes soit interdites : (...) b) l'acheteur annuel des commandes de produits agricoles et alimentaires périssables à si brève échéance que l'on ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'un fournisseur trouve une autre solution pour commercialiser ou utiliser ces produits ; un délai inférieur à 30 jours est toujours considéré comme une brève échéance ; les États membres peuvent fixer des délais inférieurs à 30 jours pour des secteurs spécifiques et dans des cas dûment justifiés* ».

aussi une définition des produits agricoles et alimentaires périssables. Elle est spécifique à la pratique dénoncée et diffère des définitions utilisées dans les actes de l'Union relatifs à la législation sur les denrées alimentaires, qui poursuivent des objectifs différents, tels que la santé et la sécurité des aliments (considérant 17). La directive conçoit que pour certains produits ce délai soit excessif puisque « *des annulations à échéance encore plus brève pourraient laisser suffisamment de temps aux fournisseurs pour vendre leurs produits ailleurs ou les utiliser eux-mêmes* » (considérant 20). En ce cas, les États membres sont autorisés à prévoir des délais d'annulation plus courts, mais à condition de le justifier (considérant 20, *in fine*). Un décret en ce sens a été pris²⁸¹⁰.

898. Des ruptures partielles, art. 3, 1 c)²⁸¹¹. L'interdiction faite à l'acheteur de modifier unilatéralement les conditions de vente pourrait être constitutive d'une rupture brutale partielle. En effet, la modification peut notamment concerner « *la fréquence* » et « *le volume des approvisionnements* ». Cela peut revenir conséquemment à baisser ce volume de façon drastique. Le même résultat peut être obtenu si la modification concerne le prix, la baisse s'exprimera non plus en volume, mais en valeur. Cette interdiction ne concerne pas les situations dans lesquelles un accord, passé entre un fournisseur et un acheteur, stipule expressément que l'acheteur peut préciser à un stade ultérieur un élément particulier de la transaction concernant des commandes futures (considérant 21). La liberté contractuelle des parties paraît cette fois préservée. Pour qu'elle le soit effectivement, il est prévu que l'accord de fourniture, liant le fournisseur à l'acheteur, puisse faire l'objet d'une demande de confirmation écrite par le fournisseur (considérant 23). Si l'acheteur lui oppose un refus, alors cela devrait être considéré comme une pratique commerciale déloyale et, en tant que telle, elle serait interdite. La référence faite à l'accord entre parties, ainsi que les modifications unilatérales de l'une d'elles sur celui-ci, pourraient aussi relever de la pratique du déséquilibre significatif. Le risque de télescopage a déjà été relevé²⁸¹². Et, en parallèle, la réintroduction à l'article L. 442-1, I du Code de commerce de l'encadrement des pénalités logistiques²⁸¹³ fonde pour certains une filiation des pratiques, qui y sont présentes, autour du déséquilibre significatif²⁸¹⁴. Ce point d'attraction est très probable et recoupe en quelque sorte

²⁸¹⁰ D. n°2021-1137 du 31 août 2021 fixant les modalités selon lesquelles les délais pour annuler une commande peuvent être réduits dans les conditions prévues à l'article L. 443-5 du code de commerce, JORF n°0204 du 02 sept. 2021, texte n°10.

²⁸¹¹ Directive (UE) 2019/633, *ibid.*, art. 3, 1 : « *Les États membres veillent à ce qu'au moins toutes les pratiques commerciales déloyales suivantes soient interdites (...) c) « l'acheteur modifie unilatéralement les conditions d'un accord de fourniture de produits agricoles et alimentaires qui concernent la fréquence, la méthode, le lieu, le calendrier ou le volume des approvisionnements ou des livraisons de produits agricoles et alimentaires, les normes de qualité, les conditions de paiement ou les prix ou en ce qui concerne la fourniture de services dans la mesure où ceux-ci sont explicitement visés au paragraphe 2 ; ».*

²⁸¹² C. NOURRISAT, Chambres commerciales internationales, code européen des affaires et autres initiatives récentes... *Much ado about nothing ?* RJCom mars avr. 2020, n°2, spéc. 36.

²⁸¹³ O. LEROY, E. MAZET, G. SERRANO, Contentieux de la concurrence – Un an de... contentieux français de la concurrence (janv. – déc. 2021), Procédures n°6, juin 2022, chron. 3, spéc. 2.

²⁸¹⁴ L. GODARD, Un vent de réformes souffle (déjà !) sur le droit substantiel des pratiques restrictives de concurrence, RLC, n°101, 1^{er} janv. 2021, 3959, pp. 21-25, spéc. 7.

certaines des hypothèses de ruptures partielles. Mais ce n'est pas en multipliant les fondements que les actions des fournisseurs seront plus nombreuses car dans un cas, le déséquilibre significatif, comme dans l'autre, la rupture brutale partielle, les actions afférentes placent les fournisseurs face à des risques financiers (considérant 8) tels que cela les empêche d'agir. La solution tient moins dans la réunion d'actions autour d'un fondement (le déséquilibre significatif), au détriment d'un autre (la rupture brutale partielle), car même en faisant cela, l'empêchement demeure. La directive en a pris la mesure et envisage l'hypothèse dans laquelle un plaignant demande à ce que son identité reste confidentielle. Elle pousse alors les autorités recevant la plainte à prendre les mesures appropriées pour garantir cette confidentialité (considérant 28).

899. Les déréférencements au sein des représailles commerciales et de leurs menaces, art. 3, 1 h)²⁸¹⁵. Au sens de la directive, les représailles commerciales peuvent notamment consister dans le fait pour les acheteurs de déréférencer les produits du fournisseur. En tant que telles, les menaces de représailles commerciales avaient déjà été envisagées, à l'ancien article L. 442-6, I-4° du code de commerce. Il comprenait explicitement la « *menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales* ». Le déréférencement constitue un moyen de pression de l'acheteur sur le fournisseur. L'acheteur le brandit, en toute hostilité, pour influencer directement le comportement du fournisseur, en l'empêchant notamment d'agir contre lui. Le tenant déjà en étau, le déréférencement va, littéralement et figurément, exercer une pression sur le fournisseur. De la même façon que précédemment, et en ce qui concernait aussi les menaces de déréférencements, une telle disposition peut être privée d'effet dans la mesure où en rapporter la preuve ne s'avère pas seulement difficile mais impossible.

900. Des pratiques constitutives de dispositions impératives dérogatoires. L'ensemble des pratiques identifiées appartient à la première des deux listes dressées par la directive²⁸¹⁶, celle qui énumère les pratiques interdites *per se*²⁸¹⁷ (la seconde recensant les pratiques interdites en l'absence d'accord de volontés entre les parties²⁸¹⁸). La directive édicte l'ensemble comme des « *dispositions impératives dérogatoires* » (art. 3, 4²⁸¹⁹), et « *s'applique donc quelle que soit la loi applicable au contrat, ce qui est rejoindre précisément la figure bien connue en droit international*

²⁸¹⁵ Directive (UE) 2019/633, *ibid.*, art. 3, 1 : « Les États membres veillent à ce qu'au moins toutes les pratiques commerciales déloyales suivantes soient interdites (...) h) « l'acheteur menace de procéder ou procède à des actions de représailles commerciales à l'encontre du fournisseur si le fournisseur exerce ses droits contractuels ou légaux, y compris en déposant une plainte auprès des autorités d'application ou en coopérant avec les autorités d'application au cours d'une enquête ».

²⁸¹⁶ Directive (UE) 2019/633, *ibid.*, art. 3.

²⁸¹⁷ *Ibid.*, art. 3, 1.

²⁸¹⁸ *Ibid.*, art. 3, 2. BRDA 23/19 du 29 nov. 2019, 18.

²⁸¹⁹ *Ibid.*, art. 3, 4 : « Les États membres veillent à ce que les interdictions visées aux paragraphes 1 et 2 constituent des dispositions impératives dérogatoires applicables à toute situation entrant dans le champ d'application de ces interdictions, quelle que soit par ailleurs la loi qui serait applicable à l'accord de fourniture entre les parties ».

*privé de la loi de police*²⁸²⁰ ». Lorsqu'un contentieux éclatera entre un fournisseur et un distributeur, la loi qu'ils pourront avoir choisie sera évincée par ces dispositions impératives. Cela commande qu'elles soient transposées avec cette impérativité alors que l'ordonnance du 30 juin 2021 est muette sur ce point.

901. L'absence de clarification dans l'ordre interne. Dans l'un de ses articles, le Professeur Nourissat propose d'examiner l'influence de la directive 2019/633 sur l'application dans l'espace des pratiques commerciales déloyales du droit commun français²⁸²¹. Il rappelle d'abord que ses dispositions constituent un ensemble de « *dispositions impératives dérogatoires* » et correspondent ainsi à des lois de police²⁸²². Il pose ensuite la question suivante : « *Les modalités d'application dans l'espace de la directive « PCD interentreprises » expressément prévues par elle sont-elles susceptibles d'emporter un « effet modèle » à même de clarifier (enfin !) la mise en œuvre, dans un contexte international ou, à tout le moins, intra-européen des « PCD » de droit commun, c'est-à-dire celles édictées en l'état par les articles L. 442-1 et suivants du code de commerce français ?* ». Il fournit sans ambages une réponse négative. La directive est d'harmonisation minimale et cela permet « *aux États membres d'adopter ou de maintenir des règles nationales portant sur d'autres pratiques commerciales déloyales que celles énumérées dans la présente directive* » (considérant 1). Dans le cas de la France, il s'agirait d'un maintien, étant donné que le droit interne en comprend déjà. Lorsqu'on recherche à partir de l'ordonnance de transposition²⁸²³ où les pratiques commerciales déloyales de la directive 2019/633 ont été transposées, on en trouve notamment à l'article L. 443-5 du Code de commerce, pour ce qui est des annulations de commande à brève échéance²⁸²⁴. Mais quant à la modification unilatérale, par l'acheteur, des conditions d'un accord de fourniture de produits agricoles et alimentaires, on n'en trouve pas trace. En effet, une telle pratique est déjà *couverte* par celle du déséquilibre significatif ou de la rupture brutale partielle (*supra*). Cela permet au législateur français de ne pas modifier les pratiques existantes, là où cela aurait pu être utile. Cela lui permet aussi de ne pas avoir à préciser si les pratiques existantes doivent être considérées comme des lois de police car il n'a pas besoin de le faire. Si le juge français est saisi d'une action fondée sur des modifications unilatérales, il écartera la loi des parties, pour appliquer les dispositions impératives de la directive. Comme le

²⁸²⁰ C. NOURISSAT, *ibid.*, spéc. 38.

²⁸²¹ C. NOURISSAT, L'application dans l'espace de la directive « PCD inter-entreprises » : Quelle(s) influence(s) pour les PCD du droit commun français, nov. 2021, Concurrences n°4-2021, art. n°102869.

²⁸²² *Ibid.*, spéc. 11.

²⁸²³ Ord. n°2021-859 du 30 juin 2021 relative aux pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, JORF n°0151 du 1^{er} juill. 2010.

²⁸²⁴ C. Com., art. L. 443-5, al. 1 : « *L'acheteur de produits agricoles et alimentaires périssables mentionnés au 1° du II de l'article L. 441-11 ne peut annuler une commande dans un délai inférieur à trente jours. Toutefois, pour un secteur d'activité, pour une catégorie d'acheteurs, pour un produit ou une catégorie de produits, ce délai peut être réduit, suivant des modalités fixées par décret, lorsque, eu égard notamment au mode de commercialisation, ce délai réduit laisse suffisamment de temps aux fournisseurs pour vendre leurs produits par l'intermédiaire d'un autre acheteur ou pour les utiliser eux-mêmes* ».

contentieux comportera nécessairement un élément d'extranéité, il sera toujours impossible d'y trouver une solution valable pour l'ordre interne.

902. Les ajouts apportés à l'article L. 442-1 C. Com. en 2020. Après avoir été significativement²⁸²⁵ réduite par l'ordonnance EGalim²⁸²⁶, la liste des pratiques restrictives de concurrence se dote d'une nouveauté et d'une palingénésie à l'article L. 442-1, I-3°. Toutes deux sont issues de la loi d'accélération et de simplification de l'action publique²⁸²⁷. La première interdit d'« *imposer des pénalités disproportionnées, au regard de l'inexécution d'engagements contractuels* ». La seconde est la reprise de l'ancien article L. 442-6, I-8° prohibant les refus ou les retours abusifs de marchandises ou déductions d'office. Ensemble, elles encadrent le « *phénomène des pénalités logistiques*²⁸²⁸ ». Le même article L. 442-1 a également été complété, *in fine*, de dispositions « *visant à protéger les vendeurs ou prestataires de services utilisateurs des services d'intermédiation en ligne (notamment les plateformes en ligne)*²⁸²⁹ ». Elles proviennent du règlement promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation²⁸³⁰. D'effet direct et applicable à partir du 12 juillet 2020, les États devaient veiller à son application adéquate et effective²⁸³¹. Le règlement envisage des déréférencements dans leur expression numérique.

2. Les déréférencements 2.0

903. Les plateformes à l'origine de déréférencements. Présentées comme des « *facilitateurs clés de l'entrepreneuriat*²⁸³² », les services d'intermédiation en ligne²⁸³³ mettent en relation des entreprises et des consommateurs sur des places de marché en ligne. En 2000, les intermédiaires étaient déjà visés par la directive sur le commerce électronique²⁸³⁴ mais un régime exonératoire

²⁸²⁵ La loi ASAP modifie le cadre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs, BRDA 3/21 du 27 janv. 2021, 21.

²⁸²⁶ Ord. n°2019-359 du 24 avr. 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, JORF n°0097 du 25 avr. 2019.

²⁸²⁷ L. n°2020-1525 du 07 déc. 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, JORF n°0296 du 08 déc. 2020.

²⁸²⁸ BRDA 3/21 du 27 janv. 2021, *ibid.*

²⁸²⁹ *Adaptation au droit de l'UE en matière économique et financière*, BRDA 1/21 du 01 janv. 2021, 28.

²⁸³⁰ Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, JOUE du 11 juill. 2019, L 186/57, dit « Règlement P2B ».

²⁸³¹ Règlement (UE) 2019/1150, *ibid.*, art. 15.

²⁸³² *Ibid.*, considérant 1.

²⁸³³ Selon l'article L. 111-7, I du Code de la consommation : « *Est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur : 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service.* ».

²⁸³⁴ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 08 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société d'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JOCE du 17 juill. 2000, L 178/1.

de responsabilité était prévu pour les prestataires de services de transmission, les fournisseurs d'accès, de stockage intermédiaire et pour les hébergeurs²⁸³⁵. L'essor du commerce électronique a changé le visage des intermédiaires : des plateformes ont émergé et sont devenues incontournables. Elles le sont au point de tenir les entreprises clientes dans un état de dépendance²⁸³⁶. Des entreprises ont saisi l'Autorité de la concurrence pour qu'elle ordonne des mesures conservatoires²⁸³⁷ après la suspension soudaine par Google de services de publicité en ligne²⁸³⁸. Selon la plateforme, les annonces contrevenaient à ses conditions générales, elle a alors interrompu tout service, sans aucun avertissement préalable. L'effet sur l'activité des utilisateurs est cataclysmique²⁸³⁹. Pour certains, « *la suspension du compte Google Ads a été présentée sous*

²⁸³⁵ P. THIEFFRY, L'émergence d'un droit européen du commerce électronique, RTD eu., n°04 du 15 déc. 2000, p. 649, respectivement art. 12, 13 et 14 de la directive précitée. Le régime exonératoire de responsabilité comporte des nuances.

²⁸³⁶ A.-S. GRIMALDI, *Digital Services Act Vers un nouveau droit de la concurrence et de la régulation applicable au secteur numérique ?*, JCP G n°49 du 30 nov. 2020, pp. 2179-2185, spéc. 6 pp. 2180-2181, étude initialement publiée in JCP E n°46 du 12 nov. 2020, pp. 25-30.

²⁸³⁷ Art. L. 464-1 C. Com. dans l'attente de sa prochaine modification. « *Si jusqu'ici, l'Autorité de la concurrence devait nécessairement être saisie d'une demande de mesures conservatoires par les parties, accessoirement à la saisine au fond, la directive européenne dite ECN +, qui vise à doter les autorités de concurrence européennes des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence, permettra à l'Autorité, lorsque le texte sera transposé, d'imposer des mesures provisoires d'urgence de sa propre initiative* », consulté depuis l'URL <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/competence-contentieuse>, le lun. 03 mai. Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 déc. 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, JOUE du 14 janv. 2019, L 11/3, dite « directive ECN + », art. 34 Transposition : « [...] *au plus tard le 4 février 2021* ». Le Gouvernement avait été habilité par la loi PACTE à la transposer mais le Conseil constitutionnel avait déclaré l'article y afférent contraire à la Constitution (Projet de Loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises, texte adopté le 11 avr. 2019 (lecture définitive) et déféré au Conseil constitutionnel le 16 avr. 2019 (dans le cadre du contrôle *a priori*, en application de l'art. 61, al. 2 de la Constitution, saisine par plus de soixante députés, saisine par plus de soixante sénateurs. Cons. const., déc. n°2019-781 DC du 16 mai 2019. C. LEMAIRE, J. BOUSIN, Contrôle constitutionnel : le Conseil constitutionnel censure partiellement la loi PACTE en ce qui concerne les dispositions visant la mise en œuvre des règles de concurrence (Loi PACTE), Concurrences n°3-2019 : « *Dans sa décision du 16 mai 2019, le Conseil constitutionnel censure 15 articles de la loi PACTE en soulevant d'office le moyen tiré d'un défaut de lien avec le projet de loi initial au sens de l'article 45 de la Constitution. Parmi ces articles figure l'article 211 de la loi PACTE. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel déclare l'article 211 de la loi PACTE contraire à la Constitution pour cause de cavalier législatif* ». En définitive, c'est dans le cadre de la loi DDADUE (L. n°2020-1508 du 03 déc. 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, JORF n°0293 du 04 déc. 2020, texte n°2, art. 37) que le Gouvernement reçoit l'autorisation de transposition, et ce, avant le 6 juin 2021 (BRDA 1/21 du 01 janv. 2021, n°28, 1.).

²⁸³⁸ *Not.* Décision n°19-MC-01 du 31 janv. 2019 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Amadeus (mesures conservatoires (oui)), CA Paris, 04 avr. 2019, Pôle 05, Ch. 07, n°19/03274, J.-D. n°2019-005167 (rejet du pourvoi formé par Google, confirmation pour l'essentiel) et décision n°20-D-14 du 26 oct. 2020 (plainte de Amadeus devenue sans objet). Décision n°19-D-26 du 19 déc. 2019 (sanction contre Google), décision n°15-D-13 du 09 sept. 2015 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Gibmedia (demande de mesures conservatoires rejetée), n°13-D-07 du 28 fév. 2013 relative à une saisine de la société E-kanopi (saisine rejetée). *Pour une action « autonome* » : T. com., Paris, ch. 8, 10 fév. 2021, n° RG 2020035242, Oxone Technologies e.a c/ Google Ireland Ltd, M. CHAGNY, Abus de position dominante : Le Tribunal de commerce de Paris sanctionne de nouveau un abus de position dominante commis par l'éditeur d'un moteur de recherche et exploitant d'un service de publicité en ligne (Google), Concurrences n°1-2021.

²⁸³⁹ Pour l'illustrer, dans la décision n°19-MC-01, *ibid.*, l'entreprise poursuivant Google a vu s'effondrer son chiffre d'affaires, (pt. 172 : « [...] *le chiffre d'affaires d'Amadeus a diminué de plus de 90 %, passant de 8 381 500 € entre janvier et août 2017 à 820 109 € sur la même période en 2018.* ») et sa marge bénéficiaire (pt. 173 : « *Cet effondrement de l'activité de l'entreprise a conduit à une perte cumulée de 392 000 € entre janvier et août 2018. En comparaison, sur la même période en 2017, Amadeus réalisait une marge bénéficiaire d'environ 1,3 millions d'euros (...) et les évolutions ci-avant exposées sont directement consécutives aux suspensions de comptes et aux d'annonces essayés depuis janvier 2018.* »).

une forme en tout point comparable aux déréférencements dans la grande distribution²⁸⁴⁰ » ; déréférencements qu'il faut dès lors encadrer.

904. La recherche d'une protection. En jurisprudence, l'une des mesures conservatoires prononcées à l'encontre de Google, l'enjoint à prévoir un avertissement préalable à la suspension d'un compte Google Ads : « [...] *cette mesure garantit la transparence de la procédure, permettant à l'annonceur de prendre connaissance du manquement reproché et d'y remédier, sans s'exposer à une rupture brutale qu'il n'a pas été en mesure d'anticiper*²⁸⁴¹ ». Les conditions de Google Ads prévoient l'envoi d'avertissement avant suspension pour certaines violations²⁸⁴². Cela fait écho au règlement 2019/1150 ; son article 4 prévoit des conditions de « restriction, suspension et résiliation²⁸⁴³ » à destination des fournisseurs de services d'intermédiation. La confrontation des conditions de la plateforme et du règlement fait état d'un décalage entre les protections dédiées, et, contre toute attente, les premières seraient plus favorables en cas de suspensions. L'article 4,1° impose au fournisseur de services d'intermédiation en ligne de transmettre à l'entreprise utilisatrice l'exposé des motifs de sa décision de restriction ou de suspension : soit avant qu'elle ne prenne effet, soit au moment où elle prend effet²⁸⁴⁴. Si la transmission de la décision coïncide avec sa prise d'effet, il n'y a aucun avertissement préalable possible. En comparaison, Google Ads envoie un avertissement préalable « *à l'annonceur au moins sept jours avant toute suspension du compte*²⁸⁴⁵ ». En cas de résiliation, le règlement renoue avec une protection accrue, prescrivant la

²⁸⁴⁰ F. MARTUCCI, Abus d'éviction : La Cour d'appel de Paris confirme pour l'essentiel les mesures conservatoires prononcées par l'Autorité de la concurrence dans le cadre d'un contentieux portant sur la suspension d'un compte d'un opérateur de renseignements téléphoniques en ligne sur un service de publicités liées aux recherches (*Google c/ Amadeus*), Concurrences n°3-2019.

²⁸⁴¹ CA Paris, 04 avr. 2019, Pôle 05, Ch. 07, n°19/03274, J.-D. n°2019-005167, mesure conservatoire n°2.

²⁸⁴² A propos des suspensions de comptes Google Ads : « *Toute violation des règles de Google Ads peut conduire à une suspension de compte. Si un annonceur enfreint une règle de Google Ads, nous enverrons un avertissement indiquant la nature de la violation de la règle et toute mesure corrective possible pour s'y conformer. A ce stade, l'annonceur aura la possibilité de remédier à la violation ou, s'il estime ne pas avoir violé la règle, d'exposer les raisons pour lesquelles il ne pense pas avoir violé la règle. Cette notification sera envoyée au moins 7 jours avant la mesure de suspension.* », consulté depuis l'url : <https://support.google.com/adspolicy/answer/2375414>, le mar. 04 mai 2021. En revanche, en cas de « violation grave », la suspension de compte est immédiate, sans avertissement préalable (même url). Il est difficile de déterminer avec exactitude si les conditions Google Ads ont été modifiées consécutivement à la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris en date du 04 avr. 2019 car le journal des modifications ne fait pas état de modifications concernant les suspensions de compte Google ou les pratiques afférentes (https://support.google.com/adspolicy/topic/7330871?hl=fr&ref_topic=3230816.1308156). Par contre, dans les « modifications récentes et à venir » (https://support.google.com/adspolicy/topic/29265?hl=fr&ref_topic=3230816.1308156), nous relevons la mise à jour du règlement relatif au contenu inapproprié (mars 2020), qui est clarifié et explicité au moyen d'exemples (non-exhaustifs). Leur insertion correspond peu ou prou à la méthode préconisée dans le cadre de la première mesure conservatoire prononcée par l'Autorité (19-MC-01, *ibid.*) et confirmée par les juges d'appel (04 fév. 2019, *ibid.*). Les modifications, à venir en mai 2021, et juin 2021 intéressant les déclarations trompeuses pouvant donner lieu à suspension, s'y joignent en prévoyant l'envoi d'un « avertissement à l'annonceur au moins sept jours avant toute suspension du compte » (https://support.google.com/adspolicy/answer/10542593?hl=fr&ref_topic=29265).

²⁸⁴³ Règlement (UE) 2019/1150, *ibid.*, art. 4.

²⁸⁴⁴ *Ibid.*, art. 4, 1.

²⁸⁴⁵ Maj du règlement sur les déclarations trompeuses, modification à venir, juin 2021, https://support.google.com/adspolicy/answer/10542593?hl=fr&ref_topic=29265, consulté le mar. 04 mai 2021.

transmission de l'exposé des motifs « *au moins trente jours avant que la résiliation ne prenne effet*²⁸⁴⁶ ».

905. Une articulation précaire. L'ajout de dispositions propres aux services d'intermédiation en ligne au sein des pratiques restrictives de concurrence se justifie du point de vue d'exigences communes de transparences et de loyauté. L'intérêt est tout autant d'ordre processuel en offrant la possibilité au ministre de l'économie d'agir²⁸⁴⁷. Toutefois, l'articulation avec le droit communautaire est incertaine. Pour la Professeure Arcelin, il convient de se demander « *si cette introduction du règlement au sein des pratiques restrictives ne va pas à l'encontre de la liberté de circulation des services de l'information promue par la directive e-commerce de 2000. Les pouvoirs accordés au ministre et à l'administration peuvent venir freiner l'innovation contractuelle, voire conduire des plateformes à agencer leurs contrats différemment selon l'État vers lequel elles dirigent leurs services*²⁸⁴⁸ ». Face aux libertés de circulation, éléments fondateurs et fondamentaux du marché intérieur, l'inclusion du Règlement P2B au sein des pratiques restrictives de concurrence n'est assurément pas pérenne. Dans ces conditions, ses dispositions n'aspirent pas à la qualification de loi de police. Dans le cadre de l'adoption d'un nouveau paquet « services numériques »²⁸⁴⁹, la Commission européenne envisage de réviser le règlement 2019/1150. Les déréférencements brutaux pourraient être de nouveau remaniés.

*
**

Conclusion du chapitre 2

906. Apporter de nouvelles réponses. Les litiges de ruptures brutales de relations établies comportant des éléments d'extranéité ont rebattu les cartes. Les réponses apportées ont bouleversé plusieurs des aspects du régime, tel qu'il avait été expliqué jusque-là. On les redonne synthétiquement, en suivant l'architecture du chapitre et en reposant explicitement les questions qui l'ordonnent.

Les dispositions de la rupture brutale des relations établies sont-elles applicables par les juges lorsque ceux-ci ont été désignés par les instruments du droit international privé, soit en l'absence de choix par les parties ? Pour y répondre, il a fallu distinguer dans le temps les solutions des

²⁸⁴⁶ Règlement (UE) 2019/1150, *ibid.*, art. 4, 2.

²⁸⁴⁷ L. ARCELIN, Adaptation du règlement P2B : Les errements de la loi DDADUE, *in* La loi DDADUE : simple adaptation ou réforme du droit français de la concurrence ? (Coll.), Concurrences n°1-2021, pp. 22-62, spéc. pp. 42-45.

²⁸⁴⁸ *Ibid.*

²⁸⁴⁹ A.-S. GRIMALDI, *Digital Services Act* Vers un nouveau droit de la concurrence et de la régulation applicable au secteur numérique ?, JCP G n°49 du 30 nov. 2020, pp. 2179-2185, spéc. 6 pp. 2180-2181, étude initialement publiée *in* JCP E n°46 du 12 nov. 2020, pp. 25-30.

juges. Sous l'empire du droit commun, elles l'étaient. Et de la même façon que dans les litiges purement internes, les juges avaient retenu la nature délictuelle de la responsabilité engagée. On a montré que cela conduisait à un double péril du point de vue de l'indemnisation, qu'elle soit due par les entreprises situées en France aux entreprises situées dans d'autres États, ou qu'elle soit due aux entreprises situées en France par des entreprises situées dans d'autres États. Depuis que les instruments du droit international privé relèvent du droit de l'Union européenne, elles ne le sont plus, en tout cas pas suivant le régime qui était alors le leur antérieurement. Les juges de l'Union européenne en ont livré leur propre conception. Ils ont retenu que si une relation contractuelle tacite pouvait être démontrée, alors l'action indemnitaire fondée consécutivement à sa rupture engageait la responsabilité contractuelle de celui qui en était à l'initiative. Toutefois, il n'est pas certain que cette solution se pérennise dans le temps.

Est-ce que les dispositions de la rupture brutale des relations établies sont applicables par l'arbitre lorsque les parties ont choisi de compromettre ? Est-ce que les dispositions de la rupture brutale des relations établies sont applicables par le juge choisi par les parties ? Les différends relatifs aux ruptures brutales de relations établies sont arbitrables, bien que cela ne soit prévu par aucun texte. Les arbitres pourront ainsi faire application desdites dispositions si c'est là le souhait des parties. Lorsque ces dernières prévoient de confier les litiges qui pourraient s'élever entre elles au juge qu'elles ont désigné, il a d'abord fallu s'assurer que les clauses le prévoyant étaient licites, valides et que leur domaine comprenait les litiges propres aux ruptures brutales. Il a aussi fallu vérifier que l'efficacité de telles clauses n'était pas paralysée par le fait que les dispositions étudiées puissent être des lois de police. On l'a fait en mettant en évidence les éléments en faveur et en défaveur de cette qualification. La question est cruciale, elle agite et oppose jusqu'aux différentes chambres de la cour d'appel de Paris. Mais en démontrant que les dérives ayant eu lieu dans les applications, successives et massives, des dispositions, atteignent jusqu'aux consommateurs, il n'est absolument plus soutenable, selon nous, de les considérer comme relevant d'un ordre de protection. C'est pourquoi en refusant leur qualification en loi de police, les clauses processuelles stipulées par les parties trouveront application, et ce, même si leur choix ne se porte pas sur les dispositions françaises de la rupture brutale des relations établies.

*

**

Conclusion du titre 2

907. Ignorer la fonction à donner au préavis c'est possiblement mettre les auteurs en difficulté. Le préavis devrait permettre à l'entreprise évincée d'atténuer les conséquences de la brutalité de la rupture, mais encore faut-il identifier de quelles conséquences il peut s'agir. Les dispositions obligent l'auteur à respecter un préavis sans indiquer sa finalité. Les juges emploient différents termes, à des fins de synonymie, sans que celle-ci ne soit cependant totale. La *réorientation*, la *réorganisation*, la *restructuration* entraînent des changements différents (étant plus importants dans le dernier cas par rapport aux premiers). Mais si le sens à conférer à la fonction du préavis peut ainsi varier, c'est imposer à l'auteur d'octroyer un préavis devant permettre à l'entreprise de procéder à des changements d'ampleur différente. Plus ils seront importants, plus le préavis devra être long, et plus l'indemnisation sera conséquente. Cela est inconcevable sans mettre les auteurs en difficulté. Et lorsqu'ils s'y trouvent, ils doivent eux-mêmes en atténuer les effets, en autres, en répercutant le surcoût sur les prix de leurs produits ou services. Mais en faisant cela, une partie seulement des consommateurs pourraient être en mesure de le supporter, tandis que les autres se détourneraient desdits produits ou services ; sans certitude que le surcoût supporté par les premiers puissent *compenser* les ventes non-réalisées auprès des seconds. L'accumulation des difficultés, du côté des auteurs, les rend vulnérables, et menace, en définitive et pour certains, leur position sur le marché. En faisant strictement correspondre le préavis à la période de transition qu'il désigne, il doit permettre à l'entreprise évincée de prendre les mesures nécessaires pour pallier les difficultés engendrées ; sans que celles-ci ne puissent s'étendre à une reconversion ou à une restructuration totale de ses activités. Le cas échéant, les difficultés ne sont plus consécutives à la brutalité mais à la rupture de la relation établie.

908. L'internationalisation du contentieux de la rupture brutale susceptible de mettre en péril le marché. Les litiges comportant un ou plusieurs éléments d'extranéité ont posée plusieurs difficultés : d'une part, parce que la jurisprudence a évolué au niveau de l'Union européenne, depuis l'affaire dite *Granarolo* et, d'autre part, parce qu'il ni certain que cette solution soit complètement reçue en droit interne, ni assuré qu'elle perdure. Avant cet arrêt de la CJUE, les juges internes retenaient une responsabilité de nature délictuelle. Cela exposait au risque d'une indemnisation due par les entreprises et aux entreprises françaises. Dans les deux cas, la protection du marché est compromise. Dans le premier, elles devraient réparer les préjudices du fait des ruptures brutales qu'elles commettent à l'encontre d'entreprises situées dans un autre État. Dans les conditions dispendieuses de la réparation, cela pourrait les mettre en difficulté. Dans le second, c'est inversement les entreprises situées dans un autre État que les entreprises françaises assigneraient pour obtenir la réparation du préjudice subi. Dans un marché mondialisé, cela pourrait décourager les premières d'entrer en relation avec des entreprises françaises. Le risque

d'être poursuivies par ces dernières au moment de la cessation de leur relation ne serait pas encouru avec des entreprises situées dans un État qui ne serait pas doté de pareilles dispositions²⁸⁵⁰. Dans cette alternative, le choix se fera au détriment des entreprises françaises.

Depuis l'arrêt dit *Granarolo*, l'action indemnitaire pour rupture brutale de relations établies relève de la matière contractuelle si une relation contractuelle tacite existe. Cette solution n'est pas totalement reçue en droit interne, ayant relevé les réticences des juges à faire la démonstration de la notion. Le fait que cette solution puisse ne pas perdurer rend encore plausible le retour aux solutions précédentes, avec les risques identifiés. Si elle est inversement confortée, alors la question de sa qualification en loi de police se pose. Les clauses processuelles des parties peuvent être privées d'effet si elles font obstacle à l'application de lois de police. Si les dispositions de la rupture brutale étaient qualifiées ainsi, une entreprise française pourrait s'en prévaloir, alors même que le contrat auquel elle est partie prévoirait une clause attributive de juridiction ou une clause de choix de loi, par lesquelles ce ne seraient ni le juge français ni la loi française qui aurait été choisi ou désigné. La question de leur qualification en loi de police n'a pas été tranchée. Il faut la leur dénier, en raison de l'atteinte portée à la protection des consommateurs et au marché, du fait de leur application massive. L'action du ministre ne pourrait pas davantage être encline à reconnaître la qualification recherchée dans la mesure où cette action pourrait être exclue de la matière civile et commerciale. Or à défaut d'en relever, la qualification ne pourrait plus être recherchée. Qualifier les dispositions la rupture brutale en loi de police entérinerait les méfaits relevés dans lors de leur application.

²⁸⁵⁰ N. GILE, La rupture brutale d'une relation commerciale établie : les dégâts collatéraux causés aux entreprises françaises par une loi dévoyée, *Gaz. Pal.* n°234 du 22 août 2015, p. 6, « À ma connaissance, il n'existe aucun texte analogue hors de France ».

Conclusion de la seconde partie

909. Une pratique déformée. Les dispositions de la rupture brutale des relations établies ont été originellement inscrites dans la lutte contre les déréférencements brutaux. Cette forme ne lui sied guère, car elle n'a été que trop rarement appliquée dans le secteur lié. En revanche, en tant que pratique restrictive de concurrence, elle a connu des applications pléthoriques. Mais le système vertueux, voulant que la protection des concurrents par les pratiques restrictives de concurrence participe de la protection de la concurrence dans son ensemble, semble avoir été atteint par l'abondant contentieux suscité par les dispositions de la rupture brutale. La surprotection des victimes a rendu défailante la protection de la concurrence, du marché. Cette atteinte s'explique par les déformations successives portées à la pratique, à travers ses éléments constitutifs et son traitement contentieux.

Un préavis suffisant dénaturé. Le préavis suffisant est celui devant être respecté par l'auteur, pour qu'il remplisse l'obligation à laquelle il est tenu en vertu des dispositions de la rupture brutale. Mais il est empêché de le déterminer car, et hormis en cas d'exclusivités, il n'est ni en mesure de connaître la part du volume d'affaires qu'il représente pour l'entreprise à laquelle il est liée, et dont il veut se séparer, ni de savoir si cette dernière est en état de dépendance économique à son égard. Ainsi, le préavis suffisant devrait être de nature à permettre à l'auteur de rompre une relation établie mais ce n'est pas le cas, d'autant que sa fonction n'a jamais été précisée au sein des dispositions.

910. La fonction altérée du préavis. Le préavis suffisant doit correspondre à une période transitoire, entre la notification de la rupture et le jour où elle est effective ; une période durant laquelle l'entreprise évincée prend les mesures nécessaires pour en atténuer les conséquences. Ces dernières devraient seulement consister en des ajustements, et non des changements de grande ampleur, qui ne peuvent trouver leur seule cause dans la cessation de la relation, eut-elle été brutale. S'il s'avère qu'ils sont nécessaires, la rupture brutale n'en est que le révélateur mais ils lui préexistaient. À défaut de les exclure, cela revient à faire supporter à l'auteur la réorganisation d'activités, voire la restructuration de branches d'activités. Cela se traduit par l'allongement inévitable du préavis, un élément multiplicateur du calcul du préjudice.

911. Une indemnisation transformée en « rente ». Le calcul du gain manqué correspond à la multiplication de la marge mensuelle moyenne par le nombre de mois de préavis. Après avoir montré que ce dernier est susceptible de croître à cause de la fonction altérée du préavis, l'attention doit se porter sur les autres éléments du calcul.

La nature du gain manqué est discutable. En tant que tel, il est un préjudice automatique, alors qu'il devrait être une perte de chance, soit la disparition de la probabilité favorable qu'avait l'entreprise évincée de se reconvertir si un préavis suffisant lui avait été accordé. En appréciant la brutalité de la rupture au moment de sa notification, les juges se privent de tous les éléments qui lui sont ultérieurs ; ceux-là même qui permettraient pourtant de s'assurer que l'entreprise évincée a effectivement procédé aux ajustements nécessaires. Ils se placent dans un scénario contrefactuel, dont personne ne peut savoir s'il se serait produit comme il a été conçu : avec le préavis qu'ils estiment suffisant, l'entreprise se serait reconvertie.

Le calcul de la marge mensuelle moyenne pose deux problèmes différents. L'un concerne la marge à retenir parmi plusieurs marges. L'autre a trait au nombre indéfini d'exercices à retenir. Plusieurs marges existent en fonction des éléments retranchés. Son calcul peut être affiné en retirant les coûts qui n'ont pas été supportés par l'entreprise évincée, consécutivement à la rupture, en cas de baisse d'activité. La préconisation de procéder ainsi est issue de la méthodologie adoptée par la Cour d'appel de Paris. Mais tous les jugements ne sont pas frappés d'appel et en première instance, rien ne contraint les juges à affiner le calcul. À l'opposé, il demeurerait alors généreux. Il peut l'être d'autant plus que le nombre d'exercice de référence n'a pas été précisé. Or l'établissement de la marge mensuelle moyenne en dépend. À l'appui d'exemples chiffrés, on a montré que cette marge pouvait passer du simple au double en fonction du nombre d'exercices retenus. Ce nombre devrait être fixé afin d'endiguer les variations à la hausse des indemnités. Cet accroissement les transformant en rentes, ce que le principe cardinal de réparation intégrale propre à la responsabilité civile n'est pas.

L'internationalisation du contentieux défigurant les solutions existantes. Les litiges de rupture brutale comportant un, ou plusieurs, élément d'extranéité se résolvent différemment depuis que la CJUE a décidé que l'action afférente ne relève pas de la matière délictuelle ou quasi-délictuelle, s'il existe, entre les parties, une relation contractuelle tacite. Auparavant, les juges internes retenaient qu'elle relevait de la matière délictuelle, que le litige comporte, ou non, un élément d'extranéité. Dorénavant, les deux solutions différentes coexistent et cette situation est insatisfaisante. Elle ne peut pourtant pas être résolue tant que la jurisprudence de la CJUE n'est pas fixée. Plusieurs solutions rendues depuis ont pu mettre en doute la pérennité de la solution.

CONCLUSION GÉNÉRALE

912. Le passé présent dans la conception des dispositions. La rupture brutale des relations établies porte les marques des dispositions desquelles elle est issue et du secteur pour lequel elle a été conçue.

La mise en évidence de la rupture protéiforme et des relations de dépendance par les pratiques anticoncurrentielles. La rupture des relations établies apparaît en tant que manifestation de la pratique anticoncurrentielle des abus de domination, absolus et relatifs, à l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. En étendant la recherche à l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles, certains de ses aspects ont pu être mis en évidence. La rupture se révèle être protéiforme. Rompre, c'est écarter des entreprises de certains marchés, c'est refuser de renouveler des agréments au sein des réseaux de distribution, c'est aussi refuser de livrer, ou encore boycotter. Les conséquences les plus néfastes des ruptures ont été observées dans des relations marquées par la dépendance d'une entreprise vis-à-vis d'une autre. La théorie du partenaire obligatoire a trouvé une application dans le contexte de l'avènement de la puissance d'achat des grands distributeurs.

913. Les stigmates du secteur de la grande distribution dans le choix d'une rédaction généraliste. Le cinquièmement ajouté à l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 par la Loi Galland a été présenté comme un moyen de lutte contre les déréférencements brutaux. En lieu et place d'un vocabulaire technique, les dispositions ont été rédigées à l'aide d'une terminologie généraliste. La *relation* a été préférée au *contrat* car il s'agissait d'appréhender les rapports dysfonctionnels entre producteurs, distributeurs et les structures intermédiaires de ces derniers, sans être certain que tous étaient alors liés par des contrats. L'emploi de *relation* s'alliait ainsi davantage avec celui de *rupture*, même si la *résiliation* apparaît dans les dispositions. Conformément à son caractère protéiforme, la rupture a été déclinée en de nombreuses hypothèses. Elles ont été d'autant plus nombreuses que la commercialité au sens strict a été dépassée, lorsque les juges ont dû suppléer l'indétermination des victimes. C'est en ne se rapportant pas au contexte du secteur d'activité pour lequel elles ont été créées que les dispositions en portent les stigmates. C'est un élément de connaissance des dispositions dont on ne peut se saisir directement et qui justifie leur examen historique. Ce qui demeure du passé dans le présent de la pratique de la rupture brutale des relations établies, telle qu'on la connaît encore aujourd'hui, est la permanence de la rupture et des relations établies. Elles évoquent toutefois moins le secteur de la grande distribution (auquel elles ne font pas directement référence, mais dont on sait que c'est en n'y faisant pas référence qu'elles s'y inscrivent), que les dispositions plus anciennes, ayant

permis de mettre en exergue les relations de dépendance pour cause de relations d'affaires. En effet, nul besoin est de considérer la subordination à une structure intermédiaire, caractéristique de l'organisation particulière dudit secteur, quand celle-ci peut être directement envisagée entre deux entreprises. La dépendance innerve les dispositions sans jamais pourtant avoir été l'une de ses conditions d'application. Les dispositions lui serviraient davantage de révélateur et cela pose problème car si elles la révèlent au moment du contentieux, la dépendance s'est constituée au fil du temps. En sachant dorénavant pourquoi ce sont ces mots que le législateur a choisis, il a fallu examiner à quelles applications ils ont donné lieu.

914. Le présent passiste lors de l'application des dispositions. La rupture brutale est attachée au passé car elle y puise ses origines, mais elle y est plus largement liée car sa démonstration est menée, ses conditions d'application sont vérifiées, et le préjudice est réparé, en se retournant dans le passé.

915. Les aspects positifs de la prégnance du passé pour la démonstration de la relation établie. Tous les éléments constitutifs de la relation établie se vérifie à l'épreuve du temps. Tous les adjectifs du trinôme « *suivi, stable et habituel* », utilisés par la Cour de cassation pour expliquer ce qu'une relation établie est, en dépendent. Cela impose d'apprécier le temps dans sa conception dynamique, à l'opposé de sa conception statique, telle qu'elle peut apparaître dans le contrat. En tant qu'outil de prévision, il est plus à même de le figer. Cette conception relève d'une avancée en permettant de prendre en considération le temps créateur. Mais la prégnance du passé a pu se révéler plus problématique.

916. Les aspects négatifs de la prégnance du passé dans l'indétermination du préavis suffisant et pour l'appréciation et la réparation de la brutalité. La dépendance économique est révélée au moment du contentieux des ruptures brutales, lorsque, pour étayer sa demande, l'entreprise évincée donne la part du volume d'activité qu'elle réalisait avec l'auteur. Il est empêché de déterminer le préavis. Les dispositions n'indiquent pas de manière exhaustive les éléments qu'il doit prendre en considération. Ce problème en sous-tend un autre, car même s'il était mis en position de tous les connaître, certains lui échapperaient encore. Hormis en cas d'exclusivité, une entreprise ne peut pas précisément connaître le volume d'affaires qu'elle représente pour l'autre entreprise avec qui elle est en relation. L'auteur ne peut ni avoir connaissance de toutes les spécificités du marché sur lequel elle intervient, ni comment elles ont évolué durant leur relation. L'auteur n'est donc pas mis en position d'octroyer un préavis suffisant. Les juges le tiennent aussi hors de leur portée lorsqu'ils ont décidé de se replacer au moment de la notification de la rupture pour apprécier si elle était brutale. En ayant fait ainsi, ils font fi de tous les aspects ultérieurs. Ils ont comme des œillères, mais si par définition, elles empêchent normalement de regarder en

arrière, elles les empêchent, eux, de les regarder en avant. Ainsi, l'entreprise évincée ayant poursuivi ses activités, peut tout de même agir à l'encontre de celle qui l'a évincée. À défaut de pouvoir prendre cela en compte, la réparation du gain manqué correspond à un passé qui n'a pas effectivement existé, mais que les juges assurent pouvoir considérer comme tel. En appliquant complètement leur raisonnement, on a retenu que le gain manqué par l'entreprise évincée n'est qu'une perte de chance de ne pas pouvoir le réaliser, étant donné que nul ne peut savoir si cela se serait produit. On a ainsi pu affiner le calcul de la réparation, en proposant l'insertion d'un coefficient d'incertitude, comme cela avait déjà pu être proposé, mais en précisant ce qui serait susceptible de le faire varier, et en l'illustrant au moyen d'exemples chiffrés. En faisant la distinction entre ce qui relève des modalités du calcul, et devant apparaître au sein des dispositions, et ce qui relève de l'évaluation, laissée à l'appréciation souveraine des juges, il serait de rigueur d'imposer un nombre d'exercices de référence, ainsi que le retranchement de coûts fixes, afin de conjurer les variations qui ont rendu les dispositions (trop) attrayantes, et assimilables à des « *rentes de dépendance*²⁸⁵¹ ».

917. Le devenir empêchant d'advenir. Le devenir des dispositions de la rupture brutale des relations établies a été atteint. Elles sont en cela passées d'un état à un autre, respectivement d'une manifestation de pratique anticoncurrentielle à une pratique restrictive de concurrence à part entière. Mais ce devenir rend désormais impossible la possibilité pour elles de protéger les victimes et le marché.

918. Les victimes surprotégées et un marché insuffisamment protégé. Plusieurs dérives sont nées de la massification des contentieux élevés sur le fondement des dispositions de la rupture brutale des relations établies. Plusieurs ont été recensées lorsqu'elles ont été modifiées en 2019. Les coûts des ruptures ont été tels pour les auteurs, qu'ils les auraient répercutés, en tout ou partie, sur les prix de leurs produits ou de leurs services, payés en définitive par les consommateurs. En les ayant directement atteint, on a souligné que les dispositions ne devraient plus pouvoir prétendre à être qualifiées de loi de police. L'ajout d'un préavis de dix-huit mois, exonératoire de responsabilité pour l'auteur qui le respecte, a été proposé à titre curatif. Mais on a montré que sa durée est inadéquate. Elle est excessive absolument, car elle a été fixée sur une base biaisée de jurisprudences ayant participé à l'allongement des préavis. Elle l'est aussi

²⁸⁵¹ Employant le terme « rente », not. C. GRIMALDI, Rupture brutale d'une relation commerciale établie et influence de la reconversion du partenaire éconduit, JCP G n°11, mars 2016, 288. N. MATHEY, L'économie nouvelle d'un contrat, inhérent à un marché en crise, dégage l'auteur de la rupture de sa responsabilité, CCC n°1, janv. 2018, comm. 10, pour qui « (...) l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce n'est pas un dispositif de protection générale des cocontractants. Il n'a pas pour objet de garantir le maintien de la relation contractuelle voire l'apparition d'une rente ». N. MATHEY, La rupture de relations commerciales en période de crise. Difficultés d'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce en période de crise économique, CCC n°2, fév. 2010, ét. 3. K. LE COUVIOUR, Regards critiques sur la rupture brutale des relations commerciales établies, RTD Com. 2008, 1, spéc. 37.

relativement, car elle ne représente qu'une infime partie des cas dans lesquels les juges ont pu l'octroyer. Elle participe aussi à la surprotection des victimes, tout en desservant le marché, entravé par des relations figées et stériles.

919. *Un dilemme d'avenir.* Telles qu'elles ont été conçues, et conséquemment appliquées, les dispositions de la rupture brutale des relations établies ne peuvent absolument plus atteindre la protection des entreprises évincées brutalement tout en protégeant le marché. L'étude approfondie de ces dispositions, voulues salvatrices, nous apprend que l'effet a été tout autre, et est dévastateur. Elle nous met en garde sur les conséquences malheureuses que des dispositions prévues particulièrement mais appliquées généralement peuvent renfermer. « Si mal nommé les choses c'est ajouter du malheur au monde », le tableau n'en est pas pour autant totalement noirci. Pour nous, un accomplissement demeure : celui d'avoir enfin considéré le temps créateur dans les droits et obligations des parties. La relation établie semble avoir été en cela une notion réceptacle, dont il serait sans doute désormais difficile de se passer, si les dispositions de la rupture brutale étaient vouées à disparaître. En cela, elle est à même de rejoindre les contrats relationnels, le solidarisme contractuel. À noter que par appellation, elle fait singulièrement la part belle à la *relation* plutôt qu'au *contrat*, elle la place au centre à la différence des autres. On se retrouve alors face à un dilemme : les dispositions ne sauraient demeurer en l'état en raison des dérives, et pis, des périls qu'elles font courir, mais on pense que les supprimer pourrait relever d'un mouvement de recul par rapport à l'avancée défendue.

ANNEXES

Annexe 1. La clause de durée dans les contrats types de transport routier

Pour chaque contrat type de transport routier on a relevé la clause de durée pour connaître les modalités de préavis. Chaque encadré correspondant est organisé comme dans le modèle fourni ci-dessous :

Numéro d'article Annexe correspondante	Rappel du texte de l'article INTITULÉ DE L'ANNEXE (EN MAJUSCULES)
Clause	« Numéro, intitulé et corps de la clause (en minuscules, gras) »
<i>Nos remarques</i>	<i>Elles sont formulées en italiques. D'un contrat type à l'autre, la clause examinée peut être identique, auquel cas on utilisera l'adverbe « idem » pour l'indiquer. On précisera, le cas échéant, les modifications.</i>

Art. D. 3112-3 Annexe I	<p>Le contrat type applicable aux services occasionnels collectifs de transports intérieurs publics routiers de personnes, mentionné à l'article L. 3112-2 figure en annexe I à la présente partie.</p> <p>CONTRAT TYPE APPLICABLE AUX SERVICES OCCASIONNELS COLLECTIFS DE TRANSPORTS PUBLICS ROUTIERS DE PERSONNES</p> <p>« Article 11 Résiliation du contrat de transport</p> <p>Lorsque, avant le départ, le donneur d'ordre résilie le contrat, il doit en informer le transporteur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.</p> <p>Le cas échéant, une indemnité forfaitaire sera due au transporteur, égale à :</p> <ul style="list-style-type: none">30 % du prix du service si l'annulation intervient entre 30 et 21 jours avant le départ ;50 % du prix du service si l'annulation intervient entre 20 et 8 jours avant le départ ;75 % du prix du service si l'annulation intervient entre 7 et 3 jours avant le départ ;90 % du prix du service si l'annulation intervient entre 2 jours avant et la veille du départ ;100 % du prix du service si l'annulation intervient le jour du départ. <p>En cas de résiliation par le transporteur, le donneur d'ordre a droit au remboursement immédiat des sommes versées ».</p> <p><i>Par définition le transport est « occasionnel ». Aucun préavis n'est prévu, mais l'article 11 prévoit les modalités de résiliation du contrat de transport lorsque le donneur d'ordres résilie le contrat avant le départ.</i></p>
--------------------------------	--

Art. D. 3222-1 Annexe II	<p>Le contrat type applicable aux transports publics routiers de marchandises pour lesquelles il n'existe pas de contrat type spécifique, établi en application de l'article L. 1432-4, figure en annexe II à la présente partie.</p> <p>CONTRAT TYPE APPLICABLE AUX TRANSPORTS PUBLICS ROUTIERS DE MARCHANDISES POUR LESQUELS IL N'EXISTE PAS DE CONTRAT TYPE SPÉCIFIQUE</p> <p>« Article 26 Durée, reconduction et résiliation du contrat de transport</p> <p>26.1. Le contrat de transport est conclu, soit pour une durée déterminée, reconductible ou non, soit pour une durée indéterminée.</p>
---------------------------------	--

26.2. Chacune des parties peut y mettre un terme par l'envoi d'une lettre recommandée avec avis de réception moyennant un préavis se calculant comme suit :

- a) Un (1) mois lorsque la durée de la relation est inférieure ou égale à six (6) mois ;
- b) Deux (2) mois lorsque la durée de la relation est supérieure à six (6) mois et inférieure ou égale à un (1) an ;
- c) Trois (3) mois lorsque la durée de la relation est supérieure à un (1) an et inférieure ou égale à trois (3) ans ;
- d) Quatre (4) mois quand la durée de la relation est supérieure à trois (3) ans, auxquels s'ajoute une semaine, par année complète de relations commerciales, sans pouvoir excéder une durée maximale de six (6) mois.

26.3. Pendant la période de préavis, les parties maintiennent l'économie du contrat.

26.4. En cas de manquement grave ou de manquements répétés de l'une des parties à ses obligations contractuelles, et à l'issue d'un délai de quinze (15) jours suivants une mise en demeure, mentionnant la présente clause résolutoire, restée sans effet, adressée par lettre recommandée avec avis de réception, l'autre partie peut mettre fin au contrat de transport, qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée, sans préavis ni indemnités, par l'envoi d'une lettre recommandée avec avis de réception de résiliation de celui-ci ».

Art. D. 3222-2 Le contrat type pour le transport public routier en citernes, établi en application de l'article L. 1432-4, figure en annexe III à la présente partie.

Annexe III CONTRAT TYPE POUR LE TRANSPORT PUBLIC ROUTIER EN CITERNES

« Article 26 Durée, reconduction et résiliation du contrat de transport »

Idem.

Art. D. 3222-3 Le contrat type pour le transport public routier d'objets indivisibles, établi en application de l'article L. 1432-4, figure en annexe IV à la présente partie.

Annexe IV CONTRAT TYPE POUR LE TRANSPORT PUBLIC ROUTIER D'OBJETS INDIVISIBLES

« Article 26 Durée, reconduction et résiliation du contrat de transport »

Idem.

Art. D. 3222-4 Le contrat type applicable aux transports publics routiers d'animaux vivants, établi en application de l'article L. 1432-4, figure en annexe I au livre II du code rural et de la pêche maritime.

Art. D. 3222-5 Le contrat type applicable aux transports publics routiers de marchandises périssables sous température dirigée, établi en application de l'article L. 1432-4, figure en annexe V à la présente partie.

Annexe V CONTRAT TYPE APPLICABLE AUX TRANSPORTS PUBLICS ROUTIERS DE MARCHANDISES PERISSABLES SOUS TEMPERATURE DIRIGEE

« Article 23 Durée, reconduction et résiliation du contrat de transport »

Le seul changement concerne le numéro d'article

Art. D. 3222-6 Le contrat type applicable aux transports publics routiers de fonds et de valeurs, établi en application de l'article L. 1432-4, figure en annexe VI à la présente partie.

Annexe VI	<p>CONTRAT TYPE APPLICABLE AUX TRANSPORTS PUBLICS ROUTIERS DE FONDS ET DE VALEURS</p> <p><i>Aucune clause de durée n'est prévue alors que des relations suivies sont envisagées à l'article 1 : « En cas de relations suivies entre un donneur d'ordre et un transporteur ayant fait l'objet d'une convention écrite générale conclue conformément aux dispositions de l'article L. 1432-3, chaque envoi est présumé exécuté aux conditions de cette convention ».</i></p>
<p>Art. D. 3222-7</p> <p>Annexe VII</p>	<p>Le contrat type applicable aux transports publics routiers de véhicules roulants réalisés au moyen de porte-voitures, établi en application de l'article L. 1432-4, figure en <u>annexe VII</u> à la présente partie.</p> <p>CONTRAT TYPE APPLICABLE AUX TRANSPORTS PUBLICS ROUTIERS DE VÉHICULES ROULANTS RÉALISÉS AU MOYEN DE PORTE-VOITURES</p> <p>« Article 25 Durée, reconduction et résiliation du contrat de transport »</p> <p><i>Le seul changement concerne le numéro d'article.</i></p>
<p>Art. D. 3223-1</p> <p>Annexe VIII</p>	<p>Le contrat type de location d'un véhicule industriel avec conducteur pour le transport routier de marchandises, établi en application de l'article L. 3223-1, figure en annexe VIII à la présente partie.</p> <p>CONTRAT TYPE DE LOCATION D'UN VÉHICULE INDUSTRIEL AVEC CONDUCTEUR POUR LE TRANSPORT ROUTIER DE MARCHANDISES</p> <p>« Article 18 Durée, reconduction et résiliation du contrat de location »</p> <p><i>Les seuls changements concernent le type de contrat et le numéro d'article.</i></p>
<p>Art. D. 3224-3</p> <p>Annexe IX</p>	<p>Le contrat type applicable aux transports publics routiers de marchandises exécutés par des sous-traitants, établi en application de l'article L. 1432-4, figure en annexe IX à la présente partie.</p> <p>CONTRAT TYPE APPLICABLE AUX TRANSPORTS PUBLICS ROUTIERS DE MARCHANDISES EXÉCUTÉS PAR DES SOUS-TRAITANTS</p> <p>« Article 14 Durée du contrat de sous-traitance, reconduction et résiliation »</p> <p><i>Les changements concernent le type de contrat, le numéro d'article et l'ajout, in fine, d'une disposition ayant trait à des manquements donnant lieu à la résolution du contrat sans mise en demeure préalable ».</i></p>
<p>Article CONTRAT COMMERCIAL</p>	<p>CONTRAT COMMERCIAL DE SOUS-TRAITANCE DE TRANSPORT ROUTIER DE MARCHANDISES</p> <p>Article Annexe III</p> <p>Modifié par Décret n°2007-1226 du 20 août 2007 - art. 9</p> <p>Ce document est un formulaire proposé à titre d'exemple aux opérateurs de transport et aux sous-traitants soucieux de contracter dans le respect du contrat type de sous-traitance.</p> <p>- (Formulaire reproduit ci-dessous)</p> <p>« Article 9 Durée du contrat</p> <p>Variante n° 1 : contrat à durée déterminée.</p> <p>Le présent contrat est conclu pour une durée déterminée de dont l'exécution commence le et dont le terme est fixé au</p> <p>Les parties peuvent mettre fin au contrat avant son terme sans préavis en cas de manquements graves ou répétés de l'une ou de l'autre à ses obligations.</p> <p>Variante n° 2 : contrat à durée indéterminée.</p>

Le présent contrat est conclu pour une durée indéterminée dont l'exécution commence le

Il peut être résilié par l'une ou l'autre des parties par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception moyennant un préavis.

Ce préavis est d'un mois quand le temps écoulé depuis le début d'exécution du contrat ne dépasse pas six mois.

Ce préavis est de deux mois quand cette durée dépasse six mois sans excéder un an.

Ce préavis est de trois mois quand cette durée est supérieure à un an.

Pendant ce préavis, l'économie générale du contrat est maintenue.

Les parties peuvent mettre fin au contrat sans préavis en cas de manquements graves ou répétés de l'une ou de l'autre à ses obligations ».

Annexe 2. Synthèse des jurisprudences relatives à la « désorganisation »

Sur la forme de la synthèse et la méthodologie choisie

Base de données. La synthèse proposée est établie à partir des bilans des décisions judiciaires établis par la Faculté de droit de Montpellier. Elle s'étend du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2018. Dans chacun des bilans établis annuellement, la recherche du terme « *désorganisation* » donne seulement quelques occurrences. Elles sont recensées dans le tableau présenté à partir de la page suivante.

Méthodologie employée. Pour chaque année, le terme « *désorganisation* » est suivi de deux chiffres, présentés entre parenthèses et séparés par un point-virgule, le premier est le nombre exact d'occurrences et le second est le nombre de jurisprudences liées. Ces deux chiffres ne sont pas systématiquement identiques dans la mesure où les bilans, outre les jurisprudences, sont composés de développements explicatifs dans lesquels peut apparaître le terme recherché. Le second chiffre correspond aux jurisprudences citées.

Citation des jurisprudences. Les références des jurisprudences se veulent les plus complètes possibles, toutes les données afférentes sont renseignées selon l'ordre de présentation suivant. Nous indiquons, en détails, la juridiction et sa formation, ainsi que les parties appelantes et intimées (dans cet ordre). En complément de la date, nous renseignons le numéro d'inscription au répertoire général. S'il existe, nous ajoutons le numéro JurisData ; propre à l'éditeur juridique Lexis 360 (anciennement JurisClasseur), ce numéro permet d'accéder directement à la jurisprudence souhaitée depuis la barre de recherche de la page d'accueil du site internet lié. La recherche s'en trouve ainsi facilitée. S'il n'existe pas, le signe « \emptyset » est renseigné. A noter que nous recensons les jurisprudences dans l'ordre antéchronologique, de façon à présenter les jurisprudences les plus récentes d'abord.

Actualisation. Le bilan des décisions judiciaires pour les années 2019 et 2020 n'étant pas parus, nous avons recensé les jurisprudences à partir du site de l'éditeur juridique Lexis 360. Pour notre recherche, les mots clés utilisés ont été « rupture brutale » et « désorganisation ». En réduisant la période de recherches à l'année considérée, 46 résultats apparaissent en jurisprudence pour l'année 2019 et 14 pour 2020. Nous sélectionnons les jurisprudences pour lesquelles une rupture brutale de relation commerciale établie est caractérisée. Pour celles-ci, nous mettons en évidence si la réparation de la désorganisation a été accueillie. Nous avons donc exclu les jurisprudences dans lesquelles la « désorganisation » ne se rapportait qu'aux circonstances de l'espèce.

Sur le fond de la synthèse

L'examen de la reconversion. Un extrait de la jurisprudence faisant apparaître le terme « *désorganisation* » est choisi. Témoin de circonstances propres à l'espèce, la « *désorganisation* » figure aussi parmi les chefs de préjudice présentés par les victimes. Il est davantage propre à nous intéresser dans ce dernier cas. En effet, l'auteur d'une rupture doit réparer les préjudices découlant de la brutalité, soit d'un préavis trop bref. Si désorganisation peut y être incluse, alors cela signifie que le préavis doit permettre à la victime de pallier une possible désorganisation. A la lecture des jurisprudences sélectionnées, les juges refusent, le plus souvent, d'indemniser la désorganisation telle qu'alléguée par les parties victimes.

2020	
	<p>CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 24 janv. 2020, RG n°18/00705, J.-D. n°2020-000990, ROYAL PUNK, LA HALLE</p> <p>« <i>Au titre de sa demande indemnitaire supplémentaire pour désorganisation de ses forces de vente et atteinte à son image, l'appelante invoque un impact désastreux de l'arrêt soudain et inexpliqué des relations commerciales sur son bilan 2015, l'ayant contrainte de répercuter sans préavis cette information auprès de ses partenaires habituels qui sont alors partis, de placer ses équipes en quasi-chômage technique et de changer de bureau. Ce faisant, elle se prévaut en réalité du préjudice causé par la brutalité de la rupture des relations commerciales établies, déjà réparé par la somme ci-dessus allouée. Cette demande indemnitaire a donc été rejetée avec pertinence par les premiers juges</i> » • Rupture brutale des relations commerciales établies (oui) • Réparation du préjudice de désorganisation (non)</p>
	<p>CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 04 mars 2020, RG n°18/17869, J.-D. n°2020-003665, B. AUTOMOBILES, PHENIX AUTOMOBILES</p> <p>« <i>Le surplus des demandes de la société Phénix Automobiles ne relève pas de la brutalité de la rupture et ne peut donc être accueilli. Au demeurant, le préjudice moral allégué n'est étayé d'aucun argumentaire relatif aux circonstances prétendument dévalorisantes et dégradantes de la rupture qui le fondent et la désorganisation alléguée de la société Phénix Automobiles tout comme la non-réalisation des objectifs imposés par la marque du seul fait de la rupture ne résultent d'aucun élément en débat, ainsi que la société B. Automobiles le fait justement valoir</i> » • Rupture brutale des relations commerciales établies (oui) • Réparation du préjudice de désorganisation (non)</p>
2019	
	<p>CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 19 juin 2019, RG n°17/05169, J.-D. n°Ø, DISTRIBUTION GUY D., DIN ART</p> <p>« <i>La société Boutiques GD sollicite à ce titre la somme de 7 500 euros en réparation du préjudice subi en raison de la désorganisation du réseau et de l'émergence d'un sentiment de défiance chez les autres franchisés du réseau. Elle demande à ce que cette somme soit fixée au passif de la société Din Art. Mais la société Boutiques GD ne verse aux débats aucune pièce susceptible de justifier de son préjudice, ni n'explique le mode de calcul de l'indemnité sollicitée, de sorte que la demande sera rejetée</i> » • Rupture brutale des relations commerciales établies (oui) • Réparation du préjudice de désorganisation (non)</p>
	<p>CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 15 mai 2019, RG n°16/17089, J.-D. n°Ø, CITYA IMMOBILIER HAUTE SAVOIE ET AL., OPERA GROUPE</p> <p>« <i>Le tribunal sera également approuvé, en ce qu'il a écarté toute autre demande de la société intimée, faute de preuve</i> » • Rupture brutale et fautive du contrat (oui) • Réparation du préjudice de désorganisation (non)</p>
	<p>CA Saint-Denis (Réunion), Ch. civ., 03 mai 2019, RG n°16/02117, J.-D. n°2019-009530, CAISSES REUNIONNAISES COMPLEMENTAIRES, REUNION NETTOYAGE</p>

<p>« En revanche, l'intimée ne verse aux débats aucun élément de nature à démontrer l'existence d'un préjudice commercial du fait de la brutalité de la rupture ou la désorganisation de ses services alors même que l'appelante relève qu'en application de la convention collective sur les services de nettoyage, la nouvelle entreprise titulaire du contrat de prestation de nettoyage était tenue de reprendre les salariés de l'entreprise sortante affectés au site. Sa demande doit ainsi être rejetée » • Rupture brutale et fautive du contrat (oui) • Réparation du préjudice de désorganisation (non)</p>	
<p>CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 18 avr. 2009, RG n°16/19886, J.-D. n°2019-006635, MAX TRANSPORTS, M.</p> <p>« Le préjudice de la société M. Transports, qui consiste à réparer la seule brutalité de la rupture de la relation commerciale établie et non pas les conséquences de ladite rupture, équivaut à la perte de marge brute durant le délai de préavis non respecté » • Rupture brutale et fautive du contrat (oui) • Réparation du préjudice de désorganisation (non)</p>	
<p>CA Paris, Pôle 05, Ch. 01, 22 janv. 2019, RG n°17/11458, J.-D. n°0, BIGBEN INTERACTIVE, BIGBEN CONNECTED, EXTENSO TELECOM INNOVHK</p> <p>« Que le préjudice de désorganisation invoqué se confond avec celui résultant de la perte de chiffre d'affaires et ne peut faire l'objet d'une réparation supplémentaire » • Rupture brutale et fautive du contrat (oui) • Réparation du préjudice de désorganisation (non)</p>	
<p>CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 17 janv. 2019, RG n°16/23339, J.-D. n°0, JEFO EUROPE, SENSIENT SAVORY FLAVORS FRANCE</p> <p>« Que la demande de Jefo tendant à la réparation du préjudice né de la difficulté de rechercher un fournisseur équivalent tend à la réparation du même préjudice que celui indemnisé au titre de la rupture brutale de la relation commerciale établie ; [...] que le jugement entrepris sera confirmé en ce qu'il a débouté Jefo de ses demandes de ces chefs » • Rupture brutale et fautive du contrat (oui) • Réparation du préjudice de désorganisation (non)</p>	
2018	« désorganisation » (6 ; 3)
<p>CA Versailles, Ch. 01, Sect. 01, 07 déc. 2018, RG n°17/03020, J.-D. n°0, BCO, TOYOTA FRANCE</p> <p>« Considérant que la rupture de cette relation est donc justifiée par les fautes commises par la société BCO dans l'exécution de ses prestations, ces fautes créant une désorganisation et nuisant à l'image de la société Toyota » • Circonstances (oui) • Rupture fautive (non)</p>	
<p>CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 17 oct. 2018, RG n°16/10538, J.-D. n°2018-018686, V.II, NIKE FRANCE</p> <p>« Mais l'article L442-6, I, 5° étant d'interprétation stricte, aucune autre hypothèse d'exonération ne peut prévaloir en dehors de la faute d'une gravité suffisante ou la force majeure. La désorganisation de la société V.II due au départ des deux salariés qui étaient en charge des relations avec la société Nike ne peut être retenue comme une faute de la société V.II, de nature à justifier la rupture, car il n'est pas démontré que ce départ rendait impossible la réalisation des prestations de services ou la fourniture de prestations équivalentes et que la société Nike se serait plainte d'une détérioration des prestations » • Circonstances (oui) • Rupture brutale (oui)</p>	
<p>CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 29 mars 2018, n°15/22669, J.-D. n°0, S. SPORTS, UPS</p> <p>« Concernant le deuxième poste de préjudice invoqué, il est démontré que la brutalité de la rupture a engendré une certaine désorganisation des services de S., peu important le défaut de preuve d'heures supplémentaires, et en particulier que le nouveau procédé informatique Géodis du nouveau prestataire a nécessité un certain nombre de tests et d'ajustements, qui n'était pas possible dans le préavis de 20 jours seulement accordé ; que ce poste de préjudice sera justement réparé par l'allocation d'une somme de 10.000 euros » • Rupture brutale (oui) • Réparation de la désorganisation (oui)</p>	
2017	« désorganisation » (3 ; 1)
<p>CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 26 avr. 2017, RG n°15/15356, J.-D. n°0, UDB, PROCOM</p>	

« La société Procom, [...], soutient qu'elle a subi divers préjudices, notamment un préjudice moral, et de désorganisation, justifiant l'octroi de dommages et intérêts à hauteur de 50 000 euros. Mais n'est donc réparable que le préjudice entraîné par le caractère brutal de la rupture et non le préjudice découlant de la rupture elle. Les sociétés UDB et Nanuméa soutiennent à juste titre que la société Procom n'apporte aucune justification que les préjudices annexes qu'elle estime avoir subis seraient la conséquence de cette brutalité » • Rupture brutale (oui) • Réparation de la désorganisation (non)

2016 « désorganisation » (3 ; 1)

CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 08 juin 2016, RG n°13/21346, J.-D. n°Ø, AEBI & CO, P. France

« Il convient, pour fixer la durée du préavis prévu par l'article L442-6 I 5ème du code du commerce, d'évaluer le temps nécessaire pour remédier à la désorganisation résultant de la rupture. Il importe ainsi de tenir compte de la nature de la relation commerciale entre les sociétés, de l'ancienneté de cette relation, de son importance dans le chiffre d'affaire de celui qui subit la rupture, ou des investissements qu'il a réalisés. » • Rupture brutale (oui)

2015 « désorganisation » (12 ; 5)

CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 03 juill. 2015, RG n°13/06935, J.-D. n°Ø, BELET TRANSPORT, OLIVIER BERTRAND DISTRIBUTION GRAND OUEST

« Au cas particulier le délai de préavis doit s'apprécier par l'ancienneté des relations de 10 ans, le volume d'affaires et la progression afférente à l'année 2010, le fait que la société Brelet n'était pas en situation de dépendance, l'objet de l'activité, l'absence de garantie d'exclusivité au profit de la société Brelet ; dans ce contexte un délai de 9 mois constitue le temps nécessaire pour remédier à la désorganisation résultant de la rupture imposée par la société Olivier » • Rupture brutale (oui)

CA Paris, Pôle 05, Ch. 01, 30 juin 2015, RG n°14/03518, J.-D. n°Ø, CAFFES T., V.

« Considérant que, s'il convient de prendre en compte la durée de la relation commerciale, de près de 13 ans, pour apprécier celle du préavis qui aurait dû être respecté par la société Caffés T., il y a lieu d'observer qu'il résulte du tableau produit en pièce n°16 par la société V. que la part d'activité de cette dernière consacrée à la société appelante n'a jamais dépassé 10 % (5,83 %, soit 303 247,05 pour 5 200 318 en 2011), de sorte qu'elle ne se trouvait pas dans un état de dépendance économique à son égard, et ce, nonobstant le caractère mature du marché du café torréfié ; qu'au vu de ces éléments et du temps nécessaire pour remédier à la désorganisation relative résultant de la rupture il convient, infirmant le jugement de ce chef, de fixer la durée du préavis à 6 mois » • Rupture brutale (oui)

CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 fév. 2015, RG n°12/20264, J.-D. n°2015-002382, BEAUCHAMP ENTREPRISES, DEROGÉ

« Considérant que la rupture n'est pas en soi fautive, seule la rupture brutale donne lieu à indemnisation, laquelle correspond à une indemnité compensatrice évaluée en fonction de la durée du préavis jugée nécessaire ; qu'en conséquence, la société BEAUCHAMP ENTREPRISES ne peut réclamer une indemnité complémentaire correspondant au coût de sa restructuration, alors que la circonstance tenant à la désorganisation de l'activité de l'appelante a déjà été prise en compte pour la détermination de son préjudice consécutif à la brutalité de la rupture » • Rupture brutale (oui) • Réparation de la désorganisation (non)

CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 fév. 2015, RG n°12/19910, J.-D. n°Ø, BEAUCHAMP ENTREPRISES, MOULINS DISTRIBUTIONS

Extrait identique à CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 fév. 2015, RG n°12/20264, J.-D. n°2015-002382 • Rupture brutale (oui) • Réparation de la désorganisation (non)

CA Paris, Pôle 05, Ch. 01, 20 janv. 2015, RG. n°13/16070, J.-D. n°Ø, M. F. F., Association Union française des centres de vacances et de loisirs

« Qu'en l'espèce, au regard de l'ancienneté de la relation commerciale (14 ans) et de sa nature, de l'état de dépendance économique dans lequel se trouvait M. F. à l'égard de l'UFCV et du temps nécessaire pour remédier à la désorganisation résultant de la rupture, il convient de fixer la durée du préavis à 4 mois » • Rupture brutale (oui)

CA Paris, Pôle 05, Ch. 01, 20 janv. 2015, RG. n°13/16070, J.-D. n°Ø, M. F. F., Association Union française des centres de vacances et de loisirs	
« <i>Qu'en l'espèce, au regard de l'ancienneté de la relation commerciale (14 ans) et de sa nature, de l'état de dépendance économique dans lequel se trouvait M. F. à l'égard de l'UFCV et du temps nécessaire pour remédier à la désorganisation résultant de la rupture, il convient de fixer la durée du préavis à 4 mois</i> » • Rupture brutale (oui)	
2014	« désorganisation » (8 ; 4)
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 05 nov. 2014, RG n°14/07030, J.-D. n°2014-026736, RANSOMES JACOBSEN Fr., M. A. P. P.	
« <i>Considérant que la durée du préavis a pour finalité de permettre aux entreprises victimes de remédier à la désorganisation résultant de la rupture ; qu'elle s'apprécie au regard de critères qui dépendent de la nature et de l'ancienneté de la relation commerciale, de la notoriété des produits pris en considération, du degré de dépendance à l'égard du fournisseur, de la faculté de trouver des partenaires équivalents, et d'amortir les investissements engagés légitimement pour satisfaire les besoins spécifiques du cocontractant, auteur de la rupture</i> » • Rupture brutale (oui)	
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 24 sept. 2014, RG n°12/10589, J.-D. n°2014-023555, CHIRURGIE OUEST, OLYMPUS FRANCE	
« <i>Considérant que la durée du préavis a pour finalité de permettre aux entreprises victimes de remédier à la désorganisation résultant de la rupture ; [suite de l'extrait identique à CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 05 nov. 2014, RG n°14/07030, J.-D. n°2014-026736]</i> » • Rupture brutale (oui)	
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 03 juill. 2014, RG n°12/19453, J.-D. n°Ø, MARS LOGISTICS, SOMATRANS INTERNATIONAL	
« <i>La société Somatrans soutient que la brutalité de la rupture de ses relations commerciales établies avec la société Mars a entraîné des préjudices supplémentaires résultant, d'une part, de la désorganisation de sa production et, d'autre part, de la rupture de son bail commercial. En ce qui concerne la désorganisation de sa production, la société Somatrans fait valoir qu'elle a été contrainte de licencier pour motif économique deux salariés et d'en affecter trois dans d'autres sociétés de son groupe, et qu'elle a dû à ce titre supporter un coût total de 104 191,66 euros. Mais elle se borne à affirmer, sans le démontrer, que ces décisions ont été la conséquence de la brutalité de la rupture de ses relations commerciales avec la société Mars et elle ne justifie pas qu'il en est résulté pour elle un autre préjudice que celui déjà réparé par l'allocation de dommages et intérêts. Sa demande sera donc rejetée</i> » • Rupture brutale (oui) • Réparation de la désorganisation (non)	
CA Riom, Ch. com., 02 avr. 2014, RG n°12/02912, J.-D. n°Ø, VETEMENTS WEILL, ELIKAP	
« <i>Qu'il est à tout le moins manifeste que la société ELIKAP a dû effectuer en urgence diverses démarches pour approvisionner sa collection d'été 2011 auprès d'autres fournisseurs, avec les pertes de temps et le stress en découlant ainsi que la désorganisation momentanée du commerce, alors qu'elle aurait pu s'attendre à une attitude toute autre de la part de la société VETEMENTS WEILL avec laquelle elle entretenait des relations commerciales depuis de nombreuses années ; Qu'il échet au vu de ces divers éléments, de fixer l'ensemble des préjudices ainsi subis par la société ELIKAP à la somme de 10.000 €</i> » • Rupture brutale (oui) • Réparation de la « désorganisation momentanée du commerce » (oui)	
2013	« désorganisation » (8 ; 3)
Cass. Com., 26 nov. 2013, RG n°12-26.015, J.-D. n°2013-027185	
« <i>Mais attendu que l'arrêt constate que ni les statuts ni le règlement intérieur de la société Capleso ne prévoient que la coopérative achète les produits de ses coopérateurs pour les revendre, même pour des opérations ponctuelles ; qu'il relève que par l'effet de leur adhésion à la société coopérative, les associés de la société Capleso se sont trouvés soumis à des règles strictement définies pour la commercialisation de leur production légumière et enfermés dans une relation de monopole à l'égard de la société Saint Yves ; qu'il relève encore que de telles règles impliquaient une rémunération individualisée et personnalisée des apports de chacun des associés en fonction de la nature, de la qualité et de la quantité de produits livrés à l'usine de conserverie de la société Saint Yves ; qu'il retient que par suite d'un système de production organisé selon les impératifs de la société Saint Yves, la perte brutale et sans préavis d'une filière exclusive de transformation de leur production légumière était de nature à entraîner pour chacun des associés de la société Capleso une désorganisation de son exploitation agricole ainsi que des pertes économiques résultant d'un brusque changement de pratiques culturales ; qu'ayant ainsi fait ressortir que la rupture brutale des relations commerciales établies entre la société Saint Yves et la société Capleso avait causé à chaque associé de cette dernière un préjudice personnel et distinct de celui qui aurait pu être subi par elle, la cour</i>	

d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé » • Rupture brutale (oui) • Réparation de la désorganisation (oui)

CA Aix-en-Provence, 1ère Ch. A., 02 avr. 2013, RG n°12/02659, J.-D. n°2013-016220, LABORATOIRE D'ANALYSES MEDICALES DE L'HELICOPTERE, SAMBOURG

« Attendu, sur les préjudices invoqués par la société LABORATOIRE DE L'HELICOPTERE, que celle-ci soutient que la rupture a eu pour conséquence une désorganisation de l'activité, une perte du chiffre d'affaire durant la période de réorganisation et un manque à gagner du fait de la mise en place de solutions plus onéreuses, et qu'elle a eu ainsi à supporter le coût des automates nécessaires à la réalisation de ses analyses, le coût d'achat des réactifs nécessaires, la rémunération des salariés qu'elle a dû embaucher pour réaliser les analyses, le surcoût lié au recours au CERBA, le coût de la sous traitance confiée à BIOTOP en attendant la commande et l'installation des automates et la perte de la clientèle de cabinets d'infirmiers, détournée par la société SAMBOURG ; Attendu que l'achat de matériels et de réactifs a été rendu nécessaire par la résiliation du contrat de collaboration, et que l'appelante aurait dû réaliser cet investissement, qui n'aurait été repoussé que de quelques semaines si l'intimée avait respecté un préavis plus conforme aux usages ; [...] Attendu dans ces conditions que l'appelante ne rapporte pas la preuve d'un préjudice qui serait la conséquence directe de l'insuffisance de préavis, et qu'elle doit être déboutée de l'ensemble de ses demandes » • Rupture brutale (oui) • Réparation de la « désorganisation de l'activité » (non)

CA Rennes, 4ème Ch., 24 janv. 2013, RG n°09/09162, J.-D. n°Ø, MAISONS LIGNAL, AERAUQUE CONCEPT

« Qu'elle n'explique pas en quoi, cette rupture a provoqué une désorganisation commerciale lui occasionnant un préjudice spécifique, sur lequel elle ne s'explique d'ailleurs pas » • Rupture brutale (non)

2012

« désorganisation » (6 ; 2)

CA Amiens, 1ère Ch., 1ère Sect., 21 juin 2012, RG n°11/01055, J.-D n°Ø, SICA SAINT-YVES, CAPLESO et al.

« Le préjudice moral de désorganisation : Le jugement du 18 décembre 2007 a fait une juste appréciation de la réparation de la désorganisation des exploitations agricoles et les désagréments qui en ont résulté, en allouant à chacun des adhérents de la société CAPLESO demandeurs à l'indemnisation une somme de 1.000 euros en réparation de leur préjudice moral. Ces dispositions du jugement doivent être confirmées » • Rupture brutale (oui) • Réparation du préjudice moral de désorganisation (oui)

CA Lyon, 3ème Ch. A., 06 janv. 2012, RG n°10/08024, J.-D. n°2012-000042, VECERA (LJ), RHONE-DAUPHINE EXPRESS

« Attendu qu'en l'état des éléments du dossier et notamment des attestations de l'expert-comptable, du chiffre d'affaires mensuel moyen réalisé en 2007 avec la société RHONE DAUPHINE EXPRESS, du chiffre d'affaires réalisé au cours des mois d'avril à juillet 2008 inclus, de la baisse de chiffre d'affaires imputable à la société RHONE DAUPHINE EXPRESS et des informations ressortant de son compte de résultat pour l'exercice du 20 décembre 2006 au 31 décembre 2007, il y a lieu de chiffrer le préjudice matériel subi par la société VECERA du fait de la rupture partielle brutale sans préavis des relations établies en avril 2008 et de la diminution du volume de courses imputable à la société RHONE DAUPHINE EXPRESS pendant la durée du préavis ainsi que son préjudice moral consistant en réalité dans la désorganisation qui en est résultée pour elle à la somme globale de 14.000 € » • Rupture brutale (oui) • Réparation du préjudice moral consistant dans la désorganisation (oui)

2011

« désorganisation » (4 ; 2)

CA Versailles, Ch. 12, Sect. 02, 27 oct. 2011, RG n°10/04733, J.-D n°Ø, HOLDING DE FUNES, TOYOTA FRANCE

« Le préavis doit s'apprécier au regard de la durée des relations commerciales et étant destiné à permettre au cocontractant de remédier à la désorganisation qui a résulté de la cessation de la relation commerciale existante et de rechercher de nouveaux partenaires et débouchés commerciaux, l'auteur de la rupture qui connaît l'état de dépendance économique dans lequel se trouve son partenaire vis-à-vis de lui doit en tenir compte » • Rupture brutale (oui) •

CA Toulouse, Ch. 02, Sect. 01, 12 oct. 2011, RG n°10/01339, J.-D. n°2011-024806, URBANIA TOULOUSE, MOUNIC HOME SERVICES

« Attendu que ce préjudice comprendra la perte des quatre mois de préavis, soit 555 X 4 = 2.220 euros, ainsi qu'une indemnité pour réparer la désorganisation de l'entreprise entraînée par les circonstances de la rupture » • Rupture brutale (oui) • Réparation de la désorganisation (oui)	
2010	« désorganisation » (6 ; 3)
<p>CA Nîmes, 2ème Ch. com., sect. B, 20 mai 2010, RG n°08/02953, J.-D. n°Ø, SOCIETE DIFFUSION SALAISONS REGIONALES, DISPAM</p> <p>« que l'indemnité allouée a pour but de réparer le préjudice entraîné par le caractère brutal de celle-ci et non le préjudice découlant de la rupture elle-même ; qu'elle correspond à une perte de chance calculée sur le gain manqué, à la charge des investissements non amortis et effectués pour satisfaire exclusivement l'auteur de la rupture fautive, à la restructuration nécessitée par la cessation des relations commerciales, à la désorganisation des services de la victime de la rupture ; [...] Attendu ensuite que la SA DISPAM, qui n'invoque aucun investissement non amorti, aucune restructuration, aucune désorganisation de ses services résultant de la rupture brutale de ses relations commerciales avec la SARL SALAISONS DU SOLEIL, se prévaut uniquement d'une perte de chance de réaliser le gain manqué » • Rupture brutale (oui) • Réparation de la désorganisation (non)</p>	
<p>CA Orléans, Ch. com. éco. et fi., 18 fév. 2010, RG n°09/01914, J.-D. n°2010-025302, WEVISTA et WESTAFLEX AUTOMOTIVE GROUP, FONDERIE D'ABILLY</p> <p>« le dommage économique invoqué, constitué de la perte financière et de la désorganisation du site de production [...] Qu'en l'absence de revendication et de preuve de l'existence d'un accord interprofessionnel définissant la durée du préavis, celle-ci s'apprécie au vu de la durée des relations commerciales entre les parties, et de la désorganisation particulière subie par la Fonderie d'Abilly dès lors que les appelantes venaient de lui demander d'augmenter sa production » • Rupture brutale (oui)</p>	
<p>CA Versailles, Ch. 12, sect. 02, 07 janv. 2010, RG n°08/05549, J.-D. n°2010-005513, PRE PRESS LA GRAVURE POSTSCRIPT FRANCILIENNE, MONDADORI MAGAZINES FRANCE</p> <p>« Il résulte de ce texte [art. L. 442-6, I-5° C. Com.] que ce n'est pas la rupture par elle-même qui est fautive mais sa brutalité, le fait qu'elle soit effectuée sans préavis écrit ou avec un préavis insuffisant compte tenu de la durée et de l'importance de la relation commerciale, de la nature des produits ou services, objet de la relation et du temps nécessaire pour remédier à la désorganisation résultant de la rupture » • Rupture brutale (oui)</p>	
2009	« désorganisation » (3 ; 1)
<p>CA Paris, Ch. 05, Sect. A, 06 mai 2009, RG n°07/04848, (Lexbase), CLAAS France, VITRY MOTOCULTURE « • Rupture brutale (oui) • Réparation de la désorganisation (oui)</p>	
2008	« désorganisation » (0 ; 0)
2006-2007	« désorganisation » (0 ; 0)
2004-2006	« désorganisation » (2 ; 2)
<p>CA Nîmes, Ch. 02, Sect. B, 21 avr. 2005, RG n°03/00331, J.-D. n°2005-279568, SOCIETE MARSEILLAISE DE TRANSPORTS ROUTIERS ET OST, GIE OCTAVE</p> <p>« Attendu qu'en l'état des pièces produites la société SAS MARSEILLAISE DE TRANSPORTS ROUTIERS ET TRANSIT (SMIRT) et la SARL ORGANISATION SERVICES ET TRANSPORTS (OST) ont rapporté la preuve qu'elles ont subi à la suite de la rupture fautive par le Groupement d'intérêt économique OCTAVE de leur relation commerciale un préjudice économique et commercial résultant de leur désorganisation qui en a suivi et de la perte de certains clients » • Rupture brutale (oui) • Réparation de la désorganisation (oui)</p>	
<p>CA Amiens, Ch. éco, 25 nov. 2004, RG n°02/04483, J.-D. n°2004-278319, GLASHUTTENWERKE HOLZMINDEN, EUROVERRERIES</p> <p>« Attendu que l'article L. 442-6-1-5° qui s'applique même en l'absence d'une relation d'exclusivité, a pour but de contraindre le fournisseur à informer le distributeur de sa décision avec un préavis suffisant afin que celui-ci puisse prendre ses dispositions et donner en temps libre une nouvelle orientation à ses activités ; que même si aucun préavis n'avait été contractuellement</p>	

prévu, compte tenu de la durée de la relation commerciale existant entre les parties, préavis aurait dû être d'une durée minimale de six mois ; Que néanmoins le préjudice ne se limite pas à l'indemnisation de la réduction d'activité rendant le seul délai de préavis de six mois qui aurait dû être respecté mais que l'absence de préavis rend la rupture fautive ; qu'il s'ensuit que l'auteur de la rupture doit également réparer les coûts dus à la désorganisation de l'activité de production, à l'impossibilité de récupérer certains investissements et de livrer ses propres clients auprès desquels des engagements avaient été conclus
» • Rupture brutale (oui) • Désignation d'un expert pour le calcul des préjudices (oui)

BIBLIOGRAPHIE

La présente bibliographie ne prétend pas à être exhaustive. Par ailleurs, elle ne reprend pas l'ensemble des références citées dans les notes de bas de page de cette étude

Ouvrages généraux, manuels, cours, traités

ANCEL (B.), LEQUETTE (Y.), Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 5^e éd., oct. 2006.

ARCELIN (L.),

- [Droit de la concurrence interne et européen](#), UNJF.
- Droit de la concurrence, les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen, PUR, 2^e éd., 2013.

AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É.), Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Dalloz, 18^e éd., août 2020.

BÉNABENT (A.), Droit des obligations, LGDJ, 19^e éd., 2021.

BLAISE (J.-B.), DESGORCES (R.), Droit des affaires, LGDJ, 11^e éd., 2021.

BOSCO (D.), PRIETO (C.), Droit européen de la concurrence, Bruylant, 1^{ère} éd., 2013.

BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), Droit civil. Les obligations, Dalloz, 17^e éd., 2020.

CABRILLAC (R.), Introduction générale au droit, Dalloz, 14^e éd., 2021.

CACHARD (O.), KLÖTGEN (P.), Droit international privé, 9^e éd., Bruylant, 2021

CADOU (E.), Introduction au droit, UNJF.

CARBONNIER (J.), Droit civil. Les obligations, PUF, 22^e éd., 2000.

CLAVEL (C.), Droit international privé, Dalloz, 6^e éd., 2021.

CONTIN (R.), Droit commercial, 1. Les entreprises commerciales, PUF, 1978.

DE LAUZAINGHEIN (C.), NAVARRO (J.-L.), NECHELIS (D.), Droit comptable, Dalloz, 3^e éd., 2004.

DEHEUVELS (P.), La probabilité, le hasard et la certitude, PUF, 2017.

DESAUNETTES-BARBERO (L.), THOMAS (E.), Droit matériel européen des ententes, Bruylant, 1^{ère} éd., 2019.

FERRIER (N.), FERRIER (D.), Droit de la distribution, 9^e éd., LexisNexis, 2020.

FRISON-ROCHE (M.-A.), RODA (J.-C.), Droit de la concurrence, Dalloz, 2^e éd., 2022.

GLAIS (M.), LAURENT (P.), Traité d'économie et de droit de la concurrence, PUF, 1983.

GOUBEAUX (G.), VOIRIN (P.), Droit civil, Lextenso, 42^e, 2022.

GUINCHARD (S.), FERRAND (F.), CHAINAIS (C.), MAYER (L.), Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage, Dalloz, 36^e éd., 2022.

HOMMEL (T.), Stratégies des firmes industrielles et contestation sociale, Quae, 1^{ère} éd., 2004.

HAURIOU (M.), Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence (3^e année) et en doctorat ès-sciences politiques, Librairie de la société du Recueil Sirey, 2^e éd., 1916.

JOURDAIN (P.), Les principes de la responsabilité civile, Dalloz, 10^e éd., 2021.

LABORDE (J.-P.), SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ (S.), Droit international privé, Dalloz, 20^e éd., 2021.

LARDEUX (G.), Droit international privé des obligations contractuelles, Larcier, 1^{ère} éd., 2016.

LEGEAIS (D.), Droit commercial et des affaires 2021, Dalloz, 27^e éd., 2020.

LEQUETTE (Y.), TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), CHÉNÉDÉ (F.), Droit civil. Les obligations, Dalloz, 12^e éd., 2018.

LIENHARD (A.), Procédures collectives 2020/2021. Prévention et conciliation. Sauvegarde. Sauvegarde financière, Dalloz, 9^e éd., 2020.

LYON-CAEN (Ch.), RENAULT (L.), Traité de droit commercial, T.1, LGDJ, 4^e éd., 1906.

MALAUURIE-VIGNAL (M.), Droit de la concurrence interne et européen, Sirey, 8^e éd., 2020.

MALAUURIE-VIGNAL (M.), Droit de la distribution, Sirey, 4^e éd., 2017.

MALAUURIE (Ph.), AYNES (L.) et GAUTIER (P.-Y.), Droit des contrats spéciaux, LGDJ-Lextenso, 8^e éd., 2016.

MIKOL (A.), Gestion comptable et financière, PUF, 2019.

PIRONON (V.), Droit de la concurrence, Gualino-Lextenso, 2009.

PIRONON (V.), C. KESSEDJIAN, Droit du commerce international, PUF, 2020

PLANIOL (M.), Traité élémentaire de droit civil conforme aux programmes officiels des facultés de droit, Librairie générale de droit et de la jurisprudence, 9^e éd., 1922-1924

POILLOT-PERUZZETTO (S.), DA LOZZO (M.), Droit international privé, UNJF.

RENAULT-BRAHINSKY (C.), L'essentiel du droit des obligations, Lextenso, 2021.

RICHARD (J.), BENSADON (D.), RAMBAUD A., Comptabilité financière, Dunod, 11^e éd., 2018.

ROBINE (D.), JEANTIN (M.), LE CANNU (P.), Droit des entreprises en difficulté, Dalloz, 8^e éd., 2020.

RODA (J.-C.), Droit de la concurrence, Dalloz, 1^{ère} éd., 2019.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Droit des entreprises en difficulté, UNJF.

VOGEL (L.), Droit européen des affaires, Dalloz, 2^e éd., 2019.

VOGEL (J.), VOGEL (L.), Traité de droit économique – Droit de la distribution, Tome 2, Bruylant, 3^e éd., 2020.

Dictionnaires

CNRTL [en ligne]

Dictionnaire de l'Académie française [en ligne]

Encyclopaedia Universalis [en ligne]

Cordial Dico [en ligne]

Le Littré [en ligne]

Trésor de la Langue Française informatisé [en ligne]

Lexiques

COLASSE (B.), Dictionnaire de comptabilité. Compter / Conter l'entreprise, La Découverte, 2015.

CORNU (G.) (dir.), Vocabulaire juridique, PUF, 13ème éd., déc. 2019.

GUERRIEN (B.), GUN (O.), Dictionnaire d'analyse économie. Microéconomie, macroéconomie, monnaie, finance, etc., La Découverte, 2012.

GUINCHARD (S.), DEBARD (T.) (dir.), Lexique des termes juridiques 2019-2020, Dalloz, août 2019.

SILEM (A.) (dir.), Lexique d'économie, Dalloz, "Lexiques", 15^e éd., sept. 2018.

Ouvrages spéciaux et ouvrages collectifs

AMARO (R.), LABORDE (J.-F.), La réparation des préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles, 2019, Préf. J. RIFFAULT-SILK, éd. Concurrences, ISBN n°979-10-94201-19-0.

BACACHE-BEAUVALLET (M.), BOURREAU (M.), Économie des plateformes. éd. La Découverte, 2022.

BARANGER (D.), Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes, Gallimard 2018.

BARSAN (I.), La société coopérative européenne (SCE) : entre identité coopérative et efficacité économique, éd. IRJS éditions, Coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, Tome 69, 2016.

BEAUCHARD (J.), Droit de la distribution et de la consommation, PUF, 1^{ère} éd., 1996.

BIENAYMÉ (A.), Principes de concurrence, Economica, 1998.

BORÉ (J.), BORÉ (L.), La cassation en matière civile 2015/2016, Dalloz, 5^e éd., 2015.

BRESSOUX (P.), « Chapitre 2. Modéliser des relations simples », dans P. BRESSOUX (dir) Modélisation statistique appliquée, Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, « Méthodes en sciences humaines », 2010.

BUY (F.), LAMOUREUX (M.), RODA (J.-C.) (dir.), Droit de la distribution, LGDJ, 2^e éd., 2019.

BUY (F.), LAMOUREUX (M.), MESTRE (J.), RODA (J.-C.) (dir.), Les principales clauses des contrats d'affaires, LGDJ, 2^e éd., 2019.

CAVALLA (C.), Le paradigme du changement chez les Verts – de Bouleverser à Évoluer, éd. Univ. Européennes, 2010, 978-613-1-51748-8, hal-02197683.

CATACH (N.), La ponctuation, PUF, Coll. Que sais-je, Paris 1996.

LE CHAMPION (R.), DANARD (B.), Les programmes audiovisuels, éd. La Découverte, Paris 2014.

CORNU (G.), Linguistique juridique, LGDJ 2005, 3^e éd.

CHÉNÉDÉ (F.), Le nouveau droit des obligations et des contrats 2019/2020, Dalloz, 2^e éd., nov. 2018.

CHONÉ (A.-S.), Les abus de domination, Economica 2010.

CORON (C.), BàO La Boîte à Outils, éd. Dunod, 2020.

DE MAUPASSANT (G.), Bel-Ami, éd. De Crémille, Genève, 1992.

DUPONT (É.), Développer et lancer un nouveau produit, éd. De Boeck Supérieur, 2009.

FERRAND (F.), LARDEUX (G.), Preuve, Dalloz, 1^{er} éd., 2020.

GÉNY (F.), Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, Partie III : Élaboration technique du droit positif, éd. Librairie de la Société du Recueil Sirey 1921.

HAAKONSSSEN (K.), L'Art du législateur. La jurisprudence naturelle de David Hume et d'Adam Smith, trad. F. Kearns et L. Bury, introduction C. Gautier, Paris, PUF, 1998.

JAFFLIN (C.), AUVOLAT (M.), Modèles de développement des coopératives et groupements de transporteurs : à l'heure de la gestion collaborative, quelle coopérative au sein de la prestation transport & logistique, CNRS – Univ. Lyon 2, juill. 2005.

JAOUEN (F.), BERNARD (A.), Comptabilité et gestion des associations 2020/2021, Delmas, 13^e éd., oct. 2019.

JESSUA (C.), Histoire de la théorie économique, PUF, 1991.

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), BACHELLIER (X.), BUK LAMENT (J.), La technique de cassation, Dalloz, 2019.

KERGUELEN (E.), FOURGOUX (J.-L.), DJAVADI (L.), Les pratiques commerciales déloyales, Concurrences, sept. 2021.

LATINA (M.), CHANTEPIE (G.), Le nouveau droit des obligations, Dalloz, 2^e éd., 2018.

LECA-MERCIER (F.) (dir.), L'adjectif qualificatif, éd. Armand Colin, Paris 2012.

LECHOPIÉ (A.), FLOQUET (Ch.), Droit médical, ou Code des médecins, docteurs, officiers de santé, sages-femmes, pharmaciens, vétérinaires, étudiants, etc., Paris, 1890.

LELOUP (J.-M.), Les agents commerciaux 2016/2017, Delmas, sept. 2015.

LE MAGUERESSE (Y.), Des comportements fautifs du créancier et de la victime en droit des obligations, nouvelle édition, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence 2007.

LE TOURNEAU (Ph.) (dir.), Droit de la responsabilité et des contrats 2021/22, Dalloz, 12^e éd., 2020.

LE TOURNEAU (Ph.) (dir.), Droit de la responsabilité et des contrats 2020-2021, Dalloz, 11^{ème} éd., 2017.

LE TOURNEAU (Ph.), Contrats du numériques 2021/2022, Dalloz, 11^e éd., 2020.

MAGNAN DE BORNIER (J.), La théorie de l'imprévision, Paris, Jouve & Cie, éd., 1924.

MALAUZIE-VIGNAL (M.), L'exemplarité de l'amende civile, *in* C. MOULY-GUILLEMAUD (dir.), Flux et reflux de la rupture d'une relation commerciale – Application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : excès constatés et modérations possibles, t. 35, LexisNexis, fév. 2018.

MOATI (P.), MAZARS (M.) et RANVIER M.), Le développement des marques de distributeurs et les stratégies des industriels de l'alimentaire, CREDOC, Cahier de recherche n°242, déc. 2007.

MOUSSERON (J.-M.), BURST (J.-J.), CHOLLET (N.), LAVABRE (Ch.), LELOUP (J.-M.), SEUBE (A.), HEMARD (J.), Droit de la distribution, Paris : Librairies techniques, 1975.

MOUSSERON (P.), RAYNARD (J.), SEUBE (J.-B.), Technique contractuelle, Francis Lefebvre, 5^e éd. 2019.

NEFRAMI (E.) (dir.), Objectifs et compétences dans l'Union européenne, Bruylant, 1^{er} éd., 2012.

PAYAN (G.) (dir.), Espace judiciaire civil européen, Bruylant, 1^e éd., 2020.

PIRONON (V.), Droit économique international, *in* M. CHAGNY (dir), Le Lamy Droit Économique, Wolters Kluwer, 2021

REINHART (C. M.), ROGOFF (K. S.), This time is different: a panoramic view of eight centuries of financial crises, National Bureau of Economic Research, Cambridge, 2008.

RIPERT (E.), Essai sur la vente commerciale, vol. 1, Paris, A. Marescq aîné 1875.

ROBINE (D.), JEANTIN (M.), LE CANNU (P.), Droit des entreprises en difficulté, Dalloz, 8^e éd., 2020.

SUHAMY (H.), Les figures de style, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2020.

TESTU (F.-X.), Contrats d'affaires 2010/2011, Dalloz, 1^{ère} éd., 2010.

VERCLYTTE (V.), La société française de 1945 à nos jours, éd. Armand Colin, 2018.

VIGNAU (L.), Intégration verticale et grande distribution dans la filière alimentaire, CREDOC, Coll. des rapports n°89, 1990.

VOGEL (L.), VOGEL (J.), Droit de la négociation commerciale, Bruylant, 3^{ème} éd., 2020.

VOGEL (L.), VOGEL (J.), La rupture brutale des relations commerciales établies, Bruylant, 3^e éd., 2020.

VOGEL (J.), VOGEL (L.), Droit de la distribution automobile, Bruylant, 1^e éd, oct. 2016.

Thèses

ALCALDE (C.), La distribution automobile : étude juridique, thèse, Univ. de Montpellier I, 2011.

ALAUZE (M.), Heurs et malheurs du design intégré, processus d'intégration du design au sein d'un géant de la grande distribution, thèse, Institut Polytechnique de Paris, 2021.

ARCELIN (L.), L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire : Préf. M.-D. HAGELSTEEN, Litec, Bibliothèque de Droit de l'entreprise, tome 51, 2003.

ARCHINARD-GREIL (B.), Lois de police et conflits de juridictions. (Essai sur la coordination des systèmes à l'aide de la notion d'ordre juridique prépondérant, th., Univ. Jean Moulin Lyon III, 2017.

ARSAC-RIBEYROLLES (A.), Essai sur la notion d'économie du contrat, thèse, Auvergne-Clermont-Ferrand I, 2005.

BARREY (S.), Le travail marchand dans la grande distribution alimentaire : la définition des relations marchandes, thèse, Toulouse 2, 2004.

BLAJAN (P.), La combinaison des autonomies en droit international privé des contrats – Étude des interactions entre la clause de choix de juridiction et la clause de choix de loi, Thèse, Paris 1, 2021

BLOCH (C.), La cessation de l'illicite, 2008, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, ISBN n°978-2-247-099771-1.

BLUM (B.), L'innovation comme levier de la performance durable dans la profession comptable libérale en France, thèse, Conservatoire national des arts et métiers - CNAM, 2015.

BUCHER (C.-E.), L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, thèse, préf. L. Leveneur, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011, ISBN n°978-2-247-10812-1.

CAI (J. F.), L'arrivée de la grande distribution occidentale en Chine : le cas de Pékin, thèse, Paris 12, 2006.

CAVALLA (C.), Le sens du verbe « changer » dans le programme politique du parti écologiste « Les Verts » – Approche sémantique et lexicale, thèse, Lyon 2, 2002.

CHAGNY (C.), Droit de la concurrence et droit commun des obligations, thèse de doctorat, droit, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) sous la dir. J. GHESTIN, préf. J. GHESTIN, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, fév. 2004, ISBN n°978-2-247-09889-7.

CHAUDOUET (S.), Le déséquilibre significatif, thèse, Montpellier, 2018.

CLAVEL (J.), Le déni de justice économique dans l'arbitrage international – L'effet négatif du principe de compétence-compétence, thèse, Paris 2011.

DANIAU (A.), L'animation politique des marchés : le management commercial au service de la gestion des centres urbains, thèse, Toulouse 2, 2019.

DELALANDE (B.), Du discours publicitaire au discours social des entreprises : comment l'enseigne E. Leclerc investit le débat social ?, thèse, Toulouse 2, 2015.

DELORD (N.), Puissance d'achat et concurrence dans la grande distribution, thèse, Nancy 2, 2007.

DORANDEU (N.), Le dommage concurrentiel, thèse, Perpignan, 2007.

FARHAT (H.), Dispositif de détection et localisation basé sur un système RFID UHF intelligent : application au domaine de la grande distribution, thèse, Lille, 2019.

FORTUNATO (A.), Clauses et pratiques restrictives de concurrence, thèse, Lille 2, 2016.

GODARD (L.), Droits des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence, 1ère éd., Bruylant, 2021.

GUEZ (Ph.), L'élection de for en droit international privé, th. Parix X – Nanterre, 2000.

JACQUES (T.), L'Etat, le petit commerce et la grande distribution, 1945-1996. Une histoire politique et économique du remembrement commercial., thèse, Paris 1, 2017.

KERJOUAN (I.), Concentration d'achat dans la grande distribution et droit de la concurrence, thèse, Paris 2, 1998.

LAGADEC (A.), De l'interprétation des clauses contractuelles à la qualification du contrat, thèse, Toulon, 2017.

LAROCHE (S.), L'architecture commerciale à l'usage des villes : ambiances, pratiques et projets, thèse, Grenoble, 2014.

LEPERCQ (N.), Réussir une reprise de PME : Proposition d'un modèle relationnel, thèse, Paris-Dauphine, 2020.

LE THANH (T.), Comptes consolidés et comptes sociaux : analyse des effets informationnels sur le marché financier, thèse, Paris 9, 1995.

MAGNIER-MERRAN (K.), La facture, thèse, Strasbourg, 2015.

MARIGNOL (L.), La prévisibilité en droit des contrats, thèse, Toulouse 1, 2017.

MATTIACCI (N.), Le directeur financier, thèse de doctorat en droit privé et sciences criminelles, sous la direction de Nicolas FERRIER, Université Montpellier, 2015.

MURE (A.), L'évolution du préjudice de la victime en droit de la responsabilité civile, thèse, Univ. Grenoble Alpes, 2019.

PINNA (A.), La mesure du préjudice contractuel, thèse, P.-Y. GAUTIER (préf.), L.G.D.J, 2017.

PONCELET (J.), Gestion des assortiments de produits dans la grande distribution, thèse, IMT Mines Alès, 2020.

POUZENC (M.), Grande distribution alimentaire et recomposition des territoires : études de stratégies d'acteurs dans des zones rurales de Midi-Pyrénées, thèse, Toulouse 2, 1999.

RANGEARD (R.), Les mutations du modèle coopératif confronté au marché, thèse, Toulouse 1, 2019.

RICHTER (A.-C.), L'après-contrat, thèse, Toulouse 1, 2020.

SCHMITT (J.), Parcours, déplacements et actions face au rayon : mieux comprendre le comportement physique du consommateur en magasin pour mieux comprendre ses achats, thèse, HEC Paris, 2009.

SINTEZ (C.), La sanction préventive en droit de la responsabilité civile, Dalloz, 2011.

SONET (A.), Le préavis en droit privé, thèse, préf. F. BUSSY, PUAM, L.G.D.J 2003.

SPROESSER (R. L.), La grande distribution au Brésil : une approche structure-comportement-performance, thèse, Institut National Polytechnique de Lorraine, 1995.

TEXIER (M.), La désorganisation – Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation en droit de l'entreprise, Y. PICOD (préf.), Presses Universitaires de Perpignan, 2006.

WANG (J.), Le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution, Université du Droit et de la Santé, Lille II, 2018.

WANG (C.), Liberté et souveraineté : le problème de l'expérience chez Sartre et Bataille, th., Philosophie. Université Charles de Gaulle - Lille III, 2015.

Mémoires

CALVEZ (Ph.), La mutualisation inter établissements : un défi managérial pour le directeur d'établissement sanitaire et médico-social », mémoire, EHESP 2010.

HERBIN (T.), Le rôle du juge dans la détermination de la loi applicable aux contrats commerciaux, mémoire, Université de Valenciennes et du Hainaut Cambresis, 2016.

NAZARENKO (E.), VANICHE (A.), Des amis de trente ans. Sciences de l'ingénieur [physics], Mémoire de fin d'études, Mines ParisTech.

Encyclopédies

ARCELIN (L.), La notion d'entreprise en droit interne et communautaire de la concurrence, JCI Concurrence consommation, fasc. 35, maj oct. 2021.

ARHEL (P.), Concurrence : mise en œuvre par les autorités et les juridictions nationales, Rép. de droit européen, Dalloz, déc. 2019.

AUDIT (B.), Vente, Rép. de droit international, Dalloz, sept. 2011, maj oct. 2016.

BACH (L.), Conflits de loi dans le temps, Rép. de droit civil, Dalloz, mai 2006, maj déc. 2019.

BARRET (O.) BRUN (P.), Vente : effets, Rép. de droit civil, Dalloz, janv. 2020.

BARRET (O.) BRUN (P.), Vente : formation, Rép. de droit civil, Dalloz, oct. 2019.

BERAUDE (J.-P.), BERAUDE (M.-J.),

- Règlement (UE) n°1215/2012 et Convention de Lugano. – Compétence. – Prorogation volontaire de compétence, JCI Europe traité, fasc. 3011, maj août 2021.
- Convention de Bruxelles Conventions de Lugano Règlements (CE) n°44/2001 et (UE) n°1215/2012. – Règles ordinaires de compétence. – Matières autres que les obligations contractuelles, JCI Europe Traité, fasc. 3022, maj août 2019.

BETTONI (L.), L'appel d'offres privé, JCI Concurrence – Consommation, fasc. 735, maj sept. 2019.

BLAISE (J.-B.), Entente, Rép. de droit européen, Dalloz, janv. 2016, maj sept. 2017.

BLOCH (L.), Assurances terrestres, assurances de dommages, règles particulières à l'assurance de responsabilité, le particularisme de l'assurance de responsabilité civile, JCI Civil Annexes, fasc. 11-10, 17 avr. 2016, maj 30 nov. 2021.

BONNASSE (A.), JÜLLICH (N.), Fusions-scissions. – Effets. Action en contestation, JCI Sociétés Traité, fasc. 162-20, maj fév. 2021.

BORÉ (J.), BORÉ (L.), Pourvoi en cassation, Rép. de procédure civile, Dalloz, déc. 2015, maj avr. 2022.

BOSKOVIC (O.),

- Règlement Rome II : obligations non contractuelles, Rép. de droit international, Dalloz, janv. 2021.
- Loi applicable aux obligations non contractuelles : matières civile et commerciale, Rép. de droit européen, Dalloz, sept. 2010, maj juin 2015.

BOUGNOUX (A.), Société d'exercice libéral – Régime juridique – Commentaires, JCI Entreprise individuelle, fasc. 975, maj juill. 2021.

BOUSEZ (F.),

- Contrat à durée déterminée – Recours, JCI Travail Traité, fasc. 2-42, maj fév. 2021.
- Contrat à durée déterminée, JCI Travail Traité, fasc. 2-40, maj 2015.

BOUT (R.), BRUSCHI (M.), POILLOT-PERUZZETTO (S), LUBY-GAUCHER (M), Le Lamy Droit Économique, Wolters Kluwer, 2016.

BOUT (R.), BRUSCHI (M.) (dirs.), Le Lamy Droit Économique, éd. 2009, Wolters Kluwer, 2008.

BOUT (R.), BRUSCHI (M.), POILLOT-PERUZZETTO (S), LUBY (M) (dirs.), Le Lamy Droit Économique, Wolters Kluwer, 2000.

BOUT (R.), PRIETO (C.), CAS (G.) (dir.), Le Lamy Droit Économique, Wolters Kluwer, 1996.

BOUTY (C.), Chose jugée – Effets de l'autorité de la chose jugée, Rép. de procédure civile, Dalloz, mars 2018, maj avr. 2022.

BRENNER (C.), Acte juridique, Rép. de droit civ., maj fév. 2019 par LEQUETTE (S.).

BRIÈRE (C.), Règlement (CE) n°864/2007 du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), JCI Europe Traité, fasc. 3206, maj 28 août 2021.

BRUSORIO-AILLAUD (M.), Honoraires du médecin – Contentieux, Feuilles mobiles Litec Droit médical et hospitalier, fasc. 82-10, maj 10 sept. 2014.

CHABOT (G.), Professions libérales, JCI Entreprise individuelle, Synthèse, 06 juin 2021.

CADIET (L.), Clauses relatives aux litiges. – Clauses tendant à éviter la solution judiciaire du litige. – Clauses tendant à adapter la solution judiciaire du litige, JCI Contrats - Distribution, fasc. 190, maj 22 fév. 2022.

CASSON (Ph.), Assurances. – Assurances de dommages. – Protection juridique, JCI Notarial Formulaire, Assurances, fasc. 30, 05 juin 2017.

CHAGNY (M.) (dir.),

- Le Lamy Droit Économique, Wolters Kluwer, éd. 2022, 2021.
- Le Lamy Droit Économique, Wolters Kluwer, éd. 2021, 2020.

CHANTEPIE (G.), Contrat : effets, Rép. de droit civil, Dalloz, déc. 2020.

CAYROL (N.), Référé civil, Rép. de procédure civile, Dalloz, maj déc. 2021.

CHONÉ-GRIMALDI (A.-S.), Abus de position dominante – Notion de position dominante – Article 102 du TFUE et L. 420-2 du Code de commerce, JCI Concurrence – Consommation, fasc. 560, 07 juin 2018.

CROZE (H.), Référé – Procédure, JCI Procédures Formulaire, Référé, fasc. 20, 2016, maj 18 oct. 2019.

CRUVELIER (E.), Comptabilité, Rép. de droit commercial, Dalloz, maj juin 2016.

DANTI-JUAN (M.), Discriminations, Rép. de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, juill. 2019.

DARRIBEAUDE (F.), Organisation professionnelle de l'agriculture, JCI Administratif, fasc. 351, maj 31 mars 2011.

- DEUMIER (P.)**, Coutume et usages, Rép. de droit civil, Dalloz, maj juin 2016.
- DISSAUX (N.)**, Centrales et groupements d'achat et de référencement, Rép. de droit commercial, Dalloz, juin 2016.
- DISSAUX (N.)**, Contrat : formation, Rép. de droit civil, Dalloz, avr. 2017, maj déc. 2021.
- DISSAUX (N.)**, Franchise, Rép. de droit commercial, Dalloz, juin 2019, maj fév. 2020.
- DONDERO (B.), DUGUET (L.), GOUTHIÈRE (B.), SAINT-AMAND (P. J.), VIARDOT (G.)** Les Holdings : guide juridique et fiscal, 8^e éd., Francis Lefebvre, 2020.
- DUMONT-LEFRAND (M.-P.)**, Contrat de commission - Notion, JCl. Contrats-distribution, fasc. n°820, maj oct. 2015.
- DUNEAU (M.)**, Officine pharmaceutique – Régimes particuliers – Pharmacies mutualistes, pharmacies des mines, pharmacies des caisses de sécurité sociale, Feuillet mobile Litec Droit pharmaceutique, fasc. 25-10, maj 1^{er} juill. 2013.
- DALMAU (R), FARNOUX (E), GUYOMARD (N), LASSERRE CAPDEVILLE (J)**, Le Lamy Droit Commercial, Wolters Kluwer, 2021.
- DUPAYS (A)** (dir.), Le Lamy Social, Wolters Kluwer, 2021.
- DUPONT (V. M.)**, Principes communs – Code de déontologie médicale, Feuillet mobile Litec Droit médical et hospitalier, fasc. 7, maj 13 déc. 2012.
- DURANTON (G.)**, Crédit-bail mobilier, Rép. de droit commercial, Dalloz, maj janv. 2019.
- ÉDITIONS LEGISLATIVES (réd.)**, Dict. permanent Droit des affaires, Franchise, éd. Lefebvre Dalloz, maj juin 2022.
- FAGES (B.)** (dir.), Le Lamy Droit du contrat, éd. 2022, Wolters Kluwer, 2021.
- FOURGOUX (J.-L.)**, Transparence et pratiques restrictives de concurrence – Règles de fond, JCl Contrats – Distribution, fasc. 261, maj 19 janv. 2016.
- FRANCIS LEFEBVRE (rédaction)**,
- Mémento Baux commerciaux 2021-2022,
 - Mémento Comptable 2022
 - Mémento Concurrence consommation 2022,
 - Rupture brutale des relations commerciales établies, Coll. Thémexpress, 2015.
- GARCIA-CAMPILLO (L.)** (dir.), Lamy Transport Tome 2, éd. 2022, Wolters Kluwer, 2021.
- GAUDEMET-TALLON (H.)**, Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement « Rome I » du 17 juin 2008 – Détermination de la loi applicable – Domaine de la loi applicable, JCl Droit international, Fasc. 552-15, maj août 2021 (par LATIL (C.)).
- GOUACHE (J.-B.), BEHAR-TOUCHAIS (M.)**, La rédaction du contrat de franchise : les clauses utiles, fasc. 316-3 in JCl Commercial, maj 13 juill. 2018.
- GRUA (F.)**, Régime général des obligations, paiement des obligations de somme d'argent, évaluation des obligations de somme d'argent, JCl Civil Code – Art. 1343 à 1343-5, fasc. 10, maj nov. 2019 par CAYROL (N.).
- GRÉAU (F.)**, Force majeure, Rép. de droit civil, juin 2017, maj avr. 2018.

GRIMONPREZ (B.), Production et marché – Contrats de vente de produits agricoles, JCI Rural, Fasc. 20, maj juill. 2015.

GRYNFOGEL (C.), Ententes en droit européen de la concurrence – Article 101 du TFUE, JCI Concurrence – Consommation, Fasc. 542, maj juil. 2019.

GRYNBAUM (L.), Preuve, Rép. de droit commercial, Dalloz, mars 2010, maj oct. 2020.

HABLOT (C.), Contrat de travail à durée déterminée, Rép. de droit du travail, Dalloz, maj sept. 2021.

HANNOUN (C.), GUENZOU (Y.), Terme, Répertoire de droit civil, Dalloz, oct. 2017, maj déc. 2021.

HÉRAIL (M.), Coopérative, Répertoire de droit des sociétés, sept. 2002, maj fév. 2020.

HUET (J.), Contrats électroniques, JCI Contrats – Distribution, Synthèse, maj mars 2021.

HOCQUET-BERG (S.), Faute délictuelle, JCI Responsabilité civile et Assurances, Synthèse, maj avril 2022.

KULLMANN (J.) (dir.), Lamy Assurances, éd 2019, Wolters Kluwer, 2018.

KENDERIAN (F.), Bail commercial : fin du bail et procédures collectives, JCI Bail à loyer, Synthèse, maj déc. 2021.

LABORRIER (B.), Accords de coopération commerciale, JCI Contrats – Distribution, fasc. 1100, maj juin 2011.

LARONDE-CLÉRAC (C.), Associations, JCI Sociétés Traité, Synthèse, maj janv. 2022.

LATIL (C.), Lois de police, JCI Droit international, fasc. 552-100, maj août 2021.

LATINA (M.), Contrat : généralités, Rép. de droit civil, Dalloz, mai 2017, maj fév. 2020.

LAZOUZI (M.), Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale – Champ d’application, JCI Droit international, fasc. 584-120, maj fév. 2017.

LEGEAIS (D.), Concurrence déloyale et parasitaire, JCI Commercial, fasc. 254, maj août 2021.

LE BESCOND de COATPONT (M.), Rupture brutale de relations commerciales établies, JCI Contrats – Distribution, fasc. 262, maj 1^{er} mars 2022.

LE PETITCORPS (K.), Droit du travail au quotidien, éd. 2022, Wolters Kluwer, 2021.

LE TOURNEAU (Ph.), Exclusivités unilatérales – Exclusivité unilatérale de vente. – Exclusivité unilatérale d’achat, JCI Contrats – Distribution, fasc. 1000, maj 12 juin 2014.

LE TOURNEAU (Ph.), Concession exclusive – Conditions de validité au regard du droit des contrats – Formation – Prix et durée, JCI Contrats – Distribution, fasc. 1025, maj 04 oct. 2015.

LE TOURNEAU (Ph.), ZOÏA (M.), Concession exclusive. – Effets et rupture, JCI Contrats – Distribution, fasc. 1035, maj 03 juill. 2019.

LE TOURNEAU (Ph.), Concessions. – Distribution, circuits et réseaux de distribution. – Inventaire des diverses concessions. – Fondement et protection des réseaux de distribution, JCI Contrats – Distribution, fasc. 1010, maj 22 juill. 2014.

LE TOURNEAU (Ph.), Quasi-contrat – Concept de quasi-contrat, Rép. de droit civil, Dalloz, 2018, maj mars 2021.

LE TOURNEAU (Ph.), Responsabilité : généralités, Rép. de droit civil, Dalloz, mai 2009, maj janv. 2020.

LE TOURNEAU (Ph.), POUMARÈDE (M), Bonne foi, Rép. de droit civil, Dalloz, maj avr. 2019.

LICARI (F.-X.), Contrat – Durée du contrat, JCI Civil Code – Art. 1210 à 1215, fasc. unique, maj sept. 2021.

LOUSSOUARN (Y.), TROCHU (M.), SOTOMAYOR (R. M.), Sociétés étrangères en France. – Reconnaissance et jouissance des droits, JCI Droit international, fasc. 570-30, maj 10 avr. 2020.

LOYER-BOUEZ (D.), (dir.), Mémento Concurrence Consommation, éd. Francis Lefebvre, 2020.

LELOUP (J.-M.), Agent commercial, Rép. de droit commercial, Dalloz, maj 2022.

MAETZ (C.-A.), Rupture brutale de relations commerciales établies, JCI Concurrence – consommation, fasc. 300, maj sept. 2019.

MALAURIE-VIGNAL (M.), MATHEY (N.), Actualité : L'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire – Loi n°2018-938 du 30 octobre 2018, JCI Contrats-Distribution, fasc. 12, maj 28 fév. 2019.

MARCHAND (X.), SÉRAPIONIAN (J.), THÉRON (J.), Demande reconventionnelle. – Droit à la demande reconventionnelle – Droit de la demande reconventionnelle, JCI Procédure civile, fasc. 600-35, maj 20 oct. 2017.

MARÉCHAL (C.), Les grandes étapes de l'évolution du droit de la concurrence, JCI Concurrence – Consommation, fasc. 25, maj juin 2014.

MARIE (A.), Pratiques anticoncurrentielles de dimension locale, JCI Concurrence, Consommation, fasc. 315, maj fév. 2016.

MARTIN-SERF (A.), Entreprise en difficulté : nullités de la période suspecte, Rép. de droit commercial, Dalloz, oct. 2017, maj avr. 2021.

MARTIN (A.-C.), PIHÉRY (R.), Pratiques restrictives de concurrence – Procédures de contrôle et de sanction, JCI Concurrence – Consommation, fasc. 720, maj janv. 2018.

MATHEY (N.), Période précontractuelle – Offre, Acceptation, JCI Contrats Distribution, fasc. 25 août 2019, maj 15 oct. 2021.

MAYAUD (Y.), Lamy associations, éd 2022, Wolters Kluwer, 2021.

MAYAUX (L.), Assurance : généralités, Rép. de droit civil, Dalloz, maj avr. 2020.

MERCADAL (B.) (dir.), Mémento droit commercial 2022-2020, éd. Francis Lefebvre, 2022-2020.

MECHIN (L.) (dir.), Mémento social 2020, éd. Francis Lefebvre, 2020.

MESTRE (J.), et al. (dir.), Lamy Sociétés commerciales, éd. 2022, Wolters Kluwer, 2021.

MONSÉRIÉ-BON (M.-H.), Entreprise en difficulté : période d'observation, Rép. de droit des sociétés, Dalloz, oct. 2014, maj mai 2022.

NICOLAS-VULLIERME (L.), Pratiques restrictives de l'article L. 442-6 du Code de commerce, JCI Concurrence Consommation, fasc. 290, maj 2012.

OLSZAK (N.), Agriculture, Rép. de droit commercial, Dalloz, oct. 2006, maj avr. 2019.

PASQUALINI (F.), PASQUALINI-SALERNO (V.), Expert-comptable, Rép. de droit commercial, Dalloz, déc. 2019.

PETIT (B.), ROUXEL (S.), Contrat – Classification des contrats, JCI Civil Code – Art. 1105 à 1111-1, fasc. unique, maj nov. 2016.

PICOD (Y.), DORANDEU (N.), Concurrence déloyale, Rép. de droit commercial, Dalloz, *maj* avr. 2022.

PERTEK (J.), Renvoi préjudiciel – Renvoi préjudiciel en interprétation, JCI Europe Traité, fasc. 361, *maj* sept. 2021.

PETIT (B.), ROUXEL (S.), Contrat. – Formation – Offre et acceptation, JCI Civil Code – Art. 1113 à 1122, fasc. unique, maj sept. 2021.

PETIT (F.), Transport routier – Contrat de transport de marchandises – Formation et preuve, JCI Transport, fasc. 735, maj mars 2022 (par L. SIGUOIRT).

PETIT (F.), Commission de transport – Régime de la commission de transport, JCI Transport, fasc. 613 maj sept. 2021.

PIMBERT (A.), Contrats de conseil, JCI Contrats – Distribution, fasc. 2030, maj 15 juin 2009.

PIRONON (V.), Groupes multinationaux – Filiales et succursales, JCI Concurrence – Consommation, fasc. 581, maj 23 avr. 2019.

RIGAUD (F.), (dir.), Santé, sécurité et conditions de travail au quotidien, éd. Wolters Kluwers, 2020.

PORACCHIA (D.), MERLAND (L.), LAMOUREUX (M.), Commissaire aux comptes, Rép. de droit des sociétés, sept. 2008, maj juill. 2021.

PORCHY-SIMON (S.), Santé – Responsabilité médicale – Principes généraux, JCI Civil Code – art. 1240 à 1245-17, fasc. 440-20, maj 26 juill. 2021.

PRIETO (C.)

- Fondamentaux du droit européen de la concurrence, JCI Europe Traité, Synthèse, *maj* nov. 2021.
- Ententes, JCI Europe Traité, synthèse, maj 29 sept. 2020.
- Droit de la concurrence de l'Union européenne : champ d'application des articles 101 et 102 TFUE, JCI Europe Traité, fasc. 1400, maj oct. 2020.
- Abus de position dominante. – Notion d'abus en droit communautaire, JCI Concurrence – Consommation, fasc. 561, maj fév. 2018.

RAYMOND (G.), Clauses abusives, JCI Concurrence – Consommation, fasc. 820, maj par PIMBERT (A.), janv. 2022.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), HOUIN-BRESSAND (C.), Sauvegarde et redressement judiciaire – Plan de redressement, JCI Commercial, fasc. 2630, 06 juin 2018, maj 15 oct. 2021.

SINDRES (D.), Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciales – Compétence – Règles ordinaires de compétence – Option de compétence en matière contractuelle – Article 7, §1, du règlement (UE) n°1215/2012, JCI Droit international, fasc. 584-130, maj janv. 2022.

SALVAT (O.), Vente commerciale : définition et formation, JCI Contrats – Distribution, Synthèse, maj 1^{er} juill. 2021.

SIMLER (Ph.), Interprétation des contrats, JCI Civil Code, Synthèse, 20 juin 2021.

TIRVAUDEY-BOURDIN (C.), Prorogation de compétence – Initiative des parties – Mécanisme légal, JCI Procédure civile, fasc. 600-85, maj 20 janv. 2021.

VALLANSAN (J.), VABRES (R.), Compétences des tribunaux de commerce – Détermination des actes de commerce, JCI Commercial, fasc. 37, maj. 25 mai 2013.

VERMELLE (G.), COULON (C.), Agent d'affaires – Agent immobilier, JCI Civil Code – Art. 1240 à 1245-17, fasc. 315, maj 26 fév. 2020.

VUITTON (X.), Référé civils, JCI Procédure civile, Synthèse, maj mars 2022.

Articles, chroniques, études

ABBOU (S.), De la concurrence libre à la concurrence loyale : les premiers pas de la loi n°96-588 du 1er juillet 1996 (relations entre fournisseurs et distributeurs), LPA du 21 juill. 1997, n°87, p. 4.

AGOSTINI (E.), Primeurs en Bordelais, D. n°27 du 24 juill. 2003, p. 1789.

ALLAIN (M.-L.), SOUAM (S.), Concentration horizontale et relations verticales, Cahiers de recherche 2004-02, École Polytechnique.

AMAR-LAYANI (B.), La tacite reconduction, D. 1996, 143.

AMARO (R.)

- Annulation d'une sentence arbitrale qui méconnaît l'application d'une loi de police française : l'article L. 420-2-1 du Code de commerce, LEDICO n°01 janv. 2022, p. 6.
- La relation commerciale établie au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce ou les vents contraires de la jurisprudence, AJCA 2019, p. 8

AMBLARD (C.), Juridique – Économie sociale et solidaire – Plaidoyer en faveur de l'entreprise associative, Juris associations 2018, n°582, p. 35.

ANCEL (M.-É.), Chronique Espace judiciaire européen en matière civile – Matière contractuelle ou matière délictuelle : à quelle enseigne loger un litige, RDT Eur. 2021, p. 411.

ARCELIN (L.)

- Adaptation du règlement P2B : Les errements de la loi DDADUE, *in* La loi DDADUE : simple adaptation ou réforme du droit français de la concurrence ? (Coll.), Concurrences n°1-2021, pp. 22-62.
- La conquête du droit du marché par la notion d'entreprise, RTD Com. n°03, 07 nov. 2018, p. 575.
- La contagion de la notion d'entreprise en droit économique, JCP E n°11, 13 mars 2014, 1124.
- Notion d'entreprise et association sportive sans but lucratif, RLC n°17 oct. 2008, 1192, pp. 25-26.
- La vaine résistance des petits concessionnaires automobiles à la réorganisation des réseaux, LPA n°240 du 30 nov. 2007, p. 13.
- Notion d'entreprise au sens du droit de la concurrence communautaire : variations autour de son activité économique, LPA n°100 du 18 mai 2007, p. 4.

ARCHAMBAULT (A.-L.), Rupture brutale d'une relation commerciale au sens de l'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce : indifférence du statut de la victime, JCP G n°24, 13 juin 2007, II 10109.

ARHEL (P.), Activité de la Cour de cassation en droit de la concurrence : janvier 1996 – mars 1997, JCP E n°37, 11 sept. 1997, 682.

ARONICA (C.), OSTOJSKI (L.), La rupture de relations commerciales établies, *in* CHAGNY (M.) (dir.), Lamy Droit Économique, éd. 2019, Wolters Kluwer, 2018.

ARRIGHI DE CASANOVA (C.), La codification par ordonnances – À propos du Code de commerce, JCP G n°02, 10 janv. 2001, doctrine 285.

ASCHENBROICH (J.), Le métier d'équipementier automobile du futur, Annales des Mines – Réalités industrielles, 2014/2, mai 2014, pp. 35-39.

ATTUEL-MENDES (L.), NOTEBAERT (J.-F.), « Les pratiques de négociation à l'épreuve du droit », Management & Avenir, 2011/4 (n° 44), p. 273-288. DOI : 10.3917/mav.044.0273.

AUBIN-BROUTÉ (R.-J.), Contrats de vente de produits agricoles et droit commun des contrats, Droit rural n°457, nov. 2017, ét. 33, 11.

AUBRY (C.), WOLFF (D.), La transmission d'entreprise : un objet d'étude complexe entre sciences de gestion, anthropologie et psychologie, Vie & Sciences de l'entreprise 2016/1, n°201, pp. 32-50.

AUDIT (M.) et CUPERLIER (O.), Arbitrage, loi de police et responsabilité délictuelle, D. n°43 du 09 déc 2010, p. 2884.

AUGAGNEUR (L.-M.)

- Après EGalim, quel modèle de régulation alternatif des négociations commerciales ?, AJCA n°02 du 17 fév. **2020**, p. 74.
- De la jurisprudence constitutionnelle en matière de pratiques restrictives à la Directive sur les délais de paiement : deux conceptions de l'abus, JCP E n° 30-33, 28 Juillet **2011**, 1555.
- L'anticipation raisonnable de la rupture des relations commerciales À propos d'un non-revirement de la Cour de cassation, JCP E n°42, 15 oct. **2009**, 1969.
- La répercussion d'une baisse d'activité sur les fournisseurs et sous-traitants constitue-t-elle une rupture partielle des relations commerciales établies ? Ou comment la crise révèle un cas d'imprévision, JCP E n°18, 30 avr. **2009**, 1446.
- Transparence tarifaire, opacité législative – Réflexions sur l'impuissance de la loi, RTD Com. **2008**, p. 221.

AUTEXIER (Ch.), 5es Journées juridiques franco-allemandes (Paris, 20-21 novembre 1987), in Revue internationale de droit comparé, Vol. 40, n°2, avr.-juin 1988, pp. 465-479.

AVOUT (L.) (d'), L'office du juge français remodelé sous l'effet des règles de conflit européennes, JCP P n°27, 05 juill. 2021, 733, pp. 1287-1291.

AZOULAI (L.), La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de Justice de l'Union européenne, in NEFRAMI (E.) (dir.), Objectifs et compétences dans l'Union européenne, éd. Bruylant, 2013, pp. 341-368, ISBN n°978-2-8027-3538-0.

BABUSIAUX (C), Pour un espace européen de concurrence, D. S. 1998, n°26, pp. 249-255.

BAKANG (B.), De la paracommercialité, LPA n°118 du 14 juin 2001, p. 4.

BAILLY (M.), L'hygiène bucco-dentaire entre beauté et santé, LSA n°2461, p. 48.

BALLOT-LENA (A.), Responsabilité de droit commun et régimes spéciaux, in **BALLOT-LENA (A.), E. CLAUDEL (E.), B. THULLIER (B.) et F.-X. TRAIN (F.-X.),** Droit civil de l'entreprise, D. n°24 du 28 juin 2007, p. 1688.

BARBIER (H.)

- La tentative de révision du contrat n'équivaut pas à une rupture brutale de la relation commerciale, RTD civ. **2020**, 99.
- Une rupture fautive doublée de l'inexécution du contrat emporte double indemnisation en cas de dommages distincts, RTD Civ. n°01 du 16 avr. **2019**, p. 103.

- La modification tacite du contrat par des pratiques contractuelles contraires mais non pas le seul silence ou la tolérance du contractant, RTD Civ. **2016**, p. 625.
- Le droit à la stabilité juridique et économique des relations contractuelles durant la période de préavis ? RTD Civ. n°02 du 30 juin **2015**, p. 381.
- Le poids de la crise dans l'appréciation de la rupture des relations commerciales, ou l'irruption du contexte économique dans l'article L. 442-6, RTD Civ. **2013**, p. 375.

BARBIÉRI (J.-J.)

- Mutuelles d'assurance et pratiques restrictives de concurrence, JCP E, n°47, 25 nov. 2010, 2013.
- Contrats du négoce agricole et contrats d'affaires, Droit rural n°372, avr. 2009, dossier 22, 29.

BARBIER (C.), DELFINI (A.), DESAGE (F.), Bâtir ou périr ? Les inégales (re)conversions de la bourgeoisie industrielle nordiste dans l'immobilier (1945-1990), Actes de la recherche en sciences sociales, 2022/2 (N° 242), p. 22-45.

BARJOT (D.), Le virage manqué. 1974-1984 : ces dix années où la France a décroché », Revue française d'histoire économique, 2021/1 (N° 15), p. 198-210.

BARRAL (P.), « Livre III - Le secteur agricole dans la France industrialisée (1950-1974), in Braudel (F.) (éd.), Histoire économique et sociale de la France (4), L'ère industrielle et la société d'aujourd'hui (1880-1980) : 1950 à nos jours. Paris cedex 14, PUF, Hors collection, 1982, p. 1425-1463.

BARRÉ (Ph.), Les normes professionnelles d'expertise comptable sont-elles une entrave à la performance des cabinets ? in BURLAUD (A.), Mélanges en l'honneur du Pr. Christian HOARAU, Comptabilité, Finance et Politique, De la pratique à la théorie : l'art de la conceptualisation, ECS, 2014, pp. 269-277.

BASIRE (Y.), Affaire Decathlon : référencement naturel et usage illicite de la marque d'autrui, Dalloz IP/IT 2017. 176.

BAZIN-BEUST (D.), La rupture du contrat de sous-traitance routière ou l'art de combiner le droit des transports et le droit de la concurrence, JCP E n°51-52, 19 déc. 2013, 1704.

BEAUCHARD (J.), Stabilisation des relations commerciales : la rupture des relations commerciales continues, LPA n°2 du 05 janv. 1998, p. 14. PA199800207.

BEAUMONT (S.), MAUGERE (C.), Loi applicable à la rupture brutale d'un contrat de distribution exécuté à l'étranger ou l'introduction d'une « dose » de responsabilité contractuelle dans le régime délictuel de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, RLDA n°96, 1^{er} sept. 2014.

BÉHAR-TOUCHAIS (M.)

- L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qualifié de loi de police par la Cour de cassation, JCP E n°41, 08 oct. **2020**, 1375.
- Le pouvoir de la DGCCRF de prononcer et liquider des astreintes d'1% du chiffre d'affaires arrive ! LEDICO oct. **2020**, n°113h6, p. 5.
- Le partenaire commercial est mort, vive le partenaire commercial, JCP E n°21-22, 21 mai **2020**, pp. 36-40.
- La nouvelle rupture des relations commerciales établies, RDC, n°04, du 16 déc. **2019**, p. 45.
- Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avr. 2019, JCP E n°29, 18 juill. **2019**, 1363.
- La confirmation timide du recul de l'article L 442-6 du Code de commerce, BJS n°11 du 01 nov. **2017**, p. 683.
- La limitation du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce par la règle *specialia generalibus derogant*, JCP G, n°27, 03 juill. **2017**, p. 1312-1315.
- L'exclusion brutale d'un associé coopérateur : quand le droit spécial chasse le droit plus général, BJS n°05 mai **2017**, p. 324, n°116h3, 1.

- Et si l'action du ministre fondée sur l'article L. 442-6, III, du Code de commerce n'était ni contractuelle, ni délictuelle au sens des règlements Bruxelles I, Rome I et Rome II ? RDC n°04 du 01 déc. **2015**, n°112s4, p. 889.
- La continuation par un tiers d'une relation commerciale établie, JCP G n°45, 02 nov. **2015**, 1212.
- Rebondissement dans l'affaire Planète Prod, Revue Lamy de la concurrence n°34, 01, janv. **2013**, 2209, pp. 44-45.
- Une piqûre de rappel : les sociétés d'assurance mutuelle sont soumises au droit des pratiques restrictive de concurrence, RLC, n°27, avr. – juin **2011**, pp. 45-46.
- a) L'amende civile prévue à l'article L. 442-6, III du Code de commerce est bien répressive, RDC n°02 du 01 avr. **2011**, p. 536.
- b) L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce n'est pas contraire au principe de la légalité des délits et des peines, RDC n°02 du **01 avr. 2011**, p. 538.
- L'article 6 du Règlement Rome II et les pratiques restrictives de concurrence internationales, RLC n°22, janv. – mars **2010**, 1523, pp. 31-35.
- Abus de puissance économique et droit international privé, RIDE, **2010/1**, t. XXIV, 1, pp. 37-59.
- La rupture d'une relation commerciale établie, Petites Affiches, 09 oct. **2008**, n°203, p. 9.
- Délai de préavis – L'article L. 442-6, I-5° du Code de commerce confronté aux contrats-types et aux accords interprofessionnels, Revue Lamy de la Concurrence, n°15, 01 avr. **2008**, 1074.
- Réduction des commandes et rupture partielle des relations commerciales, Revue des contrats n°2, 01 avr. **2005**, p. 392.
- Réduction des commandes et rupture partielle des relations commerciales, RLC n°1, nov. 2004/janv. **2005**, 41, pp. 51-53.

BÉNABENT (A.), La prolongation du contrat, RDC n°1 du 01 avr. 2004, p. 117.

BERGÈS (F.), BONTEMS (P.), RÉQUILLART (V.), L'impact économique du développement des marques de distributeurs, Économie & prévision, 2009/3 n° 189, p. 41-56.

BERMANN (G. A.), Le rôle respectif des cours et des arbitres dans la détermination de la compétence arbitrale, *in* L'arbitrage, Arch. De. Phil. Du droit, Association française de philosophie du droit, tome 52, 2009, pp. 122-133.

BERTIN (R.), Les conditions de recours à la procédure extraordinaire de résiliation avec préavis réduit à un an pour cause de réorganisation d'un réseau de distribution automobile, RLDA fév. 2007, n°13, 783, pp. 74-81.

BERTOLASO (S.), L'entreprise et la contrainte concurrentielle, RLDA n°91, 1^{er} mars 2014, pp. 80-83.

BERTOZZO (M.), Le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 ou la matérialisation des idées libérales de la Révolution française, Revue générale du droit, 2015, n°19932.

BETOULLE (J.), La distinction contrôle lourd / contrôle léger de la cour de cassation – Mythe ou réalité ? JCP G n°41, 09 oct. 2002, doct. 171.

BIGOT (R.), La faute intentionnelle ou le phœnix de l'assurance de responsabilité civile professionnelle, Revue Lamy Droit civil, n°59, 1^{er} avr. 2009.

BILLET (P.), La (pseudo) simplification du droit de l'environnement et du droit de l'urbanisme et l'amélioration de leur qualité. A propos de la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JCP A n°26, 27 juin 2011, 2232.

BILLOWS (S.),

À qui profite la « concurrence » ? Modèles de concurrence et régulation de la grande distribution française (1949-1986), Gouvernement et action publique 2016/4, Presses de Sciences Po, n°4, p. 69-91.

BISCHOFF (J.-M.), Utilisation du principe de proximité pour désigner la loi compétente en cas de délit complexe, RCDIP 2000, p. 199.

BLAISE (J.-B.), Un dernier bastion ? A propos de la loi du 02 août 2005 en faveur des PME, sept. 2005, Concurrences n°3-2005, art. n°1220, pp. 1-2.

BLANCHÉ (R.), Raisonnement, Encyclopædia Universalis [en ligne].

BLOCH (C.) et GIUDICELLI (A.), Imputation à une personne morale, *in* LE TOURNEAU (P.) (dir.), Droit de la responsabilité et des contrats 2021-2022, Dalloz action, p. 547, 2112.42.

BLOCH (C.), Le préjudice, *in* LE TOURNEAU (Ph.) (dir.), Droit de la responsabilité et des contrats 2021/22, 12^e éd., Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2020, ISBN n°978-2-247-20137-2.

BLONDEL (F.), GAULTIER-GAILLARD (S.), Comment une entreprise peut-elle maîtriser les risques induits par l'innovation ? », Vie & sciences de l'entreprise, vol. 172, n°3, 2006, pp. 10-23.

BOLLÉE (B.), Pratiques restrictives de concurrence et lois de police, RDC n°01 du 01 mars 2021, p. 86.

BORDENBERGER (C.), DOISY (N.), Les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs, Économie & prévision, 2006/4-5 (n° 175-176), p. 189-195.

BORGHETTI (S.), La perte de chance, rapport introductif, LPA 31 oct. 2013, p. 3.

BOSCO (D.), Sanction des abus d'exploitation : la cour d'appel de Paris douche l'enthousiasme de l'Autorité de la concurrence, CCC n°1, janv. 2020, 12.

BOUDOU (O.-M.), La coopération commerciale à la croisée du droit de la concurrence et du droit des contrats à l'heure de la circulaire Dutreil, RJO 2004-4, pp. 433-455.

BOULADOUX (M.) (dir.), La situation économique : La reconversion, dont on parle tant, n'est-elle pas une façade derrière laquelle il n'y a rien ? *in* Recherches : éléments d'études et de recherches pour militants syndicalistes, 1 nov. 1954, pp. 33-39.

BOULOC (B.)

- Rupture de relations commerciales établies, RTD Com. 2009, p. 799.
- Transports terrestres. Soumission au contrat-type, RTD Com. n°03 du 15 sept. 2008, p. 618.

BOURETZ (E.), L'article 36-5 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, revue de trois ans de jurisprudence, JCP E n°15, 12 avr. 2001, p. 649.

BOURDEAUX (G.), MENJUCQ (M.), NOURISSAT (C.), Commerce international – Droit du commerce international, JCP E n°11, 12 mars 2020, 1109.

BOURGEOIS (L.), DEMOTES-MAINARD (M.), Les cinquante ans qui ont changé l'agriculture française, *in* Boussard (I.), Clerc (F.) Kroll (J.-Ch.) (dirs), Les cinquante premières années de la SFER. Quel avenir pour l'économie rurale ? Économie rurale, n°255-256, SFER 2000, pp. 14-20.

BOUZAT (P.), Vente subordonnée à l'achat d'une quantité imposée, RTD Com. n°04 du 14 déc. 1990, p. 657.

BOY (L.), Abus de dépendance économique. Reculer pour mieux sauter ? RLC, mai/juin 2010, n°23, 1618, pp. 93-99.

BRETZNER (J.-D.), Détermination du juge des référés apte à statuer sur une demande fondée sur l'article L. 442-6 du code de commerce, AJCA n°07, 01 oct. 2014, p. 293.

BRETZNER (J.-D.) et DUMINY (E.), Le contentieux de la rupture du contrat d'affaires, AJCA n°01, 15 janv. 2015, p. 14.

BRUSCHI (M.), L'assurance et la responsabilité civile professionnelle, LPA n°137, 11 juill. 2001, p. 70.

BUREAU (D.)

- L'action du ministre chargé de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence : l'impérativité réactivée ? Rev. crit. DIP **2020**, n°4, p. 839-853.
- Persistance du contentieux international de la rupture de relations commerciales établies, RCDIP **2018**, n°1, pp. 126-137.
- La loi applicable en matière de rupture des relations commerciales établies, JCP G n°21-22, 26 mai **2014**.

BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), Existence et effet de la clause attributive de juridiction face à une loi de police du for exclu, RCDIP **2017/2** n°2, pp. 269-278.

BRIGNON (B.), Le conseil en propriété industrielle n'est pas commerçant, Hebdo édition affaires n°337 du 01 mai 2013.

BURST (J.-J.), FERRIER (D.), MOMEGE (Ch.), MOUSSERON (J.-M.), SELINSKY (V.), Montagne ou souris – Commentaire de la loi du 30 décembre 1985 « portant amélioration de la concurrence », JCP E n°12, 20 mars 1986, 14682.

BUY (F.)

- Rupture brutale : La chambre internationale de la Cour d'appel de Paris juge que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° C. com. ne constituent pas une loi de police (*Sodmilab / Waters*), Concurrences n°3-**2020**, art. n°96046, pp. 119-120.
- La crise au supermarché, D. n°22 du 18 juin **2020**, p. 1240.
- La (décevante) réforme du droit des relations commerciales, D. n°20 du 30 mai **2019**, p. 1122.
- Responsabilité contractuelle et responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale : la Cour de cassation valide le cumul, D., n°43 du 13 déc. **2018**, p. 2396.
- Réforme du droit des relations commerciales agricoles : la « contractualisation », acte 2, AJCA n°12 du 06 déc. **2018**, p. 504.
- Rupture brutale des relations commerciales établies : panorama 2017, Revue Lamy Droit civil, n°155, 01 janv. **2018**.
- Notion de brutalité : La Cour de cassation décide que le caractère prévisible de la rupture d'une relation commerciale établie ne prive pas, en lui-même, celle-ci de son caractère brutal (US Import Export /Sniw), 06 sept. 2016, Concurrences, n°4-**2016**, art. n°81931, p. 125.
- Le maintien forcé des relations commerciales comme sanction d'une dissolution abusive, JCP G. n°26, 25 juin **2012**, pp. 1263-1264.
- Clause de tacite reconduction, *in* BARRIÈRE (J.-P.), DE FERRIÈRE (M.) (dirs.), *Aéronautique, Marchés, Entreprises, Mélanges en mémoire d'Emmanuel Chadeau*, éd. Institut de recherches historiques du Septentrion, Lille 2004, pp. 719-724.

BUY (F), RODA (J.-C.), Quand l'abus de position dominante croise la rupture brutale, D. **2016**, p. 973.

CABRILLAC (H.), L'agriculture et le droit commercial, *in* *Le Droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges Ripert*, 1 vol., 1950, p. 272-286.

CABRILLAC (R.), Perspectives d'évolution du droit français en matière d'imprévision à la lumière du droit comparé, *in* *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinozi*, sept. 2013, Dalloz, ISBN n°978-2-247-13199-0, pp. 227-237.

CACHARD (O.), Sur les difficultés de fond et de procédure que peut provoquer la vente d'un yacht par un chantier naval, DMF n°762, oct. 2014, pp. 832-848.

CAMPOLINI (P.), Revente de titres d'accès à des événements, *in* *Chronique de législation en droit privé* (1^{er} juill. – 31 déc. 2013, première partie), Journal des tribunaux, 28 juin 2014, n° 25, n°6569, 73, p. 496

CAPRIOLI (É. A.), Lettre recommandée électronique, *Communication Commerce électronique* n°7-8, juill. 2018, comm. 60.

CARLIER (P.), Le règlement Rome II et la théorie générale des conflits de lois, *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs*, 2007-2008/2, 1 août 2009, pp. 307-316.

CARON (F.), BOUVIER (J.), GIRAULT (R.), « Livre II - L'État et le capitalisme. Nouvelles structures. Nouveaux problèmes. 1949-années 1970, *in* Braudel (F.) (éd.), *Histoire économique et sociale de la France* (4), *L'ère industrielle et la société d'aujourd'hui (1880-1980) : 1950 à nos jours*. PUF, Hors collection, 1982, p. 1009-1435.

CARVAL (S.), LABORDE (J.-F.), NEROT (S.), La réparation de la perte de marge, *D.* 2018, p. 252.

CASEAU-ROCHE (C.), Une pierre supplémentaire à la construction du contentieux de l'honoraire de l'avocat, *JCP G* n°22, 28 mai 2018, 599.

CASTALDO (A.), L'ours d'Ardres et la "redevance" des médecins exerçant en cliniques privées, *in* *Écrits de droit de l'entreprise, Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, Dalloz 2015, pp. 399-432.

CAYOT (M.), Pas de « relations commerciales établies » pour les professionnels de santé, *Revue droit & santé* n°102, juill. 2021, pp. 608-610.

CAYOT (M.), Le « retour » de l'abus d'exploitation n'aura pas lieu ? *RDS*, n°95, 2020, pp. 468-471.

CHABAUD (D.), ESTAY (C.), LOUART (P.), Éditorial, *Revue de l'entrepreneuriat*, 2008/1, vol. 7, pp. I-XVIII.

CHADEAU (E.), Entre familles et managers, les grandes firmes de commerce de détail en France depuis 1945, *in* BARRIÈRE (J.-P.), DE FERRIÈRE (M.) (dirs.), *Aéronautique, Marchés, Entreprises, Mélanges en mémoire d'Emmanuel Chadeau*, éd. Institut de recherches historiques du Septentrion, Lille 2004.

CHAGNY (M.)

- Abus de position dominante : Le Tribunal de commerce de Paris sanctionne de nouveau un abus de position dominante commis par l'éditeur d'un moteur de recherche et exploitant d'un service de publicité en ligne (Google), *Concurrences* n°1-2021.
- Droit des pratiques restrictives de concurrence et droit de la concurrence déloyale, *RTD Com.* n°01 du 20 mai 2021, p. 45.
- Quelle refonte du titre IV du livre IV du code de commerce après l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 ? , *JCP E* n°19, 09 mai 2019, act. 304.
- Vers une conception (plus) stricte du « partenaire commercial » bénéficiaire des articles L. 442-6-I-1° et 2° du code de commerce, *RTD Com.* n°03 du 07 nov. 2018, p. 635.
- Contribution sur le titre IV du livre IV du code de commerce, *in* *Pour une réforme du droit de la concurrence, Rapport du club des juristes*, 2018, p. 157.
- Jurisprudence : La règle sur la rupture brutale entre droit spécial de la concurrence et droit commun de la responsabilité civile, *RTD Com.* n°04 du 19 janv. 2017, p. 719.

CHAGNY (M.), RIFFAULT-SILK (J.), Actualité du contentieux des dommages concurrentiels, *Revue Lamy de la concurrence*, n°20, 1^{er} juill. 2009.

CHAMPAUD (C.)

- L'entreprise se lève à l'est, *in* *Droit et gestion de l'entreprise, Mélanges en l'honneur du doyen Roger Percerou*, Vuibert Gestion, 1993, p. 75.
- La concession commerciale, *RTD Com.* 1963, extrait n°3-1963, pp. 451-504.

CHAMPROUX (N. A.), TORRES (F.), La mondialisation des entreprises françaises, phénomène d'histoire globale, chantier d'histoire au présent à ouvrir, *Revue française d'histoire économique*, 2021/1 (N° 15), p. 6-13.

CHANTEPIE (G.), La précarité des relations commerciales, CCC n°11, nov. 2012, ét. 11.

CHANUT (O.), Concurrence verticale industriels-distributeurs : stratégie des acteurs et évolution du droit. Colloque Etienne Thil, Roubaix, France, 2015.

CHARTIER (Y.), L'évaluation du préjudice ne cas de perte de gains, Revue internationale de droit comparé, vol. 38, n°02, avr.-juin 1986, études de droit contemporain, contributions françaises au 12e Congrès international de droit comparé (Sydney-Melbourne, 18-26 août 1986), pp. 441-465.

CHATRIOT (A.), CHESSEL (M.-E.), L'histoire de la distribution : un chantier inachevé, Histoire, économie & société, 2006/1, pp. 67-82.

CHEVALIER (J.-M.), La concentration économique et ses limites, *in* Université de tous les savoirs (dir), L'Économie, le Travail, l'Entreprise, vol. 3, Odile Jacob, Hors collection, 2002, p. 153-164.

CHEVRIER (E.)

- Rupture brutale d'une relation commerciale : doublement du préavis, Dalloz actualité 12 nov. **2013**.
- Agent commercial : durée du préavis en cas de rupture du contrat, D. **2012**, p.1062.
- Responsabilité délictuelle pour rupture brutale d'une relation commerciale établie, Dalloz actualité 21 janv. **2009**.
- Article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce : le retour de la relation commerciale, D. **2007**, p. 2805.
- Rupture d'une relation commerciale établie : tribunal compétent, D. n°38 du 03 nov. 2005. JCP n°43 du 24 oct. **2005**, IV 3349.

CHONÉ-GRIMALDI (A.-S.), Abus d'exploitation : le retour ? LEDICO nov. **2018**, n°111r6, p. 5.

CHONÉ-GRIMALDI (A.-S.), DARMON (J.), GRANDJEAN (J.-P.), Les géants du numérique face à l'interdiction des abus de dépendance économique : Les Français contre-attaquent, Concurrences n°4-**2020**, pp. 84-92.

CLAUDEL (E.)

- L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (commentaire de l'article 1143 nouveau du Code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique), RTD Com. n°03 du 07 oct. **2016**.
- Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, RTD Com. n°03 du 14 sept. **2001**, p. 663.
- Nouvelles régulations économiques, RTD Com. n°03 du 15 sept. **2000**, p. 606.

COCHET (H.), Séparation capital/travail, flexibilité et rémunération des facteurs de production, La fin de l'exploitation agricole familiale ? Économie rurale, 2017/1-2 (n° 357-358), p. 7-22.

COLOMBET (C.), La cession du droit de représentation ou du droit de reproduction doit être limitée aux modes d'exploitation. Appréciation de la commune intention des parties : maintien, dans leurs rapports, des règles d'un contrat qu'elles ont dénoncé, D. 1993, p. 91.

COMBET (M.), La rupture brutale des relations commerciales établies dans un contexte international ou européen, RLC n°113, fév. 2022, 4196, pp. 37-42.

COMERT (M.), La notion de déséquilibre significatif de l'article L 442-6 du Code de commerce : premiers enseignements tirés de la jurisprudence, RJDA 02/12, chronique.

COULIBALY (H.), DOISY (M.), Les nouveaux délits : Les pénalités logistiques, Concurrences n°1-2022, Dossier : La Loi « EGalim 2 », pp. 15-18.

COUTURIER (G.), Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défailtantes, BJS n°2 du 01 fév. 2008, p. 142.

COVA (F.), « Emmanuel Kant et l'éthique des principes », dans : Nicolas Journet éd., La Morale. Éthique et sciences humaines. Auxerre, Éditions Sciences Humaines, « Synthèse », 2012, p. 85-95.

COVILLE (T.), Les sanctions contre l'Iran, le choix d'une punition collective contre la société iranienne ?, Revue internationale et stratégique, 2015/1, n° 97, p. 149-158.

CREVEL (S.), Exclusion du coopérateur pour manquement : plus c'est long, moins c'est grave, Droit rural n°460, fév. 2018, comm. 30.

CROISANT (G.), Arrêt « Wikingerhof » : un nouveau critère de distinction entre les matières contractuelle et délictuelle en droit international privé européen ? JDE 2021, pp. 347-349.

DAUDRET-JOHN (F.), SOUTY (F.), Infrastructures essentielles et effet de levier : la Cour Suprême américaine rend un arrêt de principe (Trinko), Concurrences n°1-2004, pp. 97-102.

DAUMAS (J.-C.)

- Consommation de masse et grande distribution. Une révolution permanente (1957-2005), Vingtième Siècle. Revue d'histoire, **2006/3** (n°91), pp. 57-76.
- L'invention des usines à vendre. Carrefour et la révolution de l'hypermarché, Réseaux **2006/1-2**, pp. 59-91.

DAVER (C.),

- Quelques mots d'actualité sur la redevance et la définition du coût réel..., Acta Endoscopica, vol. 38, **2008**, n°S1.
- Droit des contrats en exercice libéral, RGDM n°08, **2002**, pp. 183-196.

DE BERMOND DE VAULX (J.-M.), Contribution à l'étude de la méthodologie comparée du marché du produit en cause (relevant product market) entre le droit américain et le droit européen, JCP E n°33, 11 sept. 1986, 14765.

DE BROSSES (A.), La rupture fautive des relations commerciales établies, Droit et patrimoine, n°116, 1^{er} juin 2003. RJDA 1999, n°1176.

DE FREYMAN (J.), Le rôle du contrat psychologique dans la compréhension de la cohabitation entre un cédant et un repreneur, Revue de l'Entrepreneuriat n°3-4, vol. 18, 2019, pp. 165-198.

DE FREYMAN (J.), RICHOMME-HUET (K.), Le phénomène successoral, Entreprendre & Innover 2012/2, n°14, pp. 9-19.

DE FONTMICHEL (M.), L'équilibre contractuel des clauses relatives au litige, JCP G n°21-22, 27 mai 2019, doct. 583.

DE GRANVILLIERS (B.), Le droit de résiliation d'un contrat à durée indéterminée, n'exclut par le respect d'un préavis, Droit rural n°425, août 2014, comm. 164.

DE LAMMERVILLE (D.), Rupture brutale de relations commerciales et réparation du préjudice d'un tiers, JCP E n°45 du 10 nov. 2011, 1788.

DE LAMMERVILLE (D.), L. MARION (L.), Dans le prolongement de l'arrêt Granarolo de la CJUE, la Cour de cassation retient la nature contractuelle de l'action indemnitaire de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, JCP E n°15-16, 12 avr. 2018, 1190, pp. 46-49.

DE LAMMERVILLE (D.), AYNÈS (L.), La nature délictuelle de la responsabilité découlant de la rupture d'une relation commerciale établie n'exclut pas, en matière internationale, l'applicabilité d'une clause attributive de compétence, JCP E n°9, 03 mars 2011, 1179.

DE MELLO (X.), Loyauté ou liberté de la concurrence ? LPA n°84, 15 juill. 1994.

DE MAUBLANC (F.), Rupture brutale d'une relation commerciale établie et mise en concurrence par enchère à distance, LPA n°217 du 31 oct. 2016, p. 36.

DE MONTJOU (G.), Étude des traductions majoritaires de *sinon* en anglais, in BONNEFILLE (S.), SALBAYRE (S.) (éd.), La Négation : Formes, figures, conceptualisation, Presses universitaires François-Rabelais, Séries GRAAT 35, Tours 2006.

DECOCQ (A.), Sur l'abolition du délit de refus de vente, La Semaine Juridique Edition Générale n°5, 29 janv. 1997, doct. 3997.

DECOCQ (G.), Le refus d'agrément constitue un accord de volontés et non une pratique unilatérale, CCC n°4, avr. 2019, 72.

DELDICQUE (M.-M.), GAULLIER (F.), Succession de contrats à durée déterminée d'usage dans le secteur de la production audiovisuelle : quels sont les risques de requalification en contrat à durée indéterminée ? Communication – Commerce électronique, janv. 2016, ét. 2.

DEHARO (G.), Honoraires de l'avocat et retard de paiement : modalités du recouvrement, Dalloz actualité 18 mai 2018.

DELPECH (X.)

- Droit de la concurrence : transposition en droit français de la directive ECN+, Dalloz actualité 02 juin 2021.
- Le Sénat propose de corriger les effets pervers de la loi EGalim, AJCA n°11 du 21 nov. 2019, p. 456.
- A la une - Activité économique - L'association confrontée au droit de la concurrence, Juris associations n°534 du 01 mars 2016, p. 11.
- Contrat de transport : rupture de la relation commerciale établie, D. 2011, p. 2465.
- Clause compromissoire : rupture d'une relation commerciale établie, D. n°43 du 09 déc. 2010, p. 2884.
- Contrats-types de transport public de marchandises : application dans le temps, D. 2008, p. 412. Contrats, JCP E n°10, 06 mars 2008, 1325.
- Le tutorat d'entreprise désormais en vigueur, Dalloz actualité 03 avr. 2007.

DELVALLÉE (J.), Quel contrat de relation à l'enseigne choisir ? LSA du 26 sept. 2019, n°2572, pp. 64-65.

DESHAYES (O.)

- Le dommage réparable en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie, RLDA n°51, 01 juill. 2010, pp. 98-107.
- La rupture brutale des relations commerciales (à peine) réformée, in MALASSIGNE (V), DESHAYES (O.), MICHINEAU (M.), Les pratiques déloyales (La réécriture du Titre IV du Livre IV du code de commerce - Nanterre, 4 avril 2019), septembre 2019, Revue Concurrences n° 3-2019, art. n° 90892.

DESOUTTER (L.), Les clauses de rupture – étude pratique, RLDA n°51, 1^{er} juill. 2010, p. 110.

DEWOLF (H.), Réflexions sur le déréférencement abusif, LPA n°17 du 7 fév. 1997, p. 13.

DHAEYER (B.), L'application de l'article 86 du Traité de Rome au refus d'approvisionnement, Journal des Tribunaux, 12 oct. 1974, n°4883, pp. 541-544.

DISSAUX (N.)

- Comment sanctionner le refus d'admission à un congrès professionnel ? AJCA n°02 du 19 fév. 2019, p. 86.
- La relation commerciale établie avec une association, JCP Affaires, n°11, 16 mars 2017.
- Les mystères du contrat-cadre, AJCA 2017, p. 104.
- La lettre de rupture commerciale, JCP E n°42, 20 oct. 2016, 1565.

DONADA (C.), NOGATCHEWSKY (G.), La confiance dans les relations interentreprises. Une revue des recherches quantitatives, *Revue française de gestion*, 2007/6, n°175, p. 111-124.

DORANDEU (N.), Concurrence illégale, *in* Centre de droit de la concurrence Yves Serra, Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme, D. n°41 du 29 nov. 2012, p. 2760.

DUMONCEAU-BEAUNE (V.) et BELMONT (S.), Les fournisseurs de produits sous marques de distributeurs et la loi NRE ou comment prévenir et gérer une situation de dépendance, CCC n°6, juin 2002, chron. 12.

DUPONT (C.), Les négociations commerciales, *Négociations*, 2011/1 (n° 15), p. 11-32.

DUPONT-LASSALE (J.), La « subsidiarité juridictionnelle », instrument de l'intégration communautaire ? *Droit et société* 2012/1 n°80, pp. 47 à 71.

ELHOUEISS (J.-L.), L'élément d'extranéité préalable en droit international privé, *Journal du droit international* (Clunet) n°1, janv. 2003, doct. 100002.

ETIENNEY-DE SAINTE MARIE (A.), PAQUIN (J.-P.), La durée du contrat, *JCP N* n°47, 20 nov. 2015, 1213, pp. 55-59.

ERÉSÉO (N.) Distribution sélective : La Cour d'appel de Paris juge que le refus d'agrément n'est pas un acte unilatéral exclusif de la qualification d'entente (Automobiles Palau / Mazda Automobiles France), 23 janvier 2019, *Concurrences N° 2-2019*, Art. N° 90201, pp. 88-90.

FAGES (B.), Que valent les prévisions contractuelles face à l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce ? *RTD Civ.* 2014, p. 118.

FARGE (M.), La proposition de règlement : l'articulation des sources et des méthodes du droit international privé en matière de vente supranationale, *LPA* n°256 du 24 déc. 2013, p. 15.

FASQUELLE (D.), ROBERVAL (L.), Rapports distributeurs / fournisseurs : L'exemple de l'encadrement par le droit français, *in* BÉHAR-TOUCHAIS (M.), CHARBIT (N.), AMARO (R.) (dirs.), À quoi sert la concurrence ? *Concurrences*, 30 sept. 2014, pp. 355-360.

FERRIER (D.)

- Concurrence – Distribution juill. 2009 – déc. 2010, D. **2011**, p. 540.
- Le refus de vente ne constitue plus en soi une faute civile mais peut constituer un abus de droit, D. n°39 du 14 nov. 2002, p. 3009.
- La rupture brutale de relations commerciales établies expose son auteur à réparer le préjudice subi, D. **2001**, p. 297.
- Le contrat de concession exclusive ne constitue pas un mandat d'intérêt commun, D. n°37 du 22 oct. **1998**, p. 333.

FERRIER (N.)

- Concurrence – Distribution, janv. 2021 – janv. 2022, D. **2022**, p. 725.
- Concurrence – Distribution, janv. 2020 – déc. 2020, D. **2021**, p. 718.
- Concurrence – Distribution, janv. 2019 – déc. 2019, D. **2020**, p. 789
- Concurrence – Distribution, janv. 2018– déc. 2018, D. **2019**, p. 783

FERRY N., MOMÈGE (C.), L'émergence des super-centrales dans la grande distribution : quelles justifications juridiques ? *JCP E* n°12, 21 mars 1985, 14441.

FERRÉ (D.), BIANCONE (K.), FRANÇOIS-MARTIN (L.), Le nouveau traitement des micro-pratiques anticoncurrentielles en droit français, *RLDA*, fév. 2009, n°35, n°2138, pp. 45-49.

FRISON-ROCHE (M.-A.), Déontologie et discipline, in Les professions libérales, Coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, L.G.D.J., 1998, p.103-118 s.

FONTAINE (M.), Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats, in Mélanges P. Van Ommeslaghe, éd. Bruylant, 2000, p. 115 s.

FORTI (V.), Le domaine de la présomption de solidarité en matière commerciale, RTD Com. du 12 août 2021, p. 257.

FOURGOUX (J.-L.)

- Rupture brutale : La Cour de cassation décide que la relation commerciale doit s'entendre des liens contractuels existant entre les sociétés, sans tenir compte de la notion de sociétés mères-filles (*Rotosiam Battim / Carrefour*), 07 mai 2019, Concurrences n°3-2019, art. n°91231, p. 108.
- Association : La Cour d'appel de Paris juge qu'une association sans but lucratif peut exercer une activité de prestation service rémunérée et donc être traduite devant les juridictions spécialisées en cas de rupture brutale des relations commerciales (CNSUE / SEA TPI), 30 novembre 2018, Concurrences n° 1-2019, Art. n° 89425, p. 114.
- Préavis : La Cour de cassation valide l'analyse souveraine de la Cour d'appel de Paris retenant que la dépendance économique d'un laboratoire pharmaceutique vis-à-vis de son fournisseur de flacons imposait un préavis sans changement substantiel, pendant trente-six mois (*Saint Gobain*), Concurrences n°1-2017, art. n°83382, pp. 124-125.
- Panorama de la rupture brutale des relations commerciales, AJCA 2015, p. 19.
- Rupture brutale des relations commerciales – Commande anormale – MDD – Imputabilité – Préavis – Amende, Chroniques, Concurrences n°3-2012, pp. 132-150.

FOURGOUX (J.-L.), UTZSCHNEIDER (Y.), CLAMENS (A.), Le nouveau pouvoir de la DGCCRF de prononcer et de liquider des astreintes : Une révolution en forme de régression, Concurrences n°1-2021, Dossier, La loi DDADUE.

FOURGOUX (J.-C.), FOURGOUX (J.-L.), La réforme de l'ordonnance du 1er décembre 1986 sur la concurrence – La loi n°96-588 du 1er juillet 1996 : addition ou soustraction ? JCP E n°44, 31 oct. 1996, 601.

FOURMENT (A.), BATUDE (D.), Préjudice découlant de la rupture brutale de relations commerciales établies – Plaidoyer pour une prévisibilité des calculs prétoriens, CCC déc. 2015, 16.

FOURNIER (S.), Concurrence et consommation, JCI Pénal des affaires, date de fraîcheur : 11 avr. 2020, 118.

FROUART (C.-H.), Fabrication et privatisation de l'innovation par le droit des brevets, in HIBOU (B.) éd., La bureaucratisation néolibérale. Paris, La Découverte, « Recherches », 2013, p. 77-102.

FRISCH (M.), Proposition de loi visant à rééquilibrer les relations entre la grande distribution et ses fournisseurs : la recherche d'un prix juste et éthique, RLDA n°164, nov. 2020, pp. 23-27.

GAILLARD (J.), Les intentions d'une politique fiscale, la patente en France au XIXème siècle, Bulletin du centre d'histoire de la France contemporaine, Institutions et Dynamiques historiques de l'économie et de la société, 1986, pp. 15-38.

GARINOT (J.-M.), Que reste-t-il de l'abus dans le non-renouvellement du contrat, D. 2014, p. 2014.

GAUTIER (P.-Y.), Paul Durand – première partie : Théorie générale du droit et du contrat, RDC n°04 du 10 déc. 2020, p. 108.

GAVALDA (C.), LUCAS DE LEYSSAC (C.), L'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence s'applique aux prestations offertes par les mutuelles d'assurances, D. n°29 du 05 sept. 1991, p. 247.

GENICON (T.)

- Les causes d'exonération de la responsabilité civile, Dalloz, Coll. Archives de philosophie du droit, **2021/1**, Tome 63, p. 429-443.
- Acceptation tacite dans une relation d'affaire habituelle : un silence circonstancié qui ne dit pas son nom, RDC n°3, 01 juill. **2011**, p. 795.
- Silence et tacite « reconduction » : deux notions pièges, RDC n°4, 1er oct. **2009**, p. 1330.

GILE (N.), La rupture brutale d'une relation commerciale établie : les dégâts collatéraux causés aux entreprises françaises par une loi dévoyée, Gaz. Pal. n°234 du 22 août 2015, p. 6.

GINER ASINS (M.) et SANZ (A.), Rupture de relations commerciales établies. Bilan 2015-2016, JCP E n°39, 28 sept. 2017, 1501.

GINESTY (S.), La succursale, une filiale (presque) comme les autres, La lettre jur. n°546 du 07 nov. 2013.

GLAIS (M.)

- La sanction des abus de dépendance économique : entre désillusion et espoir, CCC n°12, déc. **2006**, 25.
- L'utilisation des travaux de la nouvelle économie industrielle par les autorités de la concurrence, Cahier d'économie politique, Papers in Political Economy, n°37, **2000**, Qu'a-t-on appris sur la concurrence imparfaite depuis Cournot ? pp. 197-223.
- Chronique de la concurrence - L'exploitation abusive d'un État de dépendance économique (Analyse économique du droit et de la jurisprudence française de la concurrence, in : Revue d'économie industrielle, vol. 68, 2e trimestre **1994**, pp. 81-98.

GODARD (L.), Un vent de réformes souffle (déjà !) sur le droit substantiel des pratiques restrictives de concurrence, Revue Lamy de la concurrence, n°101, 1er janv. 2021, 3959, pp. 21-25.

GODON (L.), La liberté de la preuve en droit commercial : une illusion, D. 2015, p. 2580.

GOETZ-GIREY (R.), Présentation, Revue économique, vol. 5, n°3, 1954. pp. 337-341.

GRALL (J.-C.), BELLONE-CLOSSET (C.), Relations industrie-commerce et « indicateurs Egalim » : où en sommes-nous après la publication des lignes directrices portant sur la prise en compte des indicateurs dans la chaîne contractuelle ? RLDC n°98, 1er oct. 2020, pp. 32-39.

GRAMAIN (A.), LAMBERT (T.), NETTAH (S.), BYKOV (D.), La rupture brutale des relations commerciales établies : une analyse statistique de la durée du préavis, AJCA 2019, p. 428.

GRECARD (F.), L'administration du contrôle économique en France, 1940-1950, Revue d'histoire moderne & contemporaine, 2010/2 (n° 57-2), p. 132-158.

GRIGNON (Ph.)

- Usages et préavis, AJCA 2018, p. 356.
- 5° Cessation du contrat, in BOURDEAU (M.), GRIGNON (Ph), Droit de la force de vente – Chronique de jurisprudence, RLDA janv. 2012, n°67, 3845, pp. 69-70.

GRIMALDI (A.-S.), *Digital Services Act* Vers un nouveau droit de la concurrence et de la régulation applicable au secteur numérique ?, JCP G n°49 du 30 nov. 2020, pp. 2179-2185, étude initialement publiée in JCP E n°46 du 12 nov. 2020, pp. 25-30.

GRIMALDI (C.)

- Rappels et précisions sur la rupture brutale d'une relation commerciale établie, LEDICO du 01 janv. **2018**, n°01, p. 4.
- Comment déterminer le délai de préavis raisonnable que l'auteur d'une rupture doit accorder à son partenaire ? LEDICO du 01 nov. **2017**, n°10.
- D'une relation commerciale établie avec un pharmacien, LEDICO, 01 mars **2017**, n°03, p.2.

- Rupture brutale d'une relation commerciale établie et influence de la reconversion du partenaire éconduit, JCP G. du 14 **mars 2016**, n°11, p. 288.
- Rupture partielle des relations commerciales établies et indemnisation du préjudice subi par la victime, Revue des contrats n°01, 1^{er} mars **2014**, p. 69, n°110c9.

GRIMONPREZ (B.)

- L'entreprise en difficultés insurmontables, Revue Lamy droit des affaires n°21, 1^{er} nov. 2007, 1266.
- Relations commerciales agricoles : l'aube de la contractualisation - A propos de la loi n°2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture, Contrats Concurrence Consommation, n°11, nov. 2010, étude 12, 14.

GRIZAUT (A.), Rupture brutale de relations commerciales – Réflexions sur les premiers cas d'application de l'article L. 442-6, Droit et Patrimoine n°116, 1^{er} juin 2003.

GROUTEL (H.), Étendue de la garantie quant aux astreintes prononcées contre l'assuré, Responsabilité civile et assurances n°7-8, juill. 2008, comm. 240.

GOURNAY (G.), Rupture fautive d'un contrat de distribution et pratiques anticoncurrentielles, Droit et Patrimoine n°116, 1^{er} juin 2003.

HAFTEL (B.)

- Compétence internationale et matière contractuelle : feu l'arrêt Brogsitter, RDC, mars **2021**, pp. 90-92.
- Inapplicabilité de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce à une rupture des relations commerciales survenues à l'étranger, LEDICO n°11, déc. **2017**, p. 6.

HAERI (K.), PICHON DE BURY (M.), Extension de l'application de la notion de rupture brutale des relations commerciales établies, CCC n°05, mai 2010, ét. 6.

HAERI (K.), JAVAUX (B.), ADLER (H. J.), La réforme de la rupture brutale des relations commerciales établies : un encadrement dans la continuité, RLC n°86, 1^{er} sept. 2019, 3641, pp. 24-30.

HAREL (C.), Les glaces ont fait fondre les Français en 2020, LSA n°2648, 22 avr. 2021, p. 38.

HÉRAIL (M.)

- Régulation des mouvements des associés dans les sociétés coopératives, Droit des sociétés n°1, janv. **2002**, chron. 1.
- Le lien coopératif au sein des sociétés coopératives, Revue internationale de l'économie sociale, n°278, oct. **2000**, pp. 47-78.

HENRY (X.)

- Les principes jurisprudentiels mal établis de la rupture brutale de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, RTD Com. **2018**, 523.
- Relations commerciales : être établies ou ne pas l'être, LPA n°070 du 06 avr. **2018**, p. 9 (LPA134h3).

HIEZ (D.) (dir.), KARLSHAUSEN (L.), TADJUDJE (W.), Droit coopératif, JCP E n°51-52 du 19 déc. 2013, 1703.

HOCQUELET (M.), BENQUET (M.), DURAND (C.), LAGUÉRODIE (S.), Les crises de la grande distribution, Revue Française de Socio-Économie, **2016/1** (n° 16), p. 19-35.

HOET (P.), Domination du marché ou théorie du partenaire obligatoire, Revue du marché commun, mars 1989, n°325, pp. 135-157.

HOTTE (S.), Conflits de lois. – Contrat international de distribution. – Contrat-cadre. – Vente. – Loi applicable. – Application distributive. – Convention de Vienne du 11 avr. 1980. – Lois de police, JDI n°4, oct. 2007, comm. 20.

HOVASSE (H.)

- Exclusion d'un actionnaire d'une société anonyme coopérative à capital variable, Droit des sociétés n°11, nov. 2010, comm. 200.
- Apport partiel d'actif sous le régime des scissions ou fusion-absorption : conditions de la transmission d'un contrat de franchise, JCP E n°40, 02 oct. 2008, 2210.

IDOT (L.)

- Concurrence – L'application du principe ne bis in idem au droit de la régulation économique. À propos des arrêts de la Cour de justice bpost et Norzucker du 22 mars **2022**, Europe n°6, juin 2022.
- Matière contractuelle et action en recouvrement d'une créance de stationnement, Europe n°5, **mai 2021**, 195.
- Compétence en matière délictuelle, Europe n°1, **janv. 2021**, 39.
- Concurrence, Europe n°3, mars 2004, comm. 84.
- La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel, décembre **2004**, Concurrences n°1-2004, art. n°46217.
- La notion d'entreprise, Revue des sociétés n°02 du 13 juill. **2001**, p. 191.

JACQUES (T.)

- L'américanisation du commerce français au début des années 1960. Bernardo Trujillo et les séminaires Modern Merchant Methods, Vingtième Siècle, Revue d'histoire, 2017/2 (n° 134), p. 131-145.
- Refus de vente interdit ! Quand la politique de la concurrence œuvre à la réforme de la distribution, Gouvernement et action publique, 2016/4, vol. 5, p. 47-67.

JAULT-SESEKE (F.), « II. Conflit de juridictions », in CLAVEL (S.), JAULT-SESEKE (F.), Droit international privé, D. 2018, p. 966.

JEAMMAUD (A.), La règle de droit comme modèle, RIEJ, 1990/2, vol. 25, pp. 125-164.

JEANNENEY (J.-M.), Une politique de la distribution est-elle souhaitable et possible ? Revue économique, vol. 5, n°3, 1954. pp. 372-388.

JENNY (F.), Le régime juridique des pratiques restrictives de concurrence en question, fév. 2019, Concurrences n°1-2019, art. n°89449.

JOURDAIN (P.)

- Sur la perte d'une chance, RTD civ. 1992, p. 109.
- Les enjeux d'une réforme de la responsabilité civile, Dalloz, Coll. Archives de philosophie du droit, 2021/1, Tome 63, p. 277-282.

JOURDAN-MARQUES (J.)

- Le contentieux international de la rupture brutale des relations commerciales établies, AJCA 2019, 60.
- Chronique d'arbitrage : arbitrage et question préjudicielle – la cour d'appel de Paris jette un pavé dans la mare, Dalloz actualité, 29 oct. 2019.

JUTEAU (S.), La mise en place d'un drive dans la grande distribution à l'épreuve d'un jeu de logiques institutionnelles », Innovations, 2022/2 (n° 68), p. 135-164.

KAMINSKY (R.), ROZIER (J.), Plus d'obstacle à la clause compromissoire ou l'inexorable montée en puissance de l'arbitrage dans le contentieux des pratiques restrictives de concurrence, JCP E n°10, 10 mars 2016, 1138.

KUNTZ (J.-E.), CAVELIER (J.), Rupture des relations commerciales établies et procédures collectives, Bulletin Joly Entreprises en difficulté, mars-avr. 2016, pp. 131-135.

LACHIÈZE (C.)

- La rupture des relations commerciales à la croisée du droit commun et du droit de la concurrence, JCP E n°50, 09 déc. 2004, 1815.
- Les méandres de la redevance versée par les praticiens libéraux aux cliniques privées, JCP G n°49, 03 déc. 2003, II 10187, 1.

LAMBERT (T.)

- La prohibition du « prix imposé » par l'article L. 442-6 du Code de commerce est-elle toujours nécessaire ? JCP G n°25, 24 juin 2019, doct. 682.
- La durée de l'exclusivité d'approvisionnement, JCP E n°2, 12 janv. 2017, pp. 27-39.

LANDAIS-PETIT (M.), Rupture brutale des relations commerciales établies, Revue juridique de l'économie publique n°716, fév. 2014, comm. 7.

LARGUIER (J.), La preuve d'un fait négatif, RTD civ. 1953. 1.

LASSÈGUE (P.), Le traitement comptable des coûts, Revue économique, vol. 15, n°3, 1964, pp. 325-377.

LAUSTER (S. M), NEELY (J.), Recentraliser dans les industries de la grande consommation, L'Expansion Management Review, 2005/3 (N° 118), p. 19-28.

LE BRAS (A.-C.), L'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce s'applique-t-il à la rupture des « relations d'affaires » existant une société commerciale et son expert-comptable ? in Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, D. n°18 du 27 mai 2021, p. 993.

LE CORRE (P.-M.), La cession judiciaire des contrats, Dix questions-réponses, Gazette du Palais du 01 juill. 2018, n°25, pp. 65-74.

LE COUVIOUR (K.), Regards critiques sur la rupture brutale des relations commerciales établies, RTD Com., 2008, p. 1.

LE GAC-PECH (S.), Rompre son contrat, RTD Civ. n°02 du 15 juin 2005.

LE GALLOU (C.), Clause attributive de juridiction : les factures satisfont-elles Bruxelles I ? Rev. Lamy Droit civil, n°49, 1^{er} mai 2018, 2970.**LE GAC-PECH (S.),** Cession d'un fonds de commerce et sort de la relation commerciale, JCP E n°47, 19 nov. 2015, 1566.

LEBOULENGER (S.)

- Kerisac se dessine un destin national, LSA n°2475, 28 sept. 2017, p. 30.
- Les apéritifs en lutte contre le vin et la bière, LSA n°2235, 28 juin 2012, p. 35.

LEBRETON-DERRIEN (S.), Contrat de vente de lait – Substitution du partenaire contractuel – Rupture de relation commerciale établie, La lettre du droit rural, 2e et 3e trim. 2020, n°75, 48 pp. 35-37.

LECOURT (A.), Pratiques commerciales trompeuses sur fond de cartes grises, Dalloz IP/IT 2022, p. 54.

LECOURT (B.), Rapport sur l'application du règlement n°1435/2003 du 22 juill. 2003 relatif au statut de la coopérative européenne : échec du statut ! Rev. des sociétés n°05 du 07 mai 2012, p. 325.

LECUYER (H.), Le contrat, acte de prévision, in Mélanges en hommage à F. TERRE, L'avenir du droit, éd. Dalloz - Sirey 1999, p. 643.

LÉGER (J.-M.), Les captures d'écran : moyens de preuve des utilisations illicites de créations sur internet, Légipresse 2022, p. 54.

LEMAIRE (C.), J. BOUSIN (J.), Contrôle constitutionnel : le Conseil constitutionnel censure partiellement la loi PACTE en ce qui concerne les dispositions visant la mise en œuvre des règles de concurrence (*Loi PACTE*), *Concurrences* n°3-2019.

LEONNET (J.), Concurrence et mutualité, *Petites Affiches*, 08 déc. 1997, n°147, p.11.

LEROY (O.), MAZET (E.), SERRANO (G.), Contentieux de la concurrence – Un an de... contentieux français de la concurrence (janv. – déc. 2021), *Procédures* n°6, juin 2022, chron. 3.

LESSASSY (L.), Comportements face aux types de déréférences et facteurs d'influence : la proposition d'un modèle conceptuel. *Management & Avenir*, 2019/06, n°112, pp.101-130,

LEVENEUR (L.), Des limites de l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, *CCC* n°10, oct. 2019, 151.

LEVY (L), Référé – Pouvoirs du juge a) [...], *JCP G* n°41, 02 oct. 1992, II 21914.

LEXIS (réd.), Infoteg, La version Incoterms® 2020 : apports et consolidations, *Cahiers de droit de l'entreprise* n°1, janv. 2020, prat. 3., éd. LexisNexis 2020.

LICHABER (R.), Déontologie et droit étatique, *RTD Civ.* n°01 du 16 mars 1998, p. 218.

LIENHARD (A.), Premières décisions de la Cour de cassation sur la procédure de sauvegarde, *D.* 2007, p. 1864.

LOIR (R.), « 3. Clauses relatives à l'extinction du contrat – 11. Clause de force majeure », *in* J.-B. SEUBE (Dir), *Technique contractuelle*, *JCP E* n°28, 15 juill. 2021, 1358.

LOQUIN (E.), Le contentieux de la rupture abusive de relations d'affaires établies entre dans le champ d'application de la clause compromissoire stipulée dans le contrat objet de la rupture, *RTD Com.* n°03 du 14 nov. 2012, p. 525.

LUC (I), Les professions libérales et le droit de la concurrence, *Droit et patrimoine* n°153, 1er nov. 2006, pp. 64-74.

LUCAS (F.-X.), Critères d'ouverture de la procédure de sauvegarde, *in* LUCAS (F.-X.), LE CORRE (P.-M.), *Droit des entreprises en difficulté*, déc. 2006 – nov. 2007, *D.* 2008, p. 570.

MAETZ (C.-A.), Un an de droit de la rupture brutale de relations commerciales établies, *CCC* n°7, juill. 2022, 2.

MAGNIER-MERRAN (K.),

- La réparation du préjudice né de la rupture brutale d'une relation commerciale établie : autopsie du principe de réparation intégrale, *AJCA* n°02 du 19 fév. 2019, 56.
- La rupture brutale : pour un regain de confiance autour du texte, *AJCA* n°01 du 17 janv. 2019, p. 13.

MAINGUY (D.)

- « Optimisation concurrentielle » et délocalisation, *in* D. MAINGUY, M. DEPINCÉ, L. MOLINA, *Droit de la distribution*, *JCP* n°26, 30 juin 2022, 1234.
- La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre, *D.* n°22 du 09 juin 2011, p. 1495.
- L'esprit et la lettre du nouvel article L. 442-6 du Code de commerce, *JCP E* n°48, 28 nov. 2002, 1729,

MAINGUY (D.), VERTUT (J.-M.), Les obscures lumières de la transparence tarifaire – À propos de la circulaire « Dutreil » du 16 mai 2003 sur la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs, *JCP E* n°40, 02 oct. 2003, 1395.

MALAN (A.), 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 n°3, mars 2010, ét. 4.

MALAURIE (P.), Transparence dans la concurrence, D. n°37 du 01 nov. 1990, p. 521.

MALAURIE-VIGNAL (M),

- Autonomie de l'action en concurrence déloyale, CCC n°6, **juin 2019**, dossier 4.
- Les clauses d'élection de for à l'épreuve du contentieux de la réparation du préjudice concurrentiel : une étrange distinction entre entente et abus de position dominante, CCC n°4, **avr. 2019**, 64.
- Notion de partenaire commercial, CCC n°06, juin **2016**, comm. 141.
- Un tribunal arbitral est compétent pour se prononcer sur l'indemnisation du préjudice né d'une rupture brutale de relations commerciales établies, CCC n°02, **fév. 2016**, comm. 41.
- Abus de dépendance économique – Détermination du caractère abusif d'une rupture de relations commerciales, CCC n°2, fév. 2009, comm. 49.
- Une entreprise qui cesse son activité du fait de la rupture brutale d'une relation commerciale (déréférencement) peut saisir le tribunal du lieu de cette activité, CCC n°2, **fév. 2006**, comm. 34.
- Par une interprétation contra legem de l'article L. 420-2, alinéa 2 du Code de commerce, la cour de cassation rétablit la condition tenant en l'absence de solution équivalente supprimée par la loi du NRE, CCC n°7-8, juill. **2004**, comm. 108.
- L'article L. 442-6 du Code de commerce, une disposition restée lettre morte ? CCC n°6, juin **2006**, ét. 10.
- Rupture abusive d'une relation commerciale établie, CCC n°8-9, août **2001**, 125.

MALLET (E.), Proposition de loi pour une plus juste rémunération des agriculteurs : adoption par l'Assemblée nationale en première lecture, Droit rural n°494, août 2021, alerte 142.

MARIE (A.), Abus de position dominante et prix de vente excessif, RJDA 3/2020, chronique.

MARINI (Ph.), La loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques : un texte qui reste à parfaire, LPA n°198 du 04 oct. 2001.

MAROLLÉ (P.), Exercice de la profession de conseil en propriété industrielle et déontologie, Propriété industrielle n°4, avr. 2017, ét. 7.

MARTIN (A.-C.), Transparence, pratiques restrictives de concurrence et autres pratiques prohibées entre entreprises (titre IV du livre IV du code de commerce) : principales évolutions légales, réglementaires et jurisprudentielles de l'année 2021, RLC n°114, mars 2022, 4217, pp. 29-38.

MARTIN (D. R.), De l'écrit ou la révolution scripturale, D. 1998, p. 192.

MARTIN (R.), Les mots du droit et les choses d'ailleurs, D. 1999, p. 231.

MARTUCCI (F.), Abus d'éviction : La Cour d'appel de Paris confirme pour l'essentiel les mesures conservatoires prononcées par l'Autorité de la concurrence dans le cadre d'un contentieux portant sur la suspension d'un compte d'un opérateur de renseignements téléphoniques en ligne sur un service de publicités liées aux recherches (*Google c/ Amadeus*), Concurrences n°3-2019.

MARTY (F.), **REIS (P.)**, Abus de dépendance économique, Dictionnaire de droit de la concurrence, Concurrences, art. n°85864.

MATHEY (N.)

- Non-renouvellement d'un contrat de gérance-mandat, CCC n°7, juill. **2022**, comm. 118.
- Rupture partielle sans préavis et faute grave, CCC n°6, **juin 2022**, 100.
- Rupture brutale par une fédération sportive, CCC n°11, **nov. 2021**, 168.
- Relation commerciale et profession de santé, CCC n°6, **juin 2021**, 98.
- La faute grave de l'agent commercial, CCC n°05, **mai 2021**, comm. 77.

- Centrales sous haute surveillance, CCC n°4, **avr. 2021**, 4, pp. 1-2.
- Évaluation du préjudice en cas de rupture partielle d'une relation commerciale établie, CCC n°3, **mars 2021**, comm. 43.
- Rupture brutale : appel d'offres et précarité, CCC n°8-9, août-sept. **2020**, 126.
- Rupture justifiée par les fautes d'une partie, CCC n°3, **mars 2020**, 44.
- Le contrat-type Loti fait toujours obstacle à l'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, CCC n°11, **nov. 2019**, 179.
- Rupture de relations commerciales établies et force majeure, CCC n°11, **nov. 2019**, 181.
- La mauvaise exécution du préavis peut être source de responsabilité, CCC n°11, **nov. 2019**, comm. 178.
- L'annonce de la cession du fonds de commerce par un distributeur ne fait pas perdre son caractère établi à la relation commerciale, CCC n°10, **oct. 2019**, comm. 157.
- Que ce soit à titre de loi de police, de loi du contrat ou comme loi du lieu du dommage, le droit français s'appliquait, CCC n°7, **juill. 2019**, 124.
- La négociation en cours de préavis ne remet pas en cause la rupture, CCC n°7, **juill. 2019**, comm. 125.
- Rupture brutale : loi de police, CCC n°5 **mai 2019**, 87.
- Précision sur la notion de partenaire commercial, CCC n°05, **mai 2019**, 86.
- Les circonstances économiques peuvent justifier la rupture de la relation commerciale, CCC n°4 **avr. 2019**, 66.
- La rupture de relations commerciales établies, propos conclusifs, AJCA n°02 du 19 **fév. 2019**, p. 66.
- L'absence de réalisation des objectifs contractuels ne suffit pas à justifier une rupture sans préavis, CCC n°6, **juin 2018**, comm. 110.
- Droit spécial et droit commun, CCC n°04, **avr. 2018**, comm. 69.
- La rupture brutale devant la cour d'appel de Paris : détermination du préavis nécessaire, CCC n°2, **fév. 2018**, comm. 28.
- Rupture brutale et précarité, CCC n°12, **déc. 2017**, comm. 249.
- Rupture brutale : contentieux international, CCC n°11, **nov. 2017**, comm. 222.
- Faute grave privative du droit à indemnité, CCC n°10, **oct. 2017**, comm. 195.
- Reprise de la relation après notification de la rupture, JCP E n°24, 15 **juin 2017**, 1330, pp. 36-38.
- Prescription annale de l'action en réparation pour rupture fautive d'un contrat de transport, CCC n°1, **janv. 2017**, comm. 8.
- Nature de la responsabilité pour rupture brutale : la position de la CJUE, CCC n°11 **nov. 2016**, 235.
- Notification de la rupture brutale par courrier électronique, JCP E n°14, 07 **avr. 2016**, 1201.
- Rupture brutale et association, CCC n°3, **mars 2016**, comm. 67.
- Rupture brutale de relation commerciale établie et juridiction compétente, CCC, **fév. 2016**, 40.
- Préjudice réparable du fait de la rupture brutale d'une relation commerciale établie, CCC n°1, **janv. 2016**, comm. 10.
- Inapplicabilité de l'article L. 442-6, I, 5° au contrat type institué par la LOTI, CCC n°12, **déc. 2015**, comm. 281.
- Rupture de relations commerciales – Loi applicable à la rupture brutale de relations commerciales établies dans un litige international et engageant la responsabilité délictuelle de son auteur, CCC n°8-9, **août 2014**, comm. 192.
- Rupture brutale de relations commerciales établies, CCC n°7, **juill. 2014**, comm. 158.
- Rupture brutale et mandat d'intérêt commun : précisions de procédure, CCC n°6, **juin 2014**, comm. 136.
- Rupture brutale et préjudice par ricochet, CCC **mai 2014**, 116.
- Rupture brutale de relations commerciales et contrat de transport, CCC n°2, **fév. 2014**, comm. 39.
- Extension de la relation commerciale au-delà des parties initiales, CCC n°12, **déc. 2012**, comm. 280.
- Concessionnaire : rupture brutale et préavis contractuel, JCP E n°50, 12 **déc. 2013**, 1693
- Rupture de relations commerciales – Intermédiaire en opérations de banque et rupture brutale, CCC **nov. 2013**, 239. RJDA 11/13, n°950.
- Rupture de relations commerciales au cours du préavis, CCC n°10, **oct. 2013**, comm. 209.
- Rupture brutale des relations commerciales et usages, CCC n°7, **juill. 2012**, comm. 174.
- Rupture abusive et maintien judiciaire du contrat, CCC n°07, **juill. 2012**, comm. 173.

- Rupture brutale des relations commerciales et agence commerciale, CCC n°6, **juin 2012**.
- Précarité d'usage de la relation, CCC n°5, **mai 2013**, comm. 115.
- Exclusion de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce en présence d'un contrat type LOTI, CCC n°12, **déc. 2011**, comm. 259.
- Rupture brutale et marque de distributeur, CCC n°10, **oct. 2011**, comm. 213.
- L'évaluation du préjudice en cas de rupture brutale d'une relation commerciale, CCC n°05, **mai 2011**, comm. 116.
- Rupture d'une relation commerciale et activité civile, CCC n°11, **nov. 2010**, comm. 249.
- La rupture n'est pas brutale : une solution de remplacement a été proposée, CCC n°6, **juin 2010**, comm. 155.
- Le juge des référés peut ordonner la poursuite de la relation commerciale en cas de déréférencement, CCC n°4, **avr. 2010**, comm. 93.
- Nouvelles précisions sur la notion de relations commerciales établies, CCC n°4, **avr. 2010**, comm. 94.

MATOT (J.-P.), Croire, sans doute, exister, peut-être..., Cahiers de psychologie clinique, 2005/2 (n° 25), p. 111-131.

MAYMONT (A.), La condamnation judiciaire de l'assuré : la réalisation du risque d'un contrat d'assurance nul ? JCP E n°49, 04 déc. 2014, 1625.

MAZEAUD (D.), Le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire au vue de sa reconversion lors de la rupture du contrat, D. n°37, du 31 oct. 2002, p. 2842.

MAZET (E.), SERRANO (G.), LEROY (O.),

- Un an de contentieux français de la concurrence (janv. – déc. 2020), Procédures n°6, **juin 2021**, pp. 5-11.
- Un an de contentieux de la concurrence, Procédures n°07, **juill. 2020**, chron. 4.

MAZOYER (M.), ROUDART (L.), AGRICULTURE - Histoire des agricultures depuis le XXe siècle, Encyclopædia Universalis [en ligne].

MEFFRE (J.-M.), Les conditions de la rupture loyale des relations commerciales établies, RDLA n°21, 1er nov. 1999.

MEKKI (M.), Réforme du droit des obligations : engagements perpétuels, contrats à durée indéterminée et à durée déterminée, JCP N n°50, 16 déc. 2016, act. 1323.

MÉMETEAU (G.), Contrats d'exercice entre médecins et clinique : le principe de la redevance, D. n°44 du 18 déc. 1997, p. 604.

MESTRE (J.) et FAGES (B.)

- L'article 873 du nouveau code de procédure civile et l'incompétence du juge des référés pour ordonner la poursuite d'un contrat régulièrement résilié, RTD Civ. n°02 du 15 juin **2007**, p. 345.
- De l'impossibilité pour une association de se prévaloir de la rupture brutale d'une relation « commerciale » établie, RTD Civ. n°01 du 15 mars **2004**, p. 90.
- De la rupture brutale de relations économiques établies, RTD Civ. **2000**, p. 110.

MESTRE (J.)

- Le bonheur contractuel ! AJCA 2016, 105.
- Où est sanctionnée la rupture de relations commerciales régulières, RTD Civ. n°04 du 15 déc. 1995, p. 885.

MÉTEYÉ (T.), Les créances salariales dans l'entreprise en difficulté, Les Cahiers Sociaux n°277 du 01 sept. 2015, p. 469.

MEUR (H.), Affaire Expedia : la Cour de cassation entérine la qualification de lois de police de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce, Gazette du Palais n°32 du 22 sept. 2020, p. 18.

MIGNO (F.), CHOI-JONIN (I.), « Les emplois de sinon et le processus d'interprétation », Travaux de linguistique, 2011/2 (n°63), p. 59-84.

MITCHELL (M.-C.)

- Rupture brutale : La Cour de cassation juge que les experts comptables ne relèvent pas du champ d'application des dispositions relatives à la rupture brutale de relations commerciales établies (Audit gestion social comptabilité / SMI), 10 février **2021**, Concurrences n°2-2021, art. n°100448, p. 113.
- Rupture brutale : La Cour de cassation revient sur les conditions de poursuite des relations en cas de cession d'activité et sur le contrôle du juge sur la durée du préavis (Rave Distribution / Franciافlex), 10 février **2021**, Concurrences n°2-2021, art. n°100447, pp. 112-113.
- Rupture brutale des relations commerciales : La Cour de cassation apporte quelques précisions s'agissant du lien entre l'auteur et la victime de la rupture et sur la durée du préavis à respecter (Ronyl c/ Breitling), 3 novembre **2004**, Concurrences n° 1-2005, art. n° 1529, pp. 71-72.

MOATI (Ph.)

- Vers la fin de la grande distribution ? Revue Française de Socio-Économie 2016/1, n°16, pp. 99-118.
- La poussée des marques de distributeurs sur le marché alimentaire : interprétations et perspectives, Revue d'économie industrielle, n°131, 3^e trimestre 2010, pp. 133-154.

MONÉGER (J.), De l'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au code de commerce français de septembre 2000 : réflexion sur l'aptitude du droit économique et commercial à la codification, RIDE 2004/2 t-XVIII, 2, pp. 171-196.

MONTET (C.), VENAYRE (F.), Grande distribution française : faire confiance au marché ou céder à la tentation réglementaire ? RLC, n°1, 1^{er} novembre 2004.

MORELLI (G.), Cours général de droit international public (volume 89), *in* Collected Courses of the Hague Academy of International Law.

MORON-PUECH (B.), De quelques faiblesses de la définition traditionnelle du contrat, Droits, 2016/2 n°64, pp. 115-130.

MORENO (D.), SCHMIT (P.), CARLES (M.) et al., L'adaptation du bail aux contraintes d'urbanisme, RLDA n°77 (suppl.), 1^{er} déc. 2012, pp. 13-18.

MORTIER (R.), De la durée d'un pacte d'actionnaires, Droit des sociétés n°4, avr. 2021, comm. 46.

MOULY-GUILLEMAUD (C.),

- Rupture brutale : La Cour d'appel de Paris admet une nouvelle fois le cumul des indemnités de la rupture fautive d'un CDD et de la rupture brutale de la relation (Les Maçons parisiens / Instantané), 17 décembre 2021, concurrences n°1-**2022**, art. n°105537.
- Rupture brutale : La Cour d'appel de Paris admet que les conséquences de la crise liée au COVID-19 caractérisent un cas de force majeure exonératoire de la rupture brutale d'une relation commerciale établie (ACNA / GSF Aero), 26 mars **2021**, Concurrences n°2-2021, art. n°101349.
- Rupture brutale : La Cour d'appel de Paris maintient l'autonomie des personnes morales dans le contentieux de la brutalité de la rupture d'une relation commerciale établie (M.C.P Marseille / Survitec...), 17 mars **2021**, Concurrences n°2-2021, art. n° 100881.
- Assainir le contentieux de la rupture brutale par une réforme des principes jurisprudentiels, D. n°38, du 07 **nov. 2019**, p. 2102.
- Réforme : Le Gouvernement réforme par ordonnance le régime de la rupture brutale (Loi Egalim), 24 avril 2019, Concurrences n° 3-**2019**, art. n°91045.
- L'indemnisation d'une rupture brutale : retour à la normale ? RLDA **2019**/149, n°6741.
- L'intention comme condition et la circonspection comme incidence de la poursuite d'une relation établie par des tiers, D. **2016**, p. 59.

- Répercussion de la crise économique, perte de rentabilité d'une relation ou prévisibilité de la rupture : la brutalité en quête de sens, RTD Com. **2016**, p. 385.
- La rupture brutale, au fond, trouve parfois justification mais peu de constance dans les qualifications, La lettre de la distribution, CDE Montpellier, Mai **2015**, p. 2.
- Entre modification de la relation et reconversion, l'appréciation de la rupture brutale se précise, D. n°34 du **10 oct. 2013**, p. 2324.
- Rupture brutale d'une relation contractuellement établie, quelle place pour l'anticipation des parties ? RLC n°37, **1^{er} oct. 2013**, 2435.
- Le repreneur du fonds reprend la relation commerciale : une relation établie bien au-delà du réel, D. **2012**, 795.
- L'absence d'emprise de la volonté dans la mise en œuvre de la rupture d'une relation commerciale, D. 2008, p. 1115.

MOUSLI (M.), Kodak, la photographie pour tous Alternatives Économiques, 2011/11, n° 307, p. 94-94.

MOUSSERON (J.-M.), SÉLINSKY (V.), FERRIER (D.), Le mort saisit le vif Commentaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, JCP E n°1, 08 janv. 1987, 14840.

MOUSSERON (M.), MOUSSERON (J.-M.), RAYNARD (J.), Technique contractuelle, JCP E n°50, 10 déc. 1992, 199.

MOUSSERON (J.-M.), L'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce : contournable ou pas », *in* Études offertes à Barthélemy MERCADAL, éd. Francis Lefebvre, 2002, pp. 231-244, ISBN 2-85115-518-0.

NAKATA (H.), Le contrat-cadre du point de vue d'un juriste japonais, Hitotsubashi Journal of Law and Politics 29, 2001, pp. 1-13.

NDIAYE (M.), Les deux statuts de « sinon », L'information grammaticale n°80, janv. 1999, pp. 8-12.

NICOD (M.), Propos introductifs, *in* NICOD (M) (dir.), Les affres de la qualification juridique, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole [en ligne], 2015, pp. 7-9.

NOBLOT (C.), L'opposition des activités intellectuelles et matérielles en droit privé, JCP G n°3, 18. janv 2010.

NOURISSAT (C.)

- L'application dans l'espace de la directive « PCD inter-entreprises » : Quelle(s) influence(s) pour les PCD du droit commun français, **nov. 2021**, Concurrences n°4-2021, art. n°102869.
- Action en cessation de pratiques commerciales déloyales introduite par une autorité publique, Procédures n°10, **oct. 2020**, pp. 20-21.
- Chambres commerciales internationales, code européen des affaires et autres initiatives récentes... *Much ado about nothing* ? RJCom **mars avr. 2020**, n°2.
- Chambres commerciales internationales, code européen des affaires et autres initiatives récentes... *much ado about nothing* ? Conf. Association Droit & Commerce Grand'Chambre de la Cour de cassation, 03 fév. 2020, RJC n°02, mars-**avr. 2020**.
- De la qualification contractuelle ou délictuelle d'une action fondée sur l'article L. 442-6 du Code de commerce, Procédures, **déc. 2016**, 361.

NUSSENBAUM (M.), Quelle attractivité du système de réparation des préjudices concurrentiels à l'heure des réformes ? Concurrences n°1-2017, conférence, les entretiens de la concurrence – 18 oct. 2016.

PAILLUSSEAU (J.), Mais qu'est-ce la personnalité morale ? JCP E, n°19, 09 mai 2019, pp. 18-25.

PARLEANI (G.), Quand la chambre commerciale oublie la « double qualité » coopérative, Rev. soc. n°11 du 09 nov. 2013, p. 629.

- PASTOR (J.-M.),** Quelle Cour de cassation demain ? AJDA n°25 du 12 juill. 2021, p. 1420.
- PAULIN (C.),** Rupture brutale des relations commerciales, Revue de droit des transports n°12, Déc. 2011, comm. 190.
- PECNARD (C.), DUPERRAY (A.),** Quand le non-respect d'obligations contractuelles est sanctionné sur le fondement de la responsabilité délictuelle, AJCA 2015, p. 438.
- PÉDAMON (M.)**
- 20 ans de répression des abus de puissance d'achat, RLC n°10, janv. mars 2007, 728, pp. 104-110.
 - Sanction de la rupture brutale d'une relation commerciale établie, JCP E n°47, 22 nov. 2001, p. 1861.
- PÉNIN (O.),** Quelques réflexions techniques à propos de la dualité caractéristique de la tacite reconduction, RTD Civ. 2015, p. 45.
- PÉRÈS (C.),** Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats, JCP G n°16, 18 avr. 2016, 454.
- PERROT (R.),** Administration de la preuve : invitation du juge, RTD Civ. n°01 du 15 mars 2007, p. 178.
- PETIT (N.),** Épistémologie du droit de la concurrence, in LEMAIRE (C.) et MARTUCCI (F.) (dir.), Laurence IDOT Liber amicorum – Conc. & Europe, vol. 1, 06 juill. 2022, Concurrences, pp. 557-567.
- PETIT (S.),** Réflexions sur l'incrimination de la menace d'une brusque rupture des relations commerciales, D. 2010, p. 1813.
- PETITIER (M.), MALAURIE-VIGNAL (M.), MAHTEY (N.),** Droit de la distribution : chronique n°IV, LPA n°48, p. 14.
- PEZET (A.),** La gestion du risque dans la décision d'investissement industriel : de la mesure à l'analyse – Une étude longitudinale et contextuelle, Comptabilité Contrôle Audit, sept. 2000, Tome 6, Vol. 2, pp. 5-19.
- PIAU (D.),** Décrets 63 et 67 Macron, I want your business, Part 2 : les incompatibilités, Gazette du Palais n°27 du 91 juill. 2016, p. 8.
- PICHARD (H.), PICHARD (B.),** Le Family Buy Out : une technique innovante, JCP E n°16, 17 avr. 2008, 1534.
- PICHARD (B.),** Le transfert des contrats conclus intuitu personae en cas de fusion, LPA n°21, 18 fév. 1998, p. 23.
- PICHON DE BURY (M.), HAERI (K.),** Extension de l'application de la notion de rupture brutale des relations commerciales établies, CCC n°5, mai 2010, ét. 6.
- PICOD (Y.),** Le nouveau droit des pratiques abusives de l'article L. 442-1 du code de commerces, AJCA n°05 du 27 mai 2019, p. 201.
- PIGNARRE (L.-F.),** Rupture brutale de la relation commerciale et tiers victime, Revue Lamy Droit civil n°89, 1^{er} janv. 2012, 4486, pp. 7-12.
- PINAT (C.-S.),** L'applicabilité de la rupture brutale d'une relation commerciale établie à l'activité d'expert-comptable, Dalloz actualité, 03 mars 2021.

PIRONON (V.)

- Concurrence déloyale : la chambre commerciale confirme la force d'attraction de la loi marché, RCDIP n°4, **2021**, p. 814.
- La cour d'appel de Paris consolide sa jurisprudence *Expedia*, AJCA **2019**, p. 189.
- Du contrat international de distribution au contentieux de la distribution internationale. Retour sur quelques évolutions récentes, ACJA **2015**, p. 248.
- Loi applicable à la rupture brutale d'une relation commerciale établie, AJCA **2014**, p. 141.

PLANKENSTEINER (M.), CRÉQUER (É.), Les relations commerciales après la loi Sapin II, RLC n°57, janv. 2017, 3108, pp. 27-31.

POILLOT-PERUZZETTO (S.), Entente et abus de position dominante : interventions étatiques, RTD Com. n°04 du 16 déc. 2002.

POLLAUD-DULIAN (F.), RONZANO (A.), Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes, RTD Com n°02 du 14 juin 1996, p. 179.

PONSARD (M.), Réflexion sur le contrat, le temps et la concurrence, in LEMAIRE (C.), MARTUCCI (F.) (dir.), L. IDOT Liber amicorum – Conc. & Europe, vol. 1, 06 juill. 2022, Concurrences, pp. 569-582, ISBN n°979-10-94201-39-8.

PORCHY-SIMON (S.), DUVAL-ARNOULD (D.), Le médecin ou la sage-femme salariés qui agissent dans les limites de leur mission n'engagent pas leur responsabilité à l'égard des patients, JCP G n°7 du 16 fév. 2005, II, 10020.

PORTMANN (A.), Les avocats doivent-ils craindre d'être « robotisés » ? Dalloz actualité, 06 mai 2016.

PUYGAUTHIER (J.-L.), Durée et fin du bail commercial après les lois Pinel et Macron, JCP N n°6, 12 fév. 2016, 1085.

POUILLE (L.), Contrat de vente – Plaidoyer pour un changement dans les rapports entre fournisseurs et distributeurs, CCC n°7, juill. 2004, ét. 11.

POUX (V.), Quel(s) seuil(s) pour la perpétuité en droit des contrats ? Réflexions à partir de l'article 1210 du Code civil, RLDC n°193, juin 2021, pp. 10-15.

OPPETIT (B.), L'expérience française de codification en matière commerciale, D. n°01 du 04 janv. 1990, p. 1.

RAJA-ROQUE (C.), Abus d'exploitation sur le marché de l'élimination des DASRI, RDS, n°87, 2019, pp. 112-114.

RAYNARD (J.), Technique contractuelle, JCP E n°15, 09 avr. 1998, ét., p. 604.

RAZAFIMAHARAVO (N.), Relations commerciales Caractère établi par l'évolution du chiffre d'affaires, BTL n°3773, du 24 fév. 2020, pp. 109-111.

REGNAULT (S.)

- Indemnisation du préjudice résultant de la rupture brutale : en-deçà de la marge brute, AJCA n°04 du 17 avr. **2019**, p. 186.
- Rupture brutale de relations commerciales établies : mise en œuvre régulière d'une clause résolutoire, AJCA **2018**, p. 236.
- Guide la rupture des relations commerciales établies, RLDC n°45, 1^{er} janv. **2008**, 2839, pp. 75-85.

RESPAUD (J.-L.), Régime de l'agence commerciale : l'article L. 442-6, I, 5° du Code de comemrce ne s'applique pas lors de la cession d'un contrat d'agence commerciale, JCP E n°15, 11 avr. 2013, 1200.

Responsabilité civile et assurance (réd.), n°1, janv. 2007, comm. 11 - Office du juge quant à la preuve du préjudice allégué, éd. Lexis.

RETTNERER (S.)

- La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution, D. n°18 du 01 mai **2003**.
- La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution, D. **2003**, p. 1210.

REVERDY (T.), Mettre en concurrence ses fournisseurs-partenaires. Comment les acheteurs reconfigurent les échanges interindustriels, *Revue française de sociologie*, 2009/4 (Vol. 50), p. 775-815.

REY (P.), TIROLE (J.), Quelles régulations pour le commerce ? *in* Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs, Conseil d'analyse économique, La Documentation française, 2000 (<https://www.cae-eco.fr/staticfiles/pdf/029.pdf>).

RIERA (A.)

- Concurrence illégale, *in* Centre de droit de la concurrence Yves SERRA, Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme, D. n°43 du 12 déc. 2019, p. 2374.
- Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme, oct. 2015 – oct. 2016, D. n°42 du 08 déc. 2016, p. 2484.

RIFFAULT-SILK (J.), Le déséquilibre significatif, une approche comparatiste, *in* Approches plurielles du déséquilibre significatif (Dossier), *Concurrences* n°2-2011, mai 2011, 11.

RIOT (E.), RAMANANTSOA (B.), KRIEGER (É.), La reprise d'entreprise à l'aune de l'analyse du récit, *Revue Gestion* 2000, n°3/2007, 16p.

RODA (J.-C.)

- Réflexions sur les objectifs du droit français de la concurrence, D. **2018**, p. 1504.
- Que dit la loi ? Tribune, Gazette du Palais n°42 du 04 déc. 2018
- L'arbitre, le juge étatique et l'action du ministre, D. **2016**, p. 1910.
- Le nouvel article L. 462-10 du code de commerce : le renforcement (relatif) du contrôle de la puissance d'achat, *Concurrences* n°1-2016, pp. 35-37.
- Vers une nouvelle définition de l'abus de dépendance économique, D. 2016, p. 1304
- La Cour de cassation se prononce sur l'arbitrabilité des litiges nés de l'application de l'article L. 442-6 C. com. et rejette l'idée d'une compétence exclusive des tribunaux étatiques (Scamark / Conserveries des cinq océans), 21 octobre 2015, *Concurrences* n°1-2016, art. n° 77400, pp. 122-124.

RODRIGUEZ (Ph.), La naissance d'une économie pair-à-pair, *in* RODRIGUEZ (Ph.) (dir.), La Révolution Blockchain. Algorithmes ou institutions, à qui donnerez-vous votre confiance, Paris, Dunod, « Hors collection », 2017, p. 11-33.

RODRIGUEZ (K.) Nature de l'association, étude 2 *in* P.-H. DUTHEIL (dir.), *Juris Corpus Droit des associations et fondations*, D. 2019, p. 38.

RONZANO (A.)

- Prix excessifs : La Cour de cassation inflige un nouveau revers à l'Autorité comme au ministre à propos de l'approche qu'il convient d'adopter pour traiter les pratiques de prix excessifs (Sanicorse, Groupe Cesarini), 7 juillet **2021**, *Concurrences* N° 3-2021, Art. n° 101776.
- Politique de concurrence : Le Gouvernement publie l'ordonnance de transposition de la directive ECN+ proposant une solution bancaire pour pallier la déclaration d'inconstitutionnalité du pouvoir de sanction des pratiques d'obstruction, 26 mai **2021**, *Concurrences* N° 2-2021, Art. n°100844.
- Accord de coopération : L'Autorité de la concurrence, dans sa première décision de contrôle des regroupements à l'achat post loi Egalim, accepte et rend obligatoires des engagements visant à réduire le périmètre d'un accord de coopération (Casino, Auchan, Metro, Schiever), 22 octobre **2020**, *Concurrences* n°1-2021, art. n° 97577.

- Rupture brutale des relations commerciales : La Cour d'appel de Paris confirme la sanction de l'abus de position dominante décidée par le Conseil de la concurrence dans le secteur des produits sanguins (Établissement français du sang), 25 janvier 2005, Concurrences n° 2-2005, art. n°61945.

ROUVIÈRE (F.), Critique des fonctions et de la nature des fictions. *Les artifices du droit : les fictions*, 2014, Clermont-Ferrand, France. (hal-01316686), 1.

ROZER (L.), Quelques remarques sur l'évolution du droit des contrats, *in* HECQUARD-THÉRON (M.), KRYNEN (J.) (éds.), Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit : Tome 1 : Bilans et Tome 2 : Réformes-Révolutions, Series "Travaux de l'IFR - Mutation des normes juridiques, n°2", Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2005.

SAINT-MARTIN (T.), Les outils des études de marché et focus sur les panels, *in* F. DOSQUET, Études de marchés, Dunod, Management Sup., 2018, pp. 55-130.

SANTA-CROCE (M.), La loi applicable à l'action en concurrence déloyale par la publication aux USA d'ouvrages constitutifs de dénigrement, diffusés en France, D. 1997, p. 177.

SAINTOURENS (B.), La qualité de commerçant est reconnue à l'expert ne diagnostic immobilier, RTD Com. n°04 du 14 déc. 2007, p. 673.

SALAMATIAN (K.), Trump contre Huawei : enjeux géopolitiques de la 5G, Hérodote, 2020/2-3, n° 177-178, p. 197-213.

SAVATIER (R.), La facture et la polyvalence de ses rôles juridiques en droit contemporain, RTD Com. 1973. I.

SERRA (Y.), Droit du marché et droit commun des obligations, colloque organisé par le Centre de droit de la consommation de Montpellier et le Centre de droit de la concurrence de Perpignan, RTD Com. n°01 du 16 mars 1998, p. 1.

SIMON (F.-L.), Rupture brutale des relations commerciales établies : le nouvel article L. 442-1, II du Code de commerce, L'essentiel Droit de la distribution et de la concurrence (LEDICO), n°06 du 1^{er} juin 2019, n°112e4, p. 4.

SIRI (A.), Des adages *Lex posterior derogat priori & Specialia generalibus derogant*. Contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français, Revue de la recherche juridique Droit prospectif, 2009-4, pp. 1781-1837.

SONIER (G.), GHALIMI (N.), La Cour de cassation livre ses premiers arrêts sur les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde issue de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005, Revue des procédures collectives n°1, janv. 2008, ét. 9.

STOFFEL-MUNCK (P.), La rupture d'un contrat de concession, en respectant le délai de préavis contractuel permettant au concessionnaire d'organiser sa reconversion, n'est pas abusive, le concédant n'étant pas tenu à une obligation d'assistance, JCP G n°39, 25 sept. 2002, II 10146.

STOFFEL-MUNCK (P.), BLOCH (C.), Responsabilité civile, JCP G, 12 mai 2014, n°19, doct. 568, p. 973-974.

TECHENE (V.), [Brèves] Chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire : transposition de la Directive « PCD », Quotidien, Lexbase, juillet 2021.

TENENBAUM (A.), L'interprétation des champs d'applicabilité et d'application du règlement Bruxelles I bis, RDC, mars 2021, pp. 147-150.

THIBIERGE (L.), Les effets du contrat, AJCA 2018, p. 266.

THIEFFRY (P.), L'émergence d'un droit européen du commerce électronique, RTD eu., n°04 du 15 déc. 2000, p. 649.

THORÉ (B.), Rupture brutale des relations commerciales : durée de préavis (<https://www.alain-bensoussan.com/avocats/rupture-brutale-relations-commerciales/2018/04/24/>).

THULLIER (B.), Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde des entreprises : moins de pouvoirs pour le juge, D. 2006, p. 130.

TICHADOU (E.), L'application au refus de vente de l'article 5-3 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 : une solution à tout le moins prématurée, D. 1997, p. 77.

TILCHE (M.), Merci le contrat type ! BTL du 17 oct. 2011, n°3383, pp. 579-580.

TREPPOZ (É.), L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce et le règlement n°44/2001/CE, RDC n°3 juill. 2011, p. 941.

TRIGEAUD (J-M), Promesse et appropriation du futur, *in* Le droit et le futur, Travaux et recherches de l'Université de droit, économie et de sciences sociales de Paris, PUF, 1985, p. 63 s.

TRISTAN (J.), Refus de vente interdit ! Quand la politique de la concurrence œuvre à la réforme de la distribution, Gouvernement et action publique, 2016/4 (Vol. 5), p. 47-67.

USUNIER (L.), La qualification du contentieux lié à la rupture des contrats de distribution : nouvel épisode du feuilleton judiciaire, RTD Civ. 2016, p. 814.

VAN EEVKHOUT (A.), La durée du préavis de rupture d'une relation d'affaires, Revue des contrats n°2, 01 avr. 2005, p. 491.

VENNE (J.-F.), Comment le monde prendra-t-il ce virage ? Gestion, 2020/4 (Vol. 45), p. 64-67.

VERGUCHT (P.), La rupture brutale d'une relation commerciale établie, RJC 1997, pp. 129-160.

VERTUT (J.-M.), Rupture brutale de relation commerciale internationale établie : la compétence juridictionnelle française écartée, Lettre distrib. Janv. 2022, p. 5.

VILMART (C.)

- Rupture brutale de relations établies : la Cour de cassation sanctionne la prise en compte d'éléments postérieurs à la rupture, JCP E n°37, 12 sept. 2013, 1499.
- Importations parallèles – La Commission désavouée la CJCE (6 janv. 2004) qui confirme la conception restrictive des ententes prohibées déjà adoptée par le TPICE, JCP E n°19, 06 mai 2004, 691.

VITOUX (J.-L.), Entretiens de droit viti-vinicole – Le recours aux pratiques du droit commercial et du droit économique, Droit rural n°384, juin 2010, dossier 8.

VOGEL (L.), VOGEL (J.)

- Ce qui ne va toujours pas en matière de rupture de relations commerciales établies après la réforme, BRDA 4/20, du 15 fév. 2020, 22.
- Ce qui ne va toujours pas en matière de rupture de relations commerciales établies après la réforme, BRDA 4/20, chron.

VOGEL (L.)

- La dérive du droit de la rupture brutale de relations commerciales établies. Plaidoyer pour une réforme, *in* Mélanges en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN, L.G.D.J., 2015, p. 855, ISBN n° 978-2-7110-1918-2.

- Droit de la concurrence et puissance d'achat : Plaidoyer pour un changement, JCP E n°50, 11 déc. 1997, 713.
- Droit français de la concurrence, JCP E n°50, 12 déc. 1996, 613.

VOINOT (D.), Nature de la sanction du refus de vente depuis l'intervention de la loi du 1^{er} juillet 1996, JCP E n°20, 20 mai 1999, p. 864.

WARLOUZET (L.), La politique de la concurrence en France depuis 1945. Libéralisation et européanisation, Regards croisés sur l'économie, 2019/2, n° 25, p. 50-61.

WEBER (J.-F.), Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile, Cour de cassation, 2009, *in* Bull. d'information de la Cour de cassation, n°702, 15 mai 2009.

WEILLER (L.), Arbitrabilité de la rupture brutale de relations commerciales établies, JCP E n°46-47, 09 nov. 2015, 1228.

WEINBERG (A.), Vocabulaire de l'innovation, *in* Les Grands Dossiers des Sciences Humaines, 2005/3, n°38, p. 21.

WILHELM (P.), DUMUR (E.), 3 Questions Contentieux de la rupture brutale des relations commerciales : les pratiques établies des juridictions, JCP E n°19, 7 mai 2015, 370.

YVES (C.), L'évaluation du préjudice en cas de perte de gains, Revue internationale de droit comparé, vol. 38, n°2, avr.- juin 1986, Études de droit contemporain. Contributions françaises au 12^e Congrès International de droit comparé (Sydney-Melbourne, 18-26 août 1986), pp. 441-465.

ZOUGHJI (J.), L'article L. 442-6 C. Com. après l'adoption de la loi NRE : la création de nouveaux délits civils, Droit 21, 2002, Chr., AJ 182.

Jurisprudence et décisions et avis des autorités administratives

CEDH

CEDH, 21 mars 2002, req. n°31611/96.

CJUE

CJUE, 25 mars 2021, C-307/19.

CJUE, gr. ch., 24 nov. 2020, C-59/19.

CJUE, 16 juill. 2020, C-73/19.

CJUE, gde ch., 27 juin 2017, C-74/16.

CJUE, 9 mars 2017, C-551/15.

CJUE, 14 juill. 2016, C-196/15.

CJUE, 20 avr. 2016, C-366/13.

CJUE, 13 mars 2014, C-548/12.

CJUE, 19 déc. 2013, C-9/12.

CJUE, 17 nov. 2011, C-412/10.

CJCE, 24 sept. 2009, C-125/07, C-133/07, C 135/07 et C-137/07.

CJCE, 23 avril 2009, C-533/07.

CJCE, 01 juill. 2008, C-49/07.

CJCE, 15 fév. 2007, C-292/05.

CJCE, 07 sept. 2006, C-125/05.

CJCE, 10 janv. 2006, C-222/04.

CJCE, 06 janv. 2004, C-2/01 et C-3/01.

CJCE, 17 sept. 2002, C-334/00, C-334/00.

CJCE, 19 fév. 2002, C-309/99.

CJCE, 19 févr. 2002, C-35/99.

CJCE, 25 oct. 2001, C-475/99.
CJCE, 16 nov. 2000, C-286/98.
CJCE, 12 sept. 2000, C-180/98.
CJCE, 16 mars 2000, C-395/96.
CJCE, 18 juin 1998, C-35/96.
CJCE, 17 juin 1992, C-26/91.
CJCE, 23 avr. 1991, C-41/90.
CJCE, 27 sept. 1988, C-189/87.
CJCE, 11 nov. 1986, C-226/84.
CJCE, 25 oct. 1984, C-107/82.
CJCE, 17 sept. 1985, C-25 et 26/84.
CJCE, 28 mars 1984, C-29/83 et 30/83.
CJCE, 09 nov. 1983, n°322/81.
CJCE, 04 mars 1982, 38/81.
CJCE, 02 mars 1982, 7/82.
CJCE 16 déc. 1980, n°814/79.
CJCE, 13 fév. 1979, 85/76.
CJCE, 29 juin 1978, 77/77.
CJCE, 14 fév. 1978, 27/76.
CJCE, 25 oct. 1977, 26/76.
CJCE, 14 déc. 1976, 25/76.
CJCE, 21 mars 1974, 127/73.
CJCE, 06 mars 1974, 6 et 7-73.
CJCE, 15 juill. 1970, 41/69.
CJCE, 01 déc. 1965, 16/65.

Trib de l'UE, Tribunal de première instance des Communautés européennes

Trib. de l'UE, 14 avr. 2021, n°T-579-19.
Trib. de l'UE, 17 mai 2013, T-146/09.
TPICE, 26 oct. 2000, T-41/96.
TPICE, 06 oct. 1994, T-83/91.

Décision de la Commission

Comm., déc. n°2005/503/CE, 29 sept. 2004, JOUE n°L 184, 15 juill. 2005.
Comm., déc. n°2003/569/CE, 5 déc. 2001, JOCE n° L 200, 7 août 2003.
Comm., déc. n°1999/60/CE, 21 oct. 1998, JOCE, n°L 24, 30 janv. 1999.
Comm., déc. n°96/478/CE, 10 janv. 1996, JOCE, n°L 201/1, 09 août 1996.
Comm., déc. n°83/560/CEE, 16 nov. 1983, JOCE, n°L 327/31, 24 nov. 1983.
Comm., déc. n°93/438/CEE, 30 juin 1993, JOCE, n° L 203, 13 août 1993.
Comm., déc. n°77/327/CEE, 19 avr. 1977, JOCE, n°L 117/11, 09 mai 1977.
Comm., déc. n°71/224/CEE, 02 juin 1971, JOCE, n° L 134/15, 20 juin 1971.

Conseil constitutionnel

Cons. const., déc. n°2019-781, 16 mai 2019.
Cons. const., déc. n°2010-85, 13 janv. 2011.
Cons. const., déc. n°2006/22, 26 oct. 2006.
Cons. const., déc. n°2006-20/21, 20 juill. 2006.

Conseil d'État

CE, 1^e et 4^e ch. réunies, 04 avr. 2018, n°407292.
CE, ass., 16 juill. 2017, n°293229.
CE, 23 fév. 1949, Sieur Faveret, Rec., p. 88.

Cour de cassation

Cass. com., 11 mai 2022, n°21-11.337, J.-D. n°2022-007599.
Cass. com., 06 avr. 2022, n°21-10.265, J.-D. n°2022-005389.

Cass. com., 30 mars 2022, n°20-21.872, J.-D. n°Ø.

Cass. com., 01 déc. **2021**, n°20-19.113, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 07 juill. 2021, n°19-25.586, J.-D. n°2021-015916.
Cass. com., 26 mai 2021, n°19-15.102, J.-D. n°2021-008124.
Cass. com., 31 mars 2021, n°19-16.139, J.-D. n°2021-004758.
Cass. com., 10 fév. 2021, n°19-10.306, J.-D. n°2021-001731.
Cass. com., 10 fév. 2021, n°19-15.369, J.-D. n°2021-001725.
Cass. com., 20 janv. 2021, n°19-11.644, J.-D. n°2021-001226.

Cass. crim., 25 nov. **2020**, n°18-86.955, J.-D. n°2020-019279.
Cass. com., 18 nov. 2020, n°19-14.775, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 18 nov. 2020, n°18-25.709, J.-D. n°2020-019005.
Cass. com., 08 juill. 2020, n°17-31.536, J.-D. n°2020-010066.
Cass. com., 07 juill. 2020, n°18-25.304, J.-D. no2020-010070.
Cass. com., 07 juill. 2020, n°18-25.303, J.-D. no2020-010069.
Cass. com., 07 juill. 2020, n°18-25.302, J.-D. n°2020-010068.
Cass. com., 24 juin 2020, n°18-20.323, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 24 juin 2020, n°18-15.673, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 18 nov. 2020, n°18-25.709, J.-D. n°2020-019005.
Cass. com., 08 juill. 2020, n°17-31.536, J.-D. n°2020-010066.
Cass. com., 10 juin 2020, n° 18-23.555, J.-D. n°2020-008142.
Cass. com., 12 fév. 2020, n°17-31.614, J.-D. n°2020-001762.
Cass. com., 29 janv. 2020, n°17-20.052, J.-D. n°2020-001214.
Cass. com., 15 janv. 2020, n°18-15.431, J.-D. n°2020-000442.
Cass. com., 15 janv. 2020, n°18-10.512, J.-D. n°2020-000405.

Cass. com., 04 déc. **2019**, n°17-31.216, J.-D. n°2019-022121.
Cass. com., 02 oct. 2019, n°18-14.849, J.-D. n°2019-017142.
Cass. com., 02 oct. 2019, n°17-24.135, J.-D. n°2019-017096.
Cass. com. 25 sept. 2019, n°17-22.275, J.-D. n°2019-016788.
Cass. com., 03 juill. 2019, n°17-21.826, J.-D. n°Ø.
Cass. com. 03 juill. 2019, n°17-13.826, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 19 juin 2019, n°17-29.000, J.-D. n°2019-010770.
Cass. com., 07 mai 2019, n°17-27.229, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 07 mai 2019, n°17-15.340, J.-D. n°2019-007691.
Cass. com., 07 mai 2019, n°17-17.366, J.-D. n°2019-008049.
Cass. com., 27 mars 2019, n°17-18.676, J.-D. n°2019-004727.
Cass. com., 27 mars 2019, n°17-16.548, J.-D. n°2019-004691.
Cass. com., 27 mars 2019, 17-18.047, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 23 janv. 2019, n°17-26.870, J.-D. n°2019-024907.

Cass. com., 24 oct. **2018**, n°17-25.672, J.-D. n°2018-018692.
Cass. com., 24 oct. 2018, n°17-16.011, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 20 juin 2018, n°16-24.163, J.-D. n°2018-010873.
Cass. com., 09 mai 2018, n°16-26.045, J.-D. n°Ø.
Cass. 2^{ème} civ., 03 mai 2018, n°17-11.926, J.-D. n°2018-007210.
Cass. com., 05 avr. 2018, n°16-28.116, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 05 avr. 2018, n°16-26.568, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 05 avr. 2018, n°16-19.923, J.-D. n°2018-005218.
Cass. com., 21 mars 2018, n°16-17.146, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 07 mars 2018, n°16-19.777, J.-D. n°2018-003207.
Cass. com., 31 janv. 2018, n°16-24.063, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 17 janv. 2018, n°16-22.253, J.-D. n°2018-000355.

Cass. com., 18 déc. **2017**, n°05-15.970, J.-D. n°2007-042108.
Cass. com., 08 nov. 2017, n°16-15.296, J.-D. n°2017-022312.
Cass. 1^{ère} civ., 06 déc. 2017, n°16-20.680, J.-D. n°2017-027760.

Cass. com., 25 oct. 2017, n°16-16.839, J.-D. n°2017-021038.
Cass. com. 18 oct. 2017, n°16-18.864, J.-D. n°2017-020501.
Cass. com., 18 oct. 2017, n°16-15.138, J.-D. n°2017-020731.
Cass. com., 20 sept. 2017, n°16-14.812, J.-D. n°2017-018227.
Cass. com., 13 sept. 2017, n°16-13.062, J.-D. n°2017-029856.
Cass. com., 10 juill. 2007, n°06-11.680, J.-D. n°2007-040144.
Cass. com., 05 juill. 2017, n°16-14.810, J.-D. n°2017-013504.
Cass. com., 05 juill. 2017, n°16-14.201, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 21 juin 2017, n°16-11.828, J.-D. n°2017-12244
Cass. com., 21 juin 2017, n°15-23.050, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 21 juin 2017, n°15-20.101, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 08 juin 2017, n°16-15.372, J.-D. n°2017-010949.
Cass. com., 11 mai 2017, n°16-13.464, J.-D. n°2017-008860.
Cass. com., 11 mai 2017, n°14-29.717, J.-D. n°2017-008800.
Cass. com., 26 avr. 2017, n°15-23.078, J.-D. n°2017-007793.
Cass. com., 01 mars 2017, n°15-12.785, J.-D. n°2017-011376.
Cass. com., 01 mars 2017, n°15-22.675, J.-D. n°2017-003313.
Cass. com., 08 fév. 2017, n°15-23.050, J.-D. n°2017-001815.
Cass. com., 06 fév. 2007, n°03-20.463, J.-D. n°2007-037248.
Cass. com., 25 janv. 2017, n°15-13.013, J.-D. n°2017-000897.
Cass. com., 23 janv. 2017, n°04-16.779, n°04-17.951, J.-D. n°2007-037046.
Cass. 1^{ère} civ., 18 janv. 2017, n°15-26.105, J.-D. n°2017-000498.
Cass. com., 11 janv. 2017, n°15-18.669, J.-D. n°2017-000203.

Cass. com., 18 oct. **2016**, n°15-13.725, J.-D. n°2016-021490.
Cass. com., 04 oct. 2016, n°15-14.025, J.-D. n°2016-020307.
Cass. com., 06 sept. 2016, n°14-25.891, J.-D. n°2016-018036.
Cass. 1^{ère} civ., 06 juill. 2016, n°15-21.811, J.-D. n°2016-013778.
Cass. com., 03 mai 2016, n°15-10.158, J.-D. n°2016-008621.
Cass. com., 12 avr. 2016, n°13-27.712, J.-D. n°2016-008398.
Cass. com., 16 fév. 2016, n°14-22.914, J.-D. n°2016-002766.
Cass. 2^{ème} civ., 28 janv. 2016, n°14-29.185, J.-D., n°Ø.
Cass. com., 05 janv. 2016, n°14-15.555, J.-D. n°2016-00037.

Cass. com. 08 déc. **2015**, n°14-18.228, J.-D. n°2015-027562.
Cass. com., 24 nov. 2015, n°14-24.672, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 24 nov. 2015, n°14-14.924, J.-D. n°2015-026730.
Cass. com., 24 nov. 2015, n°14-19.678, J.-D. n°2015-026256.
Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 2015, n°14-25.080, J.-D. n°2015-023370.
Cass. com., 21 oct. 2015, n°14-25.080, J.-D. n°2015-023370.
Cass. com., 20 oct. 2015, n°14-18.753, J.-D. n°2015-023508.
Cass. com., 22 sept. 2015, n°13-27.726, J.-D. n°2015-025792.
Cass. com., 15 sept. 2015, n°14-17.964, J.-D. n°2015-020507.
Cass. com., 03 fév. 2015, nos13-24.592, 13-25.496, J.-D. n°2015-001756.
Cass. com., 23 juin 2015, n°14-14.687, J.-D. n°2015-019547.
Cass. com., 10 fév. 2015, n°13-26.414, J.-D. n°2015-002352.

Cass. 1^{ère} civ., 29 oct. **2014**, n°13-23.506, J.-D. n°2014-025656.
Cass. com. 07 oct. 2014, n°13-21.086, J.-D. n°2014-023154.
Cass. com., 07 oct. 2014, n°13-20.390, J.-D. n°2014-024186.
Cass. com., 24 juin 2014, n°12-27.908, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 20 mai 2014, n°13-16.398, J.-D. n°2014-010675.
Cass. com., 20 mai 2014, n°12-26.705, J.-D. n°2014-010679.
Cass. com., 25 mars 2014, n°12-29.534, J.-D. n°2014-006023.
Cass. com., 11 mars 2014, n°12-29.879, J.-D. n°2014-004575.

Cass. com., 19 nov. **2013**, n°12-26.404, J.-D. n°2013-026239.
Cass. com., 13 nov. 2013, n°12-25.361, J.-D. n°2013-025587.

Cass. com., 22 oct. 2013, n°12-28.704, J.-D. n°2013-023274.
Cass. com., 22 oct. 2013, n°12-19.500, J.-D. n°2013-023271.
Cass. com., 24 sept. 2013, n°12-24.538, J.-D. n°2013-020549.
Cass. com., 10 sept. 2013, n°12-19.356, J.-D. n°2013-018905.
Cass. com., 09 juill. 2013, n°12-21.001, J.-D. n°2013-014624.
Cass. com., 09 juill. 2013, n°12-20.468, J.-D. n°2013-014585.
Cass. com., 11 juin 2013, n°12-20.846, J.-D. n°2013-011878.
Cass. com., 11 juin 2013, n°12-21.424, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 03 avr. 2013, n°12-17.905, J.-D. n°2013-006176.
Cass. com. 19 fév. 2013, n°12-23.146, J.-D. n°2013-002662.
Cass. 1^{ère} civ., 13 févr. 2013, n°11-27.967, J.-D. n°2013-002226.
Cass. com., 12 fév. 2013, n°12-13.819, J.-D. n°2013-002604.
Cass. com., 12 fév. 2013, n°12-13.603, n°2013-002159.
Cass. com., 12 fév. 2013, n°12-11.709, J.-D. n°2013-002133.
Cass. com., 29 janv. 2013, n°11-23.676, J.-D. n°2013-001149.
Cass. com., 15 janv. 2013, n°12-17.553, J.-D. n°2013-000466.

Cass. com., 20 nov. **2012**, n°11-22.660, J.-D. n°2012-026570.
Cass. com., 6 nov. 2012, n°11-24.570, J.-D. n°2012-025179.
Cass. com., 23 oct. 2012, n°11-24.775, J.-D. n°2012-024008.
Cass. com., 09 oct. 2012, n°11-23.549, J.-D. n°2012-022740.
Cass. com., 25 sept. 2012, n°11-24.627, J.-D. n°2012-021740.
Cass. com. 25 sept. 2012, n°11-24.425, J.-D. n°2012-021740.
Cass. com., 25 sept. 2012, n°11-24.301, J.-D. n°2012-021640.
Cass. 2^{ème} civ., 16 mai 2012, n°11-11.998, J.-D. n°2012-010207.
Cass. com., 03 mai 2012, n°11-10.544, J.-D. n°2012-009119.
Cass. com. 03 mai 2012, n°10-28.366, J.-D. n°2012-009253 et n°10-28.367, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 20 mars 2012, n°11-11.570, J.-D. n°2012-004958.
Cass. com., 21 fév. 2012, n°09-15.438, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 31 janv. 2012, n°11-12.899, J.-D. n°2012-001494.

Cass. com., 02 nov. **2011**, n°10-25.323, J.-D. n°2011-023979.
Cass. com., 18 oct. 2011, n°10-19.612, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 04 oct. 2011, n°10-20.240, J.-D. n°2011-021084.
Cass. com., 06 sept. 2011, n°10-30.679, J.-D. n°2011-018092.
Cass. com., 06 sept. 2011, n°10-11.975, J.-D. n°2011-018085.
Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-17.844, J.-D. n°2011-010510.
Cass. com., 15 mars 2011, n°10-16.422, J.-D. n°2011-034901.
Cass. com., 18 janv. 2011, n°10-11.885, J.-D. n°2011-000393.

Cass. com., 28 sept. **2010**, n°09-69.272, J.-D. n°2010-017133.
Cass. com. 21 sept. 2010, n°09-15.716, J.-D. n°2010-016576.
Cass. com. 14 sept. 2010, n°09-14.322, J.-D. n°2010-015989.
Cass. com., 13 juill. 2010, n°09-16.156, J.-D. n°2010-011617.
Cass. 1^{ère} civ., 08 juill. 2010, n°09-67.013, J.-D. n°2010-012390.
Cass. com., 15 juin 2010, n°09-66.761, J.-D. n°2010-009424.
Cass. com., 18 mai 2010, n°08-21.681, J.-D. n°2010-006545.
Cass. com., 09 mars 2010, n°08-20.036, J.-D. n°2010-001525.
Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2010, n° 08-12.749, J.-D. n°2010-051610.

Cass. com., 24 nov **2009**, n°07-19.248, J.-D. n°2009-050549.
Cass. com., 10 nov. 2009, n°08-18.337, J.-D. n°2009-050283.
Cass. com., 15 sept. 2009, n°08-19.200, J.-D. n°2009-049448.
Cass. com., 15 sept. 2009, n°07-10.493, J.-D. n°2009-049497.
Cass. 1^{ère} civ., 04 juin 2009, n°08-14.481, J.-D. n°2009-048456.
Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 2009, n°08-13.422, J.-D. n°2009-048150.
Cass. 1^{ère} civ., 22 janv. 2009, n°07-21.233, J.-D. n°Ø.

Cass. com., 16 déc. **2008**, n°07-18.050, J.-D. n°2008-046291.
 Cass. com., 16 déc. 2008, n°07-15.589, J.-D. n°2008-046299.
 Cass. com., 02 déc. 2008, n°08-10.731, J.-D. n°2008-046098.
 Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 2008, n°07-15.823, J.-D. n°2008-045459.
 Cass. com., 21 oct. 2008, n°07-12.336, J.-D. n°2008-045498.
 Cass. 2^{ème} civ., 16 oct. 2008, n°07-14.373, J.-D. n°2008-045404.
 Cass. com., 03 juin 2008, n°06-13.761, J.-D. n°2008-044216.
 Cass. 2^{ème} civ., 17 avr. 2008, n°07-10.065, J.-D. n°2008-043651.
 Cass. com., 22 janv. 2008, n°06-19.440, J.-D. n°2008-360302.
 Cass. com., 29 janv. 2008, n°07-12.039, J.-D. n°2008-042527.

Cass. com., 23 oct. **2007**, n°06-16.774, J.-D. n°2007-041012.
 Cass. com., 09 oct. 2007, n°06-16.744, J.-D. n°2007-040805.
 Cass. com., 10 juill. 2007, n°06-14.768, J.-D. n°2007-040143.
 Cass. com., 26 juin 2007, n°06-17.821, J.-D. n°2007-039783.
 Cass. com., 26 juin 2007, n°06-20.820, J.-D. n°2007-039782.
 Cass. 1^{ère} civ., 06 mars 2007, n°06-10.946, J.-D. n°2007-037781.
 Cass. com., 25 sept. 2007, n°06-15.517, J.-D. n°2007-040542.
 Cass. com., 20 févr. 2007, n°04-17.752, J.-D. n°2007-037496.
 Cass. com., 06 fév. 2007, n°04-13.178, J.-D. n°2007-037247.
 Cass. com., 06 fév. 2007, n°03-20.463, J.-D. n°2007-037248.
 Cass. com., 23 janv. 2007, n°04-16.779, J.-D. n°2007-037046.

Cass. com., 05 déc. **2006**, n°04-20.039, J.-D. n°Ø.
 Cass. com., 28 nov. 2006, n°04-20.734, J.-D. n°2006-036162.
 Cass. 2^{ème} civ., 12 oct. 2006, n°05-12.835, J.-D. n°2006-035516.
 Cass. A.P., 06 oct. 2006, n°05-13.255, J.-D. n°2006-035298.
 Cass. com., 11 juill. 2006, n°04-20.592, J.-D. n°Ø.
 Cass. 1^{ère} civ., 04 juill. 2006, n°05-17.460, J.-D. n°2006-034418.
 Cass. 1^{ère} civ., 25 avr. 2006, n°05-15.528, J.-D. n°2006-033197.
 Cass., A.P., 14 avr. 2006, nos 04-18.902 et 02-11.168, J.-D. nos 2006-033180 et 2006-033181.
 Cass. com., 28 fév. 2006, n°05-12.138, J.-D. n°2006-032440.

Cass. 2^{ème} civ., 06 oct. **2005**, n°03-20.187, J.-D. n°2005-030072.

Cass. com., 03 nov. **2004**, n°02-17.078, J.-D. n°Ø.
 Cass. com., 07 juill. 2004, n°03-11.472, J.-D. n°Ø.
 Cass. com., 12 mai 2004, n°01-12.865, J.-D. n°2004-023745.
 Cass. com., 17 mars 2004, n°02-17.575, J.-D. n°Ø.
 Cass. com., 03 mars 2004, n°02-17.623, J.-D. n°Ø.
 Cass. com., 03 mars 2004, n°02-14.529, J.-D. n°2004-022753.

Cass. com., 13 nov. **2003**, n°02-10.448, J.-D. n°2003-021000.
 Cass. com. 23 avr. 2003, n°01-11.664, J.-D. n°2003-018820.
 Cass. 1^{ère} civ., 25 mars 2003, n°00-15.115, J.-D. n°2003-018542.

Cass. com., 25 juin **2002**, n°99-19.121, J.-D. n°2002-015070.
 Cass. com., 06 mai 2002, n°99-14.093, J.-D. n°2002-014206.
 Cass. com., 09 avr. 2002, n°00-13.921, J.-D. n°Ø.
 Cass. com., 08 janv. 2002, n°98-13.142, J.-D. n°2002-012506.

Cass. 1^{ère} civ., 14 nov. **2001**, n°98-19.205, J.-D. n°2001-011599.
 Cass. com., 17 juill. 2001, n°99-19.309, J.-D. n°2001-010697.
 Cass. com., 06 juin 2001, n°99-20.831, J.-D. n°2001-010141.

Cass. com., 05 déc. **2000**, n°99-11.720, J.-D. n°2000-007355.
 Cass. 1^{ère} civ., 07 nov. 2000, n°99-18.576, J.-D. n°2000-006739.
 Cass. 1^{ère} civ., 07 nov. 2000, n°98-17.731, J.-D. n°2000-006729.

Cass. com., 03 oct. 2000, n°97-14.433, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 16 juin 1998, n°96-20.182, J.-D. n°1998-002767.
Cass. soc., 21 mars 2000, n°97-45.120, J.-D. n°2000-001094.
Cass. com., 02 déc. 1997, n°95-14.251, J.-D. n°1997-004880.

Cass. com., 16 juin **1998**, n°96-20.182, J.-D. n°1998-002767.

Cass. com., 21 oct. **1997**, n°95-14.457, J.-D. n°1997-004134.
Cass. com., 21 oct. 1997, n°95-13.891, J.-D. n°1997-004279.
Cass. com., 14 oct. 1997, n°95-10.374, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 03 juin 1997, n°95-12.402, J.-D. n°1997-002084.
Cass. com., 29 avr. 1997, n°94-21.424, J.-D. n°1997-001824.
Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 1997, n°94-16.861, J.-D. n°1997-000078.

Cass. com., 13 nov. **1996**, n°94-13.187, J.-D. n°1996-004273.
Cass. com., 09 avr. 1996, n°94-14.649, J.-D. n°1996-001499.
Cass. com., 05 mars 1996, n°94-15.624, J.-D. n°Ø.

Cass. com., 28 févr. **1995**, n°93-14.437, J.-D. n°1995-000522.

Cass. soc., 30 juin **1992**, n°89-40.132, J.-D. n°1992-001585.

Cass. com., 09 oct. **1991**, n°90-12.476, J.-D. n°1991-002927.
Cass. soc., 10 avr. 1991, n°88-40.920, J.-D. n°1991-011157.
Cass. com. 26 fév. 1991, n°89-16.348, J.-D. n°1991-000710.

Cass. com., 27 fév. **1990**, n°88-12.189, J.-D. n°1990-000538.
Cass. crim. 12 fév. 1990, n°89-80.815, J.-D. n°1990-701111.

1989-1980

Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 1989, n°87-10.092, J.-D. n°1989-000397.
Cass. com., 5 déc. 1984, n°83-14.273, J.-D. n°Ø.
Cass. com., 21 mars 1984, n°82-12.347, J.-D. n°1984-700765.
Cass. com., 07 juill. 1983, n°82-12.721, J.-D. n°1983-701642.
Cass. 1^{ère} civ., 31 mai 1983, n°82-10.372, J.-D. n°1983-701246.
Cass. com., 11 mars 1981, n°79-12.532, J.-D. n°1981-701339.

1979-1970

Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 1979, n°17-13.566, J.-D. n°Ø.
Cass., A.P., 28 mai 1976, n°75-10.371, Bull. Cass. civ. A.P. n°8, p. 10.
Cass. 1^{ère} civ., 03 juill. 1973, n°72-10.001 Bull. civ. I, n°228.
Cass. 1^{ère} civ., 26 janv. 1972, n°70-12.133, Bull. Cass. civ. 1, n°27, p. 23.

1969-1900

Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 1968, n°65-14.399 et n°66-11.076, Bull. civ. 1968, n°170.
Cass. 1^{ère} civ., 11 oct. 1964.
Cass. civ., 25 mai 1948.
Cass. ch. réun., 11 mars 1914, Caisse rurale de Manigod.

1863-1899

Cass., 19 juin 1872, D. P., 73, 1, 128.
Cass. crim., 20 fév. 1863.

Cour d'appel

CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 22 juin **2022**, n°21/13840, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 06, 22 juin 2022, n°20/17215, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 09 juin 2022, n°19/16223, J.-D. n°Ø.

CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 02 mars 2022, n°21/17962, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 10 fév. 2022, n°19/03034, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 02 fév. 2022, n°21/09001, J.-D. n°2022-001897.

CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 1er déc. **2021**, n°20/07092, J.-D. n°2021-020035.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 01 déc. 2021, n°20/06811, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 25 nov. 2021, n°18/07196, J.-D. n°2021-019226.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 21 oct. 2021, n°18/10446, J.-D. n°2021-016802.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 14 oct. 2021, n°17/18596, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 13 oct. 2021, n°19/09550, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 16 (CCIP), 12 oct. 2021, n°20/02342, J.-D. n° 2021-021961.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 29 sept. 2021, n°19/21838, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 24 sept. 2021, n°18/02209, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 17 sept. 2021, n°19/17158, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 1er sept. 2021, n°18/00621, J.-D. n°Ø.
CA Caen, Ch. 1^{ère} civ., 06 juill. 2021, n°19/00137, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 02 juin 2021, n°17/16997, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 19 mai 2021, n°17/22069, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 15 avr. 2021, n°18/15899, J.-D. n°2021-005536.
CA Paris, Pôle 01, Ch. 08, 26 mars 2021, n°20/13493, J.-D. n°2021/004364.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 17 mars 2021, n°19/20659, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 03 mars 2021, n°19/11103, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 11 mars 2021, n°18/03112, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 16 (CCIP), 12 janv. 2021, n°20/02665, J.-D. n°Ø.

CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 18 déc. **2020**, n°18/04446, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 17 déc. 2020, n°17/23168, J.-D. n°2020-021792.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 2 déc. 2020, n°18/17277, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 01, Ch. 03, 25 nov. 2020, n°20/07556, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 25 novembre 2020, n°19/00558, J.-D. n°2020-019878.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 08 oct. 2020, n°17/19893, J.-D. n°2020-018431.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 09 sept. 2020, n°19/19392, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 09 sept. 2020, n°18/27189, J.-D. n°2020-013004.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 03 sept. 2020, n°17/18674, J.-D. n°2020-014591.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 09 juill. 2020, n°17/18660, J.-D. n°2020-010398.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 08 juill. 2020, n°18/21723, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 08 juill. 2020, n°18/21122, J.-D. n°2020-010388.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 02 juill. 2020, n°17/16598, J.-D. n°2020-009649.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 1er juill. 2020, n°18/21197, J.-D. n°2020-009647.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 1er juill. 2020, n°17/18524, J.-D. n°2020-009640.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 24 juin 2020, n°18/03495, J.-D. n°2020-009002.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 25 juin 2020, n°18/00121, J.-D. n°2020-009021.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 24 juin 2020, n°18/03495, J.-D. n°2020-009002.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 24 juin 2020, n°17/02542, J.-D. n°2020-009001.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 17 juin 2020, n°18/16996, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 16 (CCIP), 03 juin 2020, n°19/03758, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 28 mai 2020, n°17/13136, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 28 mai 2020, n°17/03955, J.-D. n°2020-007511.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 12 mars 2020, n°17/06355, J.-D. n°2020-004000.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 04 mars 2020, n°18/15532, J.-D. n°2020-003999.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 27 fév. 2020, n°17/19061, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 27 fév. 2020, n°17/19000, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 13 fév. 2020, n°17/19879, J.-D. n°2020-001919.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 12 fév. 2020, n°18/08879, J.-D. n°2020-001843.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 07 fév. 2020, n°18/03616, J.-D. n°2020-002933.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 5 fév. 2020, nos18/20361, 18/20994, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 31 janv. 2020, n°18/01599, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 30 janv. 2020, n°17/18451, J.-D. n°Ø.

CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 24 janv. 2020, n°18/00705, J.-D. n°2020-000990.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 16 janv. 2020, n°17/12424, J.-D. n°2020-000388.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 15 janv. 2020, n°16/17051, J.-D. n°2020-000387.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 08 janv. 2020, n°18/08888, J.-D. n°2020-000208.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 08 janv. 2020, n°18/08419, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 08 janv. 2020, n°18/04493, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 08 janv. 2020, n°17/15157, J.-D. n°2020-000211.

CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 19 déc. **2019**, n°17/11609, J.-D. n°2019-023903.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 27 nov. 2019, n°17/18291, J.-D. n°2019-021897.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 07, 14 nov. 2019, n°18/23992, J.-D. n°2019-020856.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 6 nov. 2019, n°18/03050, J.-D. n°2019-019703.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 03 oct. 2019, n°17/01356, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 12 sept. 2019, n°17/16758, J.-D. n°2019-01552.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 12 sept. 2019, n°17/04515, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 5, 12 sept. 2019, n°17/00236, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 5, 05 sept. 2019, n°17/03703, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 31 juill. 2019, n°16/18697, J.-D. n°2019-014423.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 31 juill. 2019, n°16/21441, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 5, 11 juill. 2019, n°13/09851, J.-D. n°2019-012474.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 4, 26 juin 2019, n°16/17304, J.-D. n°2019-011072.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 12 juin 2019, n°17/01093, J.-D. n°2019-010119.
CA Paris, Pôle 01, Ch. 02, 06 juin 2019, n°18/27682, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 06 juin 2019, n°17/01229, J.-D. n°2019-009737.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 05 juin 2019, n°16/16027, J.-D. n°2019-009733.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 23 mai 2019, n°17/06134, J.-D. n°2019-008664.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 24 avril 2019, n°16/16278, J.-D. n°2019-008661.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 10 avr. 2019, n°16/14991, J.-D. n°2019-005734.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 5, 04 avr. 2019, n°16/25833, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 07, 04 avr. 2019, n°19/03274, J.-D. n°2019-005167.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 03 avr. 2019, n°17/12787, J.-D. n°2019-005150.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 28 mars 2019, n°16/24294, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 28 fév. 2019, n°17/16475, J.-D. n°2019-003558.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 07 fév. 2019, n°16/14348, J.-D. n°2019-001605.
CA Paris, Pôle 01, Ch. 02, 24 janv. 2019, n°18/14599, J.-D. n°2019-000821.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 24 janv. 2019, n°17/04176, J.-D. n°2019-000775.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 23 janv. 2019, n°16/16856, J.-D. n°2019-024918.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 11 janv. 2019, n°17/00234, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 09 janv. 2019, n°18/09522, J.-D. n°2019-024911.

CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 20 déc. **2018**, n°16/11192, J.-D. n°2018-025002.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 30 nov. 2018, n°16/24556, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 22 nov. 2018, n°18/05362, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 22 nov. 2018, n°17/12123, J.-D. n°2018-020885.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 22 nov. 2018, n°17/10290, J.-D. n°2018-020883.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 09 nov. 2018, n°17/13048, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 17 oct. 2018, RG n°16/10538, J.-D. n°2018-018686.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 28 sept. 2018, n°17/08310, J.-D. n°2018-025090.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 19 sept. 2018, n°18/08183, J.-D. n°2018-016477.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 19 sept. 2018, n°16/05579, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, ch. 05, 13 sept. 2018, n°17/02379, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 01, Ch. 08, 22 juin 2018, n°18/04463, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 10, 18 juin 2018, n°16/12767, J.-D. n°2018-014379.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 13 juin 2018, n°15/09790, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 13 juin 2018, n°15/09789, J.-D. n°2018-010222.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 13 juin 2018, n°15/09787, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 avr. 2018, n°15/02833, J.-D. n°2018-005678.
CA Paris, Pôle 01, Ch. 01, 10 avr. 2018, n°17/15593, J.-D. n°2018-006185.

CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 04 avr. 2018, n°16/06822, J.-D. n°2018-005396.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 29 mars 2018, n°15/22669, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 28 mars 2018, n°15/10585, J.-D. n°2018-004755.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 21 mars 2018, n°14/26092, J.-D. n°2018-004125.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 16 mars 2018, n°16/04406, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 28 fév. 2018, n°16/01101, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 21 fév. 2018, n°15/05499, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 08 fév. 2018, n°17/17947, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 01 fév. 2018, n°15/11151, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 19 janv. 2018, n°15/10939, J.-D. n°2018-002948.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 10 janv. 2018, n°15/02432, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 10 janv. 2018, n°15/17379, J.-D. n°2018-005198.

CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 14 déc. **2017**, n°16/04578, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 30 nov. 2017, n°16/03369, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 30 nov. 2017, n°16/02353, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 22 nov. 2017, n°15/18782, J.-D. n°2017-024328.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 15 nov. 2017, n°15/01941, J.-D. n°2017-023296.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 oct. 2017, n°15/03995, J.-D. n°2017-020252.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 04 oct. 2017, n°16/06208, J.-D. n°2017-019567.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 04 oct. 2017, n°15/03041, J.-D. n°2017/019564.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 27 sept. 2017, n°16/00671, J.-D. n°2017-02983.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 20 sept. 2017, n°16/04711, J.-D. n°2017/022388.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 13 sept. 2017, n°14/23934, J.-D. n°2017-017872.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 07 sept. 2017, n°15/00670, J.-D. n°2017-017878.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 06 juill. 2017, n°16/01061, J.-D. n°2017-015184.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 05 juill. 2017, n°15/19988, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 09, 29 juin 2017, n°16/14653, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 28 juin 2017, n°14/26044, J.-D. n°2017/013713.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 31 mai 2017, n°14/24805, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 05 mai 2017, n°15/13369, J.-D. n°2017-012570.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 27 avr. 2017, n°15/11063, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 19 avr. 2017, n°15/24221, J.-D. n°2017-007467.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 30 mars 2017, n°15/10192, J.-D. n°2017-006379.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 29 mars 2017, n°15/16932, J.-D. n°2017-006375.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 29 mars 2017, n°15/22953, J.-D. n°2017-006376.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 23 mars 2017, n°15/24327, J.-D. n°2017-005507.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 10 mars 2017, n°15/04629, J.-D. n°2017-027970.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 02 mars 2017, n°15/15145, J.-D. n°2017-004772.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 02 mars 2017, n°15/10786, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 22 fév. 2017, n°14/02772, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 16 fév. 2017, n°15/09463, J.-D. n°Ø.
CA Reims, Ch. civ. 1^{ère} sect., 14 fév. 2017, n°15/02398, J.-D. n°2017-003723.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 02 fév. 2017, n°15/04850, J.-D. n°2017-002436.
CA Paris, Pôle 01, Ch. 02, 26 janv. 2017, n°15/18120, J.-D. n°2017-005019.
CA Douai, 2^{ème} Ch., 2^{ème} sect., 26 janv. 2017, n°15/07306, J.-D. n°2017-001348.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 janv. 2017, n°14/07959, J.-D. n°2017-000374.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 janv. 2017, n°14/06885, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 10, 09 janv. 2017, n°15/17533, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 04 janv. 2017, n°14/08156, J.-D. n°2017-000068.

CA Paris, Pôle 05, Ch. 10, 05 déc. **2016**, n°15/16766, J.-D. n°2016-027884.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 27 oct. 2016, n°15/06830, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 07 oct. 2016, n°13/19175, J.-D. n°2016-020921.
CA Paris, Pôle 04, Ch. 09, 29 sept. 2016, n°14/07883, J.-D. n°2016-020162.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 22 sept. 2016, n°14/18692, J.-D. n°2016-020321.
CA Basse-Terre, Ch. 2^{ème} civ., 10 sept. 2016, n°15/00500, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 09 sept. 2016, n°14/08095, J.-D. n°2016-021450.

CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 07 sept. 2016, n°14/06517, J.-D. n°2016-018807.
CA Nouméa, Ch. com., 25 août 2016, n°15/00013, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 24 juin 2016, n°14/01572, J.-D. n°2016-012936.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 08 juin 2016, n°13/21346, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 25 mai 2016, n°14/14587, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 12 mai 2016, n°14/02903, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 04 mai 2016, n°13/22971, J.-D. n°2016-008774.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 23 mars 2016, n°14/23748, J.-D. n°2016-019790.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 18 mars 2016, n°13/17054, J.-D. n°2016-014322.
CA Aix-en-Provence, Ch. B 11^{ème}, 10 mars 2016, n°2016/140, J.-D. n°2016-008150.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 03 mars 2016, n°12/22224, J.-D. n°2016-005508.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 11 fév. 2016, n°14/17563, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 29 janv. 2016, n°14/22162, J.-D. n°2016-008986.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 22 janv. 2016, n°13/21184, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 07 janv. 2016, n°14/08542, J.-D. n°Ø.

CA Paris, Pôle 01, Ch. 01, 15 déc. **2015**, n°15/10615, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 04 déc. 2015 n°13/24248, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 08 oct. 2015, n°13/16632, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 30 sept. 2015, n°13/07915, J.-D. n°2015-021784.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 24 juin 2015, n°13/05110, J.-D. n°2015-015706.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 28 mai 2015, n°14/01691, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 02, Ch. 05, 19 mai 2015, n°12/19394, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 13 mai 2015, n°13/01095, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 07 mai 2015, n°14/01334, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 06 mai 2015, n°13/01886, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 01, Ch. 01, 07 avr. 2015, n°14/17985, J.-D. n°2015-009087.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 26 mars 2015, n°13/19922, J.-D. n°2015-007084.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 fév. 2015, n°12/22955, J.-D. n°2015-002375.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 fév. 2015, n°12/20264, J.-D. n°2015-002382.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 fév. 2015, n°12/19910, J.-D. n°Ø.
CA Bordeaux, Ch. 2^{ème} civ., 09 fév. 2015, n°10/07124, J.-D. n°2015-002128.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 07 janv. 2015, n°12/17844, J.-D. n°2015-000128.

CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 18 déc. **2014**, n°13/15890, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 22 oct. 2014, n°14/11427, J.-D. n°2014-0253320.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 29 oct. 2014, n°12/11269, J.-D. n°2014-026029.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 01 oct. 2014, n°13/17755, J.-D. n°2014-023550.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 19 sept. 2014, n°12/05845, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 11 sept. 2014, n°12/18874, J.-D. n°Ø.
CA Aix-en-Provence, 2^{ème} Ch., 17 juill. 2014, n°12-16.401, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 12 juin 2014, n°12/19673, J.-D. n°2014-013965.
CA Paris, Pôle 01, Ch. 02, 05 juin 2014, n°13/19047, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 22 mai 2014, n°12/10054, J.-D. n°2014-011628.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 10 avr. 2014, n°12/22670, J.-D. n°2014-008286.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 10 avr. 2014, n°12/01373, J.-D. n°2014-007747.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05., 20 mars 2014, n°12/01371, J.-D. n°2014-005437.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 22 janv. 2014, n°12/05810, J.-D. n°2014-036732.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 09 janv. 2014, n°12/01496, J.-D. n°Ø.

CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 11 déc. **2013**, n°11/20287, J.-D. n°2013-029173.
CA Paris, Pôle 01, Ch. 03, 10 déc. 2013, n°13/12715, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 02 oct. 2013, n°10/19115, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 04 juill. 2013, n°11/07179, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 28 juin 2013, n°12/01138, J.-D. n°2013-015761.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 23 mai 2013, n°12/01166, J.-D. n°2013-010560.
CA Colmar, Ch. 1^{ère} civ., sect. A, 13 mai 2013, n°11/05060, J.-D. n°2013-009500.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 26 avr. 2013, n°11/18131, J.-D. n°Ø.

CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 04 avr. 2013, n°10/23071, J.-D. n°2013-006495.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 04 avr. 2013, n°10/02735, J.-D. n°Ø.
CA Aix-en-Provence, Ch. A. 1^{ère}, 02 avr. 2013, n°12/02659, J.-D. n°2013-016220.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 14 mars 2013, n°10/17628, J.-D. n°2013-004510.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 07 fév. 2013, n°10/24348, J.-D. n°2013-015572.
CA Amiens, Ch. éco., 17 janv. 2013, n°10/04885, J.-D. n°2013-001477.

CA Douai, 2^{ème} Ch., 2^{ème} sect., 27 nov. **2012**, n°12/00899, J.-D. n°2012/028706.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 04 oct. 2012, n°11/17783, J.-D. n°2012-026318.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 02, 14 sept. 2012, n°11/10263, J.-D. n°2012-021856.
CA Bourges, Ch. civ., 23 fév. 2012, n°11/00593, J.-D. n°Ø.
CA Versailles, 12^{ème} Ch., 26 juill. 2012, n°11/05276, J.-D. n°2012-033919.
CA Aix-en-Provence, 8^{ème} Ch. C, 21 juin 2012, n°10/20364, J.-D. n°2012-014672.
CA Amiens, 1^{ère} Ch., 1^{ère} sect., 21 juin 2012, n°11/01055, J.-D. n°Ø.
CA Colmar, 1^{ère} Ch. civ., sect. B, 18 avr. 2012, n°09/04851, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 04 avr. 2012, n°09/25117, J.-D. n°2012/006672.
CA Toulouse, 2^{ème} Ch., 2^{ème} sect., 06 mars 2012, n°09/03556, J.-D. n°Ø.
CA Douai, 2^{ème} Ch., 1^{ère} sect., 15 fév. 2012, n°10/07622 J.-D. n°2012-008886.

CA Versailles, 12^{ème} Ch., 2^{ème} sect., 27 oct. **2011**, n°10-04733, J.D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 26 oct. 2011, n°09/10971, J.D. n°Ø.
CA Toulouse, 2^{ème} Ch., 1^{ère} sect., 12 oct. 2011, n°10/01339, J.-D. n°2011-024806.
CA Aix-en-Provence, 2^{ème} Ch., 05 oct. 2011, n°10/03682, J.-D. n°2011-022232.
CA Paris, Pôle 5, Ch. 02, 1^{er} juill. 2011, n°10/12993, J.-D. n°Ø.
CA Lyon, 3^{ème} Ch. A, 01 juill. 2011, n°10/02378, J.-D. n°2011-017054.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 29 juin 2011, n°09/17336, J.-D. n°2011-014205.
CA Colmar, Ch. 1^{ère} civ., sect. A, 17 mai 2011, RG n°1 A 09/00510.
CA Versailles, 12^{ème} Ch., 2^{ème} sect., 10 mars 2011, n°09/09875, J.-D. n°2011-004963.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 04 mars 2011, n°09/22982, J.-D. n°2011-008239.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 20 janv. 2011, n°10/01509, J.-D. n°2011-000596.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 10, 19 janv. 2011, n°09/14691, J.-D. n°2011-000475.

CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 10 déc. **2010**, n°09/14884, J.-D. n°Ø.
CA Rouen, Ch. civ. et com., 09 déc. 2010, RG n°10/00274, J.-D. n°2010-027292.
CA Paris, Pôle 01, Ch. 01, 28 oct. 2010, n°10/12534, J.-D. n°2010-021513.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 10, 15 sept. 2010, n°08/19277, J.-D. n°2010-027116.
CA Versailles, 12^{ème} Ch., 2^{ème} sect., 01 juill. 2010, n°09/03348, J.-D. n°2010-021180.
CA Rouen, 2^{ème} Ch., 24 juin 2010, n°09/02193, J.-D. n°Ø.
CA Versailles, 3^{ème} Ch., 10 juin 2010, n°09/00298, J.-D. n°2010-024584.
Cass. Com., 09 mars 2010, n°08-21.055, J.-D. n°2010-001527.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 10 fév. 2010, n°07/20870, J.-D. n°2010-015540.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 10, 03 fév. 2010, n°08/04108, J.-D. n°2010-004324.

CA Versailles, 12^{ème} Ch., 1^{ère} sect., 10 déc. **2009**, n°09/03705, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 04, 09 sept. 2009, n°07/10355, J.-D. n°2009-010041.
CA Paris, Pôle 05, Ch. 05, 18 juin 2009, n°07/18026, J.-D. n°Ø.
CA Douai, 12^{ème} Ch., 2^{ème} sect., 05 mai 2009, n°08/01540, J.-D. n°2009-378572.
CA Versailles, 12^{ème} Ch., 2^{ème} sect., 05 fév. 2009, n°07/06076, J.-D. n° Ø.
CA Paris, Ch. A 14^{ème}, 28 janv. 2009, n°08/17748, J.-D. n°Ø.

CA Versailles, 12^{ème} Ch., 1^{ère} sect., 13 nov. **2008**, n°07/05227, J.-D. n°Ø.
CA Lyon, 3^{ème} Ch. civ., sect. B., 30 avr. 2008, n°06/04689, J.-D. n°Ø.
CA Paris, 25^{ème} Ch., sect. A, 29 fév. 2008, n°06/03934, J.-D. n°2008-357630.

CA Dijon, Ch. civ. B, 04 déc. **2007**, n°06/02172, J.-D. n°2007-354371.
CA Chambéry, Ch. com., 02 oct. 2007, n°07/00807, J.-D. n°2007-353932.
CA Rouen, 2^{ème} Ch., 18 janv. 2007, n°05/04381, J.-D. n°2007-328031.

CA Rouen, 2^{ème} Ch., 29 juin **2006**, n°05/03543, J.-D. n°2006-308049.
CA Versailles, 12^{ème} Ch., 2^{ème} sect., 18 mai 2006, n°04/08829, J.-D. n°2006-321841.
CA Versailles, 12^{ème} Ch., 1^{ère} sect., 18 mai 2006, n°05/03952, J.-D. n°Ø.
CA Nancy, 2^{ème} Ch. com., 22 mars 2006, n°04/01069, J.-D. n°2006-309054.
CA Angers, Ch. com., 24 janv. 2006, n°05.00067, J.-D. n°2006-299638.
CA Montpellier, 1^{ère} Ch., sect. B., 24 janv. 2006, n°04/05929, J.-D. n°2006-296241.

CA Colmar, 1^{ère} Ch., sect. B, 24 nov. **2005**, n°05/02761, J.-D. n°Ø.
CA Paris, Ch. 05, sect. A, 16 nov. 2005, n°05/07002, J.-D. n°2005-288918.
CA Versailles, 12^{ème} Ch., 2^{ème} sect., 25 mars 2005, n°03/08306, J.-D. n°2005-270042.
CA Paris, 1^{ère} Ch., sect. H, 25 janv. 2005, n°2004/13142, J.-D n°2005-267355.

CA Angers, 07 déc. **2004**, n°03/01331, J.-D. n°2004-273934.
CA Versailles, 12^{ème} Ch., 2^{ème} sect., 02 déc. 2004, n°03/04269, J.-D. n°2004-267459.
CA Amiens, Ch. éco., 25 nov. 2004, RG n°02/04483, J.-D. n°2004-278319.
CA Versailles, 12^{ème} Ch., 2^{ème} sect., 14 oct. 2004, n°03/04512, J.-D. n°2004-256972.
CA Montpellier, 2^{ème} Ch., sect. A, 21 sept. 2004, n°02/02738, J.-D. n°2004-267461.
CA Lyon, 3^{ème} Ch. civ., 09 sept. 2004, n°04/00108, J.-D. n°Ø.
CA Amiens, Ch. éco., 15 juin 2004, RG n°03/01857, J.-D. n°2004-247709.
CA Nancy, 2^{ème} Ch. com., 11 fév. 2004, n°00/02960, J.-D. n°2004-264738.
CA Lyon, 3^{ème} Ch. civ., 15 janv. 2004, n°02/03192, J.-D. n°2004-238224.

CA Versailles, 12^{ème} Ch., 2^{ème} sect., 23 oct. **2003**, n°01/07560, J.-D. n°2003-256237.
CA Paris, 4^{ème} Ch. sect. A, 17 sept. 2003, n°2002/06984, J.-D. n°2003-224158.
CA Versailles, 12^{ème} Ch., 2^{ème} sect., 20 fév. 2003, n°01/01170, J.-D. n°2003-246506.
CA Bordeaux, 2^{ème} Ch., 19 fév. 2003, J.-D. n°2003-217895.

CA Paris, 1^{ère} Ch. sect. H, 9 avr. **2002**, n°2001/17568, J.-D. n°2002-248796.

CA Versailles, 12^{ème} Ch., 1^{ère} sect., 26 avr. **2001**, Sté Coffima c/ SA Renault VI.
CA Douai, 2^{ème} Ch., 15 mars 2001, n°1999/01301, J.-D. n°2001-150707.
CA Douai, 2^{ème} Ch., 15 mars 2001, n°1999/01301, J.-D. n°2001-164640.

CA Orléans, Ch. com. éco. et fi., 28 oct. **1999**, n°98/01692, J.-D. n°1999-110765.
CA Montpellier, 2^{ème} Ch., sect. A, 11 août 1999, n°98/0003685, J.-D. n°1999-127668.

CA Rouen, 3 nov. **1998**, n°2187/98, Antigone c/ Saint- Gobain Desjonquères.

CA Paris, 3^{ème} Ch. C, 12 sept. **1997**.

CA Paris, 5^{ème} Ch., C, 08 nov. **1996**, J.-D. n°1996-023821.

CA Paris, 1^{ère} Ch., sect. concurrence, 13 déc. **1995**.

CA Versailles, 12^{ème} Ch., 24 juin **1993**, n°4692/91, J.-D. n°1993-042987.
CA Paris, 5^{ème} Ch., sect. A, 17 fév. 1993, n°5373/91, J.-D. n°1993-020774.

1908-1987

CA Paris, 5^{ème} Ch., sect. A, 03 juin 1987, n°10019, J.-D. n°1987-026015.
CA Paris, 11 déc. 1981.
CA Paris, 7^{ème} Ch., 24 oct. 1908.

Tribunaux de commerce
2013-2022

T. com. Paris, 28 mars 2022, n°2018017655, J.-D. n°Ø.
T. com. Paris, 30 sept. 2021, n°2020037442, J.-D. n°Ø.
T. com. Paris, 8^e ch., 10 fév. 2021, n°2020035242, J.-D. n°2021-022287.

T. com. Paris, 16 janv. 2020, n°2020001069, J.-D. n°Ø.
T. com. Paris, 13^{ème} ch., 09 mars 2015, n°2014049213, J.-D. n°Ø.
T. com. Paris, 7^e ch., 12 juin 2013, n°2010077453, J.-D. n°2013-029244.
T. com. Lille, 07 sept. 2011, n°2009/05105, J.-D. n°2011-020988.
T. com. Paris, 7^e ch., 12 mai 2010, n°2009009648, J.-D. n°2010-031492.

1990-2000

T. com. Avignon, 25 juin 1999, n°98/003658, J.-D. n°Ø.
T. com. Caen, 7 avr. 1999, n°98/1797, J.-D. n°Ø.
T. com. Paris, 2 avr. 1999, n°99003232, J.-D. n°Ø.
T. com. Paris, 22^{ème} Ch., 02 avr. 1999, J.-D. n°Ø.
T. com. Roubaix-Tourcoing, 13 janv. 1999, n°97/2897, J.-D. n°Ø.
T. com. Epernay, 8 déc. 1998, n° 97/0142, J.-D. n°Ø.
T. com. Roubaix-Tourcoing, 26 nov. 1998, n°98/1451, J.-D. n°Ø.
T. com. Nanterre, 1^{ère} ch., 20 nov. 1998, n°98/f03160, J.-D. n°Ø.
T. com. Pontoise, 13 oct. 1998, n°98F00209, J.-D. n°Ø.
T. com. Saint-Omer, réf., 23 juill. 1998, n°98/1310, J.-D. n°Ø.
T. com. Perpignan, 30 juin 1998, n°98-460, J.-D. n°Ø.

Tribunal de Grande Instance

TGI Paris, 14 janv. 2016, n°12/09966, J.-D. n°Ø.
TGI Paris, 11 avr. 2012, n°11/17802, J.-D. n°Ø.

Autorité de la concurrence

- déc. n°20-D-14 du 26 oct. 2020, relative à des pratiques dénoncées par la société Amadeus.
- déc. n°20-D-13, 22 oct. 2020, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire par les groupes Auchan, Casino, Metro et Schiever.
- déc. n°20-D-06, 02 avr. 2020, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la livraison de colis.
- déc. n°20-D-04, 16 mars 2020, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple.
- déc. n°19-D-26 du 19 déc. 2019, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches.
- déc. n°19-D-12, 24 juin 2019, relative à des pratiques mises en œuvre par des notaires dans le secteur de la négociation immobilière.
- déc. n°19-MC-01 du 31 janv. 2019 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Amadeus.
- déc. n°18-D-17, 20 sept. 2018, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'élimination des déchets d'activités de soins à risque infectieux en Corse.
- déc. n°15-D-13 du 09 sept. 2015 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Gibmedia.
- avis n°15-A-06, 31 mars 2015, relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution.
- déc. n°14-D-07 du 23 juill. 2014, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits bruns.
- déc. n°13-D-07 du 28 fév. 2013, relative à une saisine de la société E-kanopi.
- déc. n°12-D-11 du 06 avr. 2012 concernant une saisine de la société Roland Vlaemynt Tisseur à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication et de la commercialisation de serviettes industrielles.
- déc. n°10-D-08, 03 mars 2010, relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité.
- avis n°09-A-28 du 25 juin 2009, relatif à un accord dérogatoire aux délais de paiement dans le secteur du disque.
- déc. n°08-D-31, 10 déc. 2008, relative à une saisine de la société Concurrence.
- déc. n°04-D-26, 30 juin 2004 relative à la saisine de la SARL Reims Bio à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupement d'intérêt public Champagne Ardenne.

Conseil de la concurrence

- déc. n°04-D-26, 30 juin 2004 relative à la saisine de la SARL Reims Bio à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupement d'intérêt public Champagne Ardenne.
- déc. n°02-D-77, 27 déc. 2002 relative à une saisine de la Société anonyme Daniel Grenin à l'encontre des sociétés Imphy UGINE Précision, Sprint-Métal et Usinor Achats.
- déc. n°01-D-42, 11 septembre 2001 relative à une saisine de la Société anonyme des établissements André Barbot concernant les pratiques des sociétés BAT et Rebel sur le marché de l'approvisionnement des cigarettes dans l'île de la Réunion.
- déc. n°01-D-49, 31 août 2001 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Concurrence concernant la société Sony.
- rapp. d'activité 2001, 17 juill. 2002.
- déc. n°2000-MC-06, 18 mai 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par M. et Mme Kéguelin.
- déc. n°99-D-01, 05 janv. 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Distri club médical.
- déc. n°94-D-60, 13 déc. 1994 relative à des pratiques relevées dans le secteur des lessives.
- déc. n°93-D-21, 08 juin 1993 relative à des pratiques mises en œuvre lors de l'acquisition de la Société européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora.
- déc. n°91-D-43, 22 oct. 1991 relative aux honoraires des chirurgiens exerçant dans les cliniques privées du département de Lot-et-Garonne.
- déc. n°89-D-16, 02 mai 1989 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques anticoncurrentielles reprochées par la société Chaptal S.A. à la société Mercedes Benz France, BOCCRF n°12 du 30 mai 1989.
- avis n°87-05 du 30 octobre 1986 relatif aux pratiques commerciales de la SA Serfaal.

Commission de la concurrence

- avis du 14 mars 1985 sur la situation des centrales d'achat et leurs groupements, BOCCRF 19 avr. 1985, p. 128.
- avis n°87-04 du 30 oct. 1986 relatif aux pratiques commerciales de la Centrale ARCI Association.
- avis n°87-03 du 30 oct. 1986 relatif aux pratiques spéciales commerciales de centrale d'achat DI-FRA, BOCC 29 janv. 1987, p. 22.
- avis du 14 mars 1985, relatif à la situation des centrales d'achat et de leurs groupements, BOCC du 19 avr. 1985, pp. 128-133.

CEPC

- recommandation n°21-1 relative à un guide de bonnes pratiques en matière de contrats pluriannuels dans les relations entre industriels et distributeurs, 23 sept. 2021.
- avis n° 21-2 relatif à une demande d'avis d'un cabinet d'avocats portant sur les modalités d'application de l'article L. 441-3 du code de commerce, 18 mars 2021.
- recommandation n°20-2 relative à un guide de bonnes pratiques en matière de contrat portant sur des produits à marque de distributeur (MDD), 17 déc. 2020.
- avis n° 20-2 relatif à une demande d'avis d'un cabinet d'avocats sur les délais de paiement dans le cadre d'un contrat de mandat, 27 fév. 2020.
- avis n°19-10 relatif à une demande d'avis d'un cabinet d'avocats sur l'applicabilité des articles L. 441-3 et L. 441-4 du code de commerce, 19 sept. 2019,
- recommandation n°19-1 relative à un guide de bonnes pratiques en matière de pénalités logistiques, 17 janv. 2019.
- avis 18-9 relatif à une demande d'avis d'un professionnel portant sur la légalité d'une pratique mise en œuvre dans le cadre de l'achat de produits MDD, 25 oct. 2018.
- avis n°18-8 relatif à une demande d'avis d'un syndicat professionnel sur les modalités des appels d'offres dans le secteur de la restauration collective, 20 sept. 2018.
- avis n°16-7, 10 fév. 2016.
- avis n°15-1 relatif à une demande d'avis sur un contrat portant sur la création de site internet au regard de sa conformité avec l'article L. 442-6-I, 1° et 2° du code de commerce, 22 janvier 2015.
- avis n°13-04 relatif à la liste des accords interprofessionnels pris en application de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, prévoyant un délai de préavis pour la rupture de relations commerciales établies, 27 mai 2013.

- avis n°13-01, relatif à une demande d'avis d'une fédération professionnelle dans le secteur de l'hôtellerie, 25 fév. 2013.
- apport annuel d'activité 2012/2013.
- avis n°10-07 venant compléter le dispositif de Questions-Réponses relatif à la mise en œuvre de la loi de modernisation de l'économie, 1er avr. 2010.
- avis n°10-04 Venant compléter le dispositif de Questions-Réponses relatif à la mise en œuvre de la loi de modernisation de l'économie, 18 fév. 2010.
- Rapport annuel d'activité 2010/2011.
- Rapport annuel d'activité 2008/2009.

DGCCRF

(Liens hypertexte intégrés)

- [Bilan d'activité 2020](#),
- [Sanctions administratives pour manquements au formalisme contractuel](#)
- [Propositions de modifications des articles du Titre IV Livre IV du code de commerce](#)
- [Résultats 2018](#)

INDEX

Les numéros indiqués renvoient aux paragraphes.

A

Absence de préavis : V. Préavis

Absorption : V. Fusion

Abus :

- de dépendance économique : 67, 71 et s.
- d'éviction et d'exploitation : 84 et s.
- de puissance d'achat : 47
- de position dominante : 45, 58 et s.

Accords interprofessionnels : 490, 495, 496

Activités :

- civiles : 181
- commerciales : 210, 212
- commerciales accessoires : 211, 214, 219
- commerciales dérogoires : 224, 228
- économiques : 146, 157, 158, 160, 164, 181, 187, 191, 226, 244
- libérales : 190, 206, 219, 226
- régaliennes (ou de souveraineté) : 189
- réglementées : 215 V. aussi Professions réglementées
- rythmées : 337 à 340
- saisonnières : 341
- sociales : 189

- Agence commercial : V. Préavis (légal de l')

Agriculteur, agriculture : 152 à 155, 180

Aléa : 328

Allongement des préavis : V. Préavis 351

Altérité (rapport d') : 347

Annonce verbale : 382, V. aussi Préavis privé d'effet

Annulation de commande à brève échéance : 121, 127 à 130, 180, 897

Anticipation raisonnable : 282, 284, 286 à 297, 300 à 305

- représentation de l' : 305

Appel d'offres : 170, 327 à 335,

- isolé, 327, 335

- notification électronique de l' : 384

- régulier, 327

- systématique, 333

Apport partiel d'actif : 354

Appréciation :

- *in concreto* : 333, 358, 538, 759, 771

Arbitrage, arbitre : V. Clause compromissoire

Architecte : 183, 220

Assistance : 727

- non- : 728 et s.

- obligation positive d' : 543

Association : 159 à 161, 182, 609, 610

Assurance : 769 à 785

Astreinte : 756

Asymétrie des forces en présence : 14, 90, 93 et s., 102,

Auteur (de la rupture) : 146 et s.

Autre partie (l') : 168, 170, 172

Attente légitime : 284, V. Anticipation raisonnable

Avantage sans contrepartie : 172

Avenant (au contrat) : 356, 357

Avertissement : 381, V. Préavis privé d'effet

Avocat : 217, 219, 220, 224 à 228

- application du droit de la concurrence à l' : 224

B

Bon de commande : 312, 322

Bon de garantie : 322

Bonne foi de l'auteur : 395, 731, 819

Bordereaux : 322

Boycott : 56

Brutale, brutalité : V. Rupture brutale

Brute : 389

C

Centrale

- d'achat : 101 et s., 178

- super, 102

- européenne : 133, 134, 138

- internationale de services : 135

- de négociation : 132

- de référencement : 132, 178

Certification : V. Expert-comptable
(certification par l')

Champ d'application : V. Domaine
d'application

Chirurgien : 201, 202

-dentiste : 198, 200

Circonstances économiques : 450, V. aussi
Rupture conjoncturelle

Clause :

- attributive de juridiction : 856 à 864

- domaine : 861 à 864

- rapport de droit déterminé : 863

- compromissoire : 851 à 855

- de choix de loi : 865 à 867

- d'exclusivité : 418

- de non-concurrence : 73

- de prolongation : 290, 291

- de prorogation : 291

- de non-reconduction tacite : 315

- de reconduction tacite : 290, 291, 307

- d'exclusivité : V. Exclusivité

- processuelle : 850 et V. aussi, clause
compromissoire, clause attributive de
juridiction, clause de choix de loi

Clinique : 202

Codification : 186

Commerce :

- actes de : 160

- interdiction de pratiquer le : 190, 194, 195,
196, 198, 201

Commerce de détail : 91, 93, 97, 99

Commercialité : 146, 200

- critère : 220

- élargissement de la : 147 et s., 218

- dépassement de la : 156 et s., 184, 186, 190,
220

Commissaire aux comptes : 611

Concentration :

- des distributeurs : 68, 132

Concession, concessionnaire : 283, 284,
301, 314, 722, 727, 731, 732

Concurrence :

- étymologie : 22

- notion : 62

Concurrence déloyale : 599, 711

Congé (pour le bail à usage d'habitation) : 383

Conjoncture : V. Rupture conjoncturelle

Conseil en propriété industrielle : 217, 219,
221, 223

Consensualisme : 312, 319

Contentieux de masse : 12, 18

Continuité, continuation : 282, 313, 314, 315,
326, **351 à 368**,

- automatique : 349 à 359

- conditionnée : 360

- impression de, 332

Continuité économique et fonctionnelle :
166

Continuatrice : V. Continuation

Contractualisation : 154

Contractuel :

- inter-, sous, sur : 281

Contrat(s) :

- avenant au : 356, 357
- à durée déterminée : 25, 275, 277, 386
 - succession de : 291, 303
- à durée indéterminée : 25, 275, 277 à 280
- cadre, 281 à 285
- dans le temps : 277
 - allongement / prolongement du contrat dans le temps : 288 (V. aussi prorogation, renouvellement, tacite reconduction)
- d'application : 281, 283
- économie du : 414
- en cours : 550
- exposé préalable du : V. Préambule
- préambule : 356, 357
- synallagmatique : 320
- -type : 498 à 506
- verbal : 316, 317, 319

Contrefactuel (scénario) : 586, 592, 647 à 650

Contreparties économiques : 161

Contrôle normatif :

- léger : 437
- lourd : 179

Convention unique : 342, 346

Convention pluriannuelle : 343

Coopérateur :

- associé- : 245
- exclusion d'un associé- : 233, 237 à 243, 248 (faute grave)

Coopératif, coopératives : 230 à 255

- modèle : 246
- rapport de coopération : 245, 251

Coopération commerciale : 90, 106 et s., 133

Cour de cassation :

- réforme (abandon de la phrase unique, emploi du style direct) : 195, 196, 201, V. aussi Opinion séparée intégrée

Crédit-bail : 682

Crise économique : 446

Croyance légitime : 284, V. Anticipation raisonnable

Cumul d'actions : V. Responsabilité

Cycles de production : 336

CVIM : 831

D

Décodification : 11, 186

Délais de paiement (allongement des) : 116

Délit complexe : 794 à 798

Délocalisation : 671

Déontologie : 190 et s., 212 et s., 221, 222, 226, 227

Dépendance économique :

- abus de : V. ce terme

- condition d'application des dispositions (non) : 521,

- définition de la : 69, 522, 528

- état de, et situation de : 79, 126

- prise en compte de la : 521 à 525, 528 à 532

- typologie de : 69

Dépendance :

- degré de : 473, 598

- pour cause de relations d'affaires (droit allemand) : 67, 70

- *prime à la* : 646

Dénigrement : 599

Déréférencement : 77, 114, 117 à 119, 136, 399, 400

- une définition du : 8

- un exemple de : 8

- menaces de : 9, 90, 105, 106, **116**, 117, 136, 399, 899

- nouvelle forme de : 903 et s.
- partiel et temporaire : 118
- Déréglementation (des activités réglementées)** : 219
- Déséquilibre significatif** : 167, 172, 178, 300, 750
- Désincarnation (de la relation établie)** : 353
- Déstabilisation** : 340, 346
- Discontinuité** : 325, 336
- Dispositions impératives dérogatoires** : V. Loi de police
- Distribution** :
 - grande distribution : V. ce terme
 - réseaux de distribution : V. ce terme
- Diversification** (prescription de) : 526, 527
- Domaine d'application** : 140 et s., 256 et s.
- Domage** : 379, 595
 - (comme lésion subie) : 583
 - imminent : 762, 765
- Doublon (effet)** : 601 et s.
- Droit commercial** : 140, 143, 156, 187
- Droit commun** : 24, 142, 154, 562
- Droit de la concurrence** :
 - conceptions restrictive et extensive : 22
 - épistémologie : 22
 - *petit et grand* : 22
- Droit de la distribution** : 23
- Droit des entreprises en difficulté** : V. Sauvegarde, Redressement judiciaire
- Droit de retrait** : 237
- Droit du travail (social)** : 279, 363, 383
 - subordination en, 708
- Durée** :
 - du préavis : V. Préavis suffisant
 - restant à courir : 300

E

Échéance contractuelle : V. Terme

Économie :

- administrée : 194
- de marché : 46, 68, 72, 85, 87, 527
- du contrat : 414
- sociale et solidaire : 609

Effet

- *d'aubaine* : 13, 453
- d'ensemble différent de l'effet de masse : 883
- d'union réalisée par la *relation globale* : 307, 310

EGAlim : 16, 120, 125, 143

Enchères à distance : 170

Engagements perpétuels (prohibition des) : 277, 295

Enquête sectorielle : 667

Enrichissement : 627,

- sans cause : 688

Entente : 50, 52

Entreprise : 140, 141 et s., 159, 187, 189

- introduction dans le C. com. : 144, 162, 163,

- définition : 163, 164,

- dépourvue de personnalité morale : 165

- sujet du droit de la concurrence : 187

Établi (*l'adjectif, aussi désigné comme l'épithète*) : 261 à 270, 271, 573

- « *suivi, stable et habituel* » : 271, 282, 325

Exclusivité : 295, 418

- de fait : 418

Expert-comptable :

- application des dispositions à : 209 à 216

- attestation d' : 323

- la certification par l' : 611 à 614

Expert de sinistre : 183

Extranéité (éléments d') : 788 et s.

F

Facture : 317 à 320

Faculté de résiliation :

- sans préavis : V. Inexécution ou Force majeure
- unilatérale : 280

Fait générateur : V. Rupture brutale

Fait juridique : 320

Faute : V. Inexécution et Manquement

Fiches méthodologiques de la CA de Paris :

12, 581, 584, 607, 630, 643, 666, 673

Fiction :

- de continuation : 347 à 368

Filiale : 355, 356

Fonds de commerce (cession de) : 365

Force majeure : 376, 440 à 448

- critères d'irrésistibilité, imprévisibilité, extériorité : 441, 447
- Covid 19 : 448
- définition légale (proposition de) : 442
- inévitabilité : 444

Formalisme : 137, 262, 272, 312, 342

- du préavis : V. Préavis écrit

Fusion : 166, 350,

- formes de la (création d'une entité nouvelle, absorption de l'une par l'autre) : 350

G

Gain, indicateurs comptables du : 616

Gain manqué : V. Préjudice

Granarolo : 808 et s.

Grande distribution :

- modèle économique : 3 à 7, 98, 99

GIE : 234

H

Habituel : V. Établi (« suivi, stable et habituel »)

Hiérarchie des normes : 203, 501

Honoraires :

- interdiction du partage des : 194, 205

- nets : 205

I

Immixtion : 166

Imprévisible : V. Force majeure

Imprévision (théorie de l') : 440, 451

Incertitude (coefficient d') : 645 à 654

Incompatibilités : 194, 196, 209 à 212, 217, 222, 225

Incoterm® : 826

Indemnisation : V. Préjudice

Inexécution : 423, 431 à 438

- degré de gravité requis : 431 à 435
- Inférence** : 292, 293

Instrumentum : 306

Insuffisance du préavis : V. préavis

Intensité : 283,

Interprétation : 32, 34, 35, 462

Intuitu firmæ : 296

Intuitu personæ : 296

Investissements : 673 et s.

- amortissement des : 677

- consentis : 675

- imposés : 674

- incertitude des : 676

- irrécupérables : 681

- reconvertibles : 680

Irrésistibilité : V. Force majeure

J

Justice d'urgence : V. Référé

L

Légistique : 11

Lettre recommandée à accusé de réception : 383,

- électronique : 383

Liberté contractuelle (de contracter, et de ne pas contracter) : 273, 295

Licenciements : V. Préjudice (chefs de)

Linéaires : 105, 117

Loi de police : 841, 872 à 886

- méthode d'identification : 885

Loi Galland : 1, 3, 8, 9, 46, 90, 114, 139, 140

Lucre : 200

M

Manquement :

- grave, 376, 431 à 438, V. aussi Inexécution

Marge :

- bénéficiaire : 207

- brute : 200, 620

- certification de la : 611 à 614

- chiffre d'affaires : 618

- comme expression du gain manqué : 605 et V. aussi Préjudice

- coûts retranchés de la : 619, 620

- mensuelle moyenne : 603

- parmi les soldes intermédiaires de gestion : 617

- sur coûts variables : 628

- coûts fixes et coûts variables : 629 à 638

Marque de distributeur : 104, 117, 121 et s., 329

- ajout par la loi NRE : 10, 123

- définition (du C. de la consom.) : 123

V. aussi Préavis (doublement du)

Médecine, médecins : 194, 200, 204, 206

Micro-PAC : 81 et s

Ministre de l'Économie : 178,

- action du, et loi de police : 876 à 878

- action du, hors de la matière civile et commerciale : 887 à 894

- normes professionnelles agréées par arrêté du : 212

Mise en concurrence préalable : V. Appel d'offres

Mise en état accélérée : 760

Modelable : 36 à 40, 43

Monomarquisme et multimarquisme : 283

Mutuelle : 157, 158

N

Négociation : 118, 119, 172, 336

- contractualisation de la : 342

- rythme de : 342 à 346

Negotium : 306

Norme professionnelle : 212, 213

- commerciale (des experts-comptables), 209, 214, 215

Notamment : 464, 467, 470, 473, 507

Notification :

- de l'appel d'offres, V. ce terme

- du préavis : V. ce terme

Notion-cadre : 270

O

Obligations :

- comptables, 608

- des associations : 609

- essentielles : 436

Opinion séparée intégrée : 197

Ordre public économique : 877

P

Paracommercialité (interdiction de la) : 182, 202

Partenaire :

- commercial : 145, 168, 172 à 176.
- économique : 173,
- obligatoire (théorie du) : 63 et s.

Passerelle : V. Mise en état accélérée

Patente : 200

Pénalités logistiques : 136, 902

Périodicité : 336

Perpétuité : 295

- objective, subjective : 295
- seuil(s) de : 296

Perte de chance : 593 à 595, 598

Pertes subies : 596 et s., 601, V. aussi Préjudice

Photographe : 183

Pratiques :

- anticoncurrentielles : 48
 - locales, 81 et s.
- commerciales déloyales : 19, 20, 895 et s.
- commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire : 180, 896
- contractuelles des parties : 415
- discriminatoires : 108
- passée : 289, 293
- restrictives de concurrence : 22, 65, 119, 141, 148, 157, 167, 170, 392, 477, 487, 661, 747, 749, 757, 759, 783, 881, 895, 902

Préambule : V. Contrat (préambule du)

Préavis :

- absence de : 373, 391, 394
- pour inexécution : V. Inexécution, et Manquement grave

- allongement des : 362, 476, 500, 646, 720, 733, 747
- contractuel : 26
- contractuel de l'article 1211 C. civ. : 563
- de fait, 382
- durée de : V. Préavis suffisant
- exonératoire : V. Préavis légal de l'article L. 442-1, II C. Com.
- privé d'effet : 382
- doublement du : 120, 122, 170
- écrit : 374,
 - condition de fond : 380, 381
 - diversité des formes d' : 384 et s.
 - et univoque : 380, 381, 384,
- forcé : 761, 767
- instrumentalisation du : 735
- insuffisance du : V. Brutalité 373
- *juste préavis* : 26
- légal :
 - de l'agence commerciale : 480 à 488,
 - de l'article L. 442,-1, II C. com. (de dix-huit mois) : 376, **423 à 430**, 469, **474 à 479**.
- notification, V. Préavis (point de départ du), Préavis suffisant (moment d'appréciation du)
- notification électronique, 384
- objectif du, 662, 687
- -plafond : 426, 427, V. aussi Préavis légal de l'article L. 442-1, II. C. Com.
- point de départ du (distinction émission / réception) : 535
- preuve du : 385, 386
- suffisant : 26, 465, 466, 471, 472, 507,
 - en fonction du rapport proportionnel « *1 an = 1 mois* » : 508 à 520
- moment d'appréciation du : 533 à 541, 546 à 549, 580, 585

Précaire, précarité : 280, 287

- maintien précaire : 314

Précarisation : 327

Préjudice :

- assiette de calcul du : 605, 615, 642 à 644
- automatique : 581
- caractères du (personnel, direct, certain) : 579
- chefs de : 596
 - atteinte à l'image : 599
 - licenciements, démission : 597, 598
 - perte de chance d'une réorganisation sociale : 598
 - préjudice moral : 600
- évaluation du : 642
- futur : 585 à 592
- gain manqué : 580, 602, 603, 604, 605, 616
 - formule du calcul du : 603
 - marge : V. ce terme
 - nombre d'exercices de référence : 621 à 626
 - probable : V. Coefficient d'incertitude
- lien de causalité entre le fait générateur et le (multi-causalité) : 597, 598
- relation causale entre le dommage et le, 595

Présomption :

- contraire : 582, 584
- simple de stabilité : 285

Prestataire (prestations) de services : 179

Preuve :

- mode de, 610
- production de (à la demande du juge) : 612

Prévisibilité : V. Anticipation raisonnable

Procédures collectives : V. Sauvegarde, Redressement judiciaire

Producteurs : 178

Professions libérales (ou professionnel libéral) : 190, 192, 193, 219 (V. ci-dessous Professions réglementées)

Professions réglementées :

- incompatibilités des, avec l'exercice du commerce : 196,
- déréglementation des, 219

Prolongement(s), prolongation(s) :

- clause de, 290
- du contrat dans le temps (V. aussi ce terme, ainsi que Renouvellement, Prorogation et Tacite reconduction) : 290, 298
- éventuel(le)(s) : 297
- nombre de : 294

Prorogation :

- mécanisme de la (contrat) 277, 288 et s.
- clause de prorogation de compétence, 856

Proximité (principe de) : 795 et .

Puissance (d'achat) : 68

R

Rapports inter-contractuels : 281

Ratio legis : 33 à 35

Reconduction tacite : V. Clause de

Reconversion :

- définition de la (recherche de la) : 697 et s.
- définitions :
 - négative : 724
 - positive : 725

- *facultés de* : 692

- possibilités de : 690 et s.

- prise en compte de la : 685 et s.

Redevances : 204 à 207

Redondance : 840

Redressement judiciaire (procédure de) : 361, 363

Refacturation : 199

Référé(s) : 754 à 768

- spécialisation du juge des : 757, 758

Référencement :

- centrale de : V. ce terme

- prime de : 115

Refus d'acheter : 103

Refus d'agrément : 54

Refus de livraison : 55

Refus de vente : 98, 149 à 151.

Règlement Bruxelles I, I bis : 808 et s.

- contrat de fourniture de services : 827

- contrat de vente de marchandises : 826

- matière contractuelle : 810 à 816

Règlement Rome I : 830 et s.

- contrat de distribution : 833

Règlement Rome II : 799 et s.

- double domaine de l'article 6 du : 800 à 802

- règle générale de l'article 4 du : 803, 804.

Relation : 145

- commerciale établie :

- démonstration de la (à partir des contrats) : **271 à 324**

- démonstration de la relation commerciale établie entre entreprises contraintes par un rythme de négociation : 344 à 346

- contractuelle : 272 à 276, 286

- globale : 310 à 315

- illiative : 292, 293

- précaire : 287, 325 à 331 (V. aussi Appel d'offres)

Relation contractuelle tacite : 789, 808, 811,

- démonstration de la : **817 à 823**, 837 à 839

- recoupement avec la relation établie : 820

Remembrement commercial : 93 et s.

Renouvellement(s) :

- abus de non-renouvellement : 140

- de contrat : 277, 288

- discontinuité des : 303

Renouveler (droit de ne pas) : 291

Réorganisation : 598

- différence d'avec la reconversion : **711 à 717**

Réparation intégrale : 565, 572, 640, 641, 650, 688, 703

Repreneur, reprise : 360, 364 à 367

Représailles commerciales : 899

Représentation (proposition de) : V. Schéma

Réseaux de distribution : 53 et s.

Résiliation unilatérale : V. Faculté de résiliation unilatérale

Résultat d'exploitation : 628 et s.

Responsabilité :

- contractuelle : 788 (V. aussi *Granarolo*)

- cumul d'actions : 556, 561 à 566

- délictuelle (ou extra-contractuelle) : 379, 556 et s.

- pénale : 166

Rétrocession d'honoraires : V. Redevance

Rupture :

- abusive : 27, 77, 461

- brutale : 378 et s.

- double dimension de la (totale et partielle) : 375, 378, 388

- graduée : 393 et s.

- partielle : 375, 378 à 412,

- diminutions significatives, 413 à 421

- modifications substantielles, 450, 451

- totale : 375, 378, 379 et s.

- calcul coût/bénéfice de la : 429

- caractère protéiforme de la, 57, 59 et s., 139

- conjoncturelle : 449 à 455

- contrainte : 22, 61

- fautive : V. Inexécution

- imputabilité de la : 376

- prévisible : 76, 390, 406, 408

286, 293, 302

S

Saison radiophonique : 337, 338

Sauvegarde (procédure de) :

- objectifs de la : 361
- les relations établies parmi les contrats en cours de la : 550 à 551.
- réunion des conditions d'ouverture de la : 546 à 549.

Schéma(s) : 303, 305, 847, 883

Scission : 353, 354

Silence : 309

Société de consommation : 4 et s., 93, 103

Solidarisme : 727,

- *relationnel* : 733 et s.

Soldes intermédiaires de gestion : 617

Sollicitation d'une pluralité d'offres : V. Appel d'offres

Soudaine, V. Rupture brutale

Soumissionnaire (dans le cadre d'un appel d'offres, V. Appel d'offres)

Sous-traitance, sous-traitant : 328 et s., 570

Spécialisation (des juridictions) : 12, 551, 757 à 759, 864

Stabilité : V. Établi ou Relation commerciale établie

Stabilité prévisible : 262, 271, V. Anticipation raisonnable.

Structure (de marché) : 667 à 670

Subordination : V. Dépendance ou Droit social

Substitution (d'entreprises) : 263, 348 et s., 355 et s.

Succession (de contrats) : 282, 286 et s.,

Suivi : V. Établi ou Relation commerciale établie

Systématisation (du préavis légal de l'article L. 442-1, II C. Com.), 479

T

Tacite reconduction :

- mécanisme de : 307 à 310

Terme (du contrat) : 277, 286, 311, 312

- contrat sans : V. Contrat à durée indéterminée
- contrat avec : V. C contrat à durée déterminée,
- repousser le : V. Prorogation

Transmission universelle du patrimoine : 349, 354, 360, 365

Trouble manifestement illicite : 448, 754 et s.

U

Urgence (justice d') : V. Référé

Usages : 337 à 341, 416, 490 à 494, 497

V

Victime(s) :

- indétermination des : **167 et s.**
- indirecte, ou par ricochet : 567 à 571, 574 à 578

Virtualité (de la relation), 352

Volonté du législateur, V. Ratio legis

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	7
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	9
SOMMAIRE	11
INTRODUCTION.....	13
§1. Les vicissitudes dans l'encadrement des ruptures brutales.....	14
A. Des dispositions détachées de leur secteur d'origine	14
B. Une entrée problématique dans le code de commerce en termes de légistique	20
C. La massification d'un contentieux confié à des juridictions spécialisées	23
D. Une énième modification suite aux États généraux de l'alimentation	25
§2. Les problèmes engendrés	28
A. Une pluralité et une diversité de problèmes	28
B. Des problèmes à lier les uns aux autres	37
1. La formulation d'une hypothèse de départ	38
2. Une démarche nécessitant de s'intéresser à l'élaboration de la norme	38
3. Les relations de cause à effets.....	41
4. La problématique générale et le plan de résolution	41
PREMIERE PARTIE : UNE PRATIQUE MODELABLE	45
TITRE 1 : LES CHOIX RÉDACTIONNELS PERMISSIFS DU LÉGISLATEUR.....	47
CHAPITRE 1 : DES ORIGINES ENTREMÊLÉES.....	49
SECTION 1 : UNE MANIFESTATION DE PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE.....	50
§1. Les ruptures dans les pratiques anticoncurrentielles du droit de l'Union européenne...51	
A. La rupture dans le droit des ententes.....	51
1. Un comportement unilatéral coordonné entre concurrents	51
2. La diversité des ruptures dans les réseaux.....	52
B. Les ruptures dans le droit des abus de position dominante	55
1. L'insuffisance de la rupture abusive en l'absence d'entrave au marché	55
2. L'émergence du partenaire obligatoire.....	57
§2. Les relations commerciales établies dans les pratiques anticoncurrentielles nationales	60
A. Dans l'abus de dépendance économique	60
1. La dépendance pour cause de relations d'affaires.....	61
2. Des ruptures bilatérales sans atteinte à la concurrence	64
B. Dans les pratiques anticoncurrentielles de portée locale	67

1. La suppression de l'affectation du marché local et le maintien de l'atteinte à la concurrence.....	68
2. Aux limites des fondements : d'imparfaits substitués.....	69
SECTION 2 : UNE PRATIQUE RESTRICTIVE DE CONCURRENCE	72
A. L'émergence d'une force de négociation incontournable.....	73
1. La montée en puissance des distributeurs depuis le « remembrement commercial »	73
2. La concentration autour des centrales d'achat, des partenaires incontournables ..	77
B. Les comportements préjudiciables des distributeurs organisés.....	80
1. Des relations étroites dans une coopération commerciale accrue.....	80
2. La déclinaison des pratiques de déréférencement.....	84
§2. La substitution d'un encadrement sectoriel pour instaurer l'équilibre	87
A. Des encadrements dédiés.....	88
1. Les produits MDD : la suppression apparente du doublement de préavis.....	88
2. L'interdiction de l'annulation de commande à trop brève échéance	92
B. Des encadrements incomplets.....	94
1. L'installation des centrales hors du territoire national	94
2. Des pratiques élusives de la législation nationale.....	99
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	100
CHAPITRE 2 : UN DOMAINE INDÉFINI	103
SECTION 1 : UNE EXTENSION JUSTIFIÉE	104
§1. La détermination des auteurs	105
A. L'élargissement de la commercialité	106
1. L'inclusion paradoxale des producteurs	106
2. L'inclusion des activités civiles des producteurs agricoles.....	109
B. Le dépassement de la commercialité.....	112
1. L'extension aux activités économiques	112
2. L'extension à l'entreprise.....	116
§2. L'indétermination des victimes.....	120
A. L'interprétation du mutisme ininterrompu du législateur.....	120
1. L'identification temporaire et insuffisante de victimes vulnérables.....	121
2. La notion fuyante de partenaire commercial	124
B. L'identité des auteurs et des victimes	127
1. De la confrontation des victimes aux auteurs : des qualités communes.....	127
2. Auteurs et victimes comme entreprises, parties à une relation économique	132
SECTION 2 : DES EXCLUSIONS INJUSTIFIÉES.....	135
§1. Le rempart artificiel de la déontologie	136
A. Les relations économiques des professionnels du soin.....	137

1. Des marges neutralisées avec les fournisseurs.....	138
2. Les différentes redevances selon les structures d'exercice.....	141
B. L'assouplissement de l'incompatibilité des professionnels du chiffre.....	146
1. Le régime incomplet de l'exception à l'incompatibilité.....	146
2. L'exercice d'activités commerciales accessoires limité par la norme professionnelle.....	148
C. Les professionnels du droit.....	150
1. Le monopole partagé des conseils en propriété industrielle.....	151
2. Les avocats comme entreprises.....	155
§2. Le rempart illusoire de la spécialité.....	158
A. La rupture brutale écartée par les statuts coopératifs : une incompatibilité à démontrer.....	159
1. L'exclusion de l'associé-coopérateur pour faute grave, sans préavis.....	160
2. L'exclusion d'associé-coopérative pour faute grave, avec préavis.....	163
B. Un champ d'application commun pour l'application dérogatoire.....	165
1. Les rapports de coopération : un partage de valeur.....	166
2. L'ineffectivité de la protection recherchée par les coopérateurs.....	170
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	172
CONCLUSION DU TITRE 1.....	173
TITRE 2 : L'EMPREINTE DU JUGE SUR DES NOTIONS PLASTIQUES.....	177
CHAPITRE 1 : LA DÉFINITION PRÉTORIENNE DE LA RELATION ÉTABLIE.....	179
PROLÉGOMÈNES : DU SENS COMMUN À LA JURIDICITÉ D' « ÉTABLI ».....	180
SECTION 1 : UNE DEMONSTRATION DE LA RELATION ETABLIE.....	184
§1. Les relations établies issues des contrats.....	187
A. La stabilité dans les contrats dépourvus de terme extinctif.....	190
1. La relation établie irréductible au contrat à durée indéterminée.....	190
2. La relation établie réductible au contrat cadre.....	192
B. La prévisibilité dans les contrats pourvus d'un terme extinctif.....	197
1. Une démonstration impossible.....	198
2. Une démonstration paradoxale.....	199
a. L'éventualité de la première prolongation et de toutes les suivantes.....	199
b. L'inférence à la base de la redondance du critère.....	202
c. Le faux signal du nombre de prolongations.....	204
3. Une démonstration affinée objectivement.....	207
§2. Les relations établies hors des contrats.....	215
A. La résurgence du contrat.....	215
1. La poursuite matérielle du contrat en cas de tacite reconduction.....	216

2. L'effet d'union de la relation globale	219
B. La latence d'autres contrats	225
1. Le truchement du contrat verbal.....	225
2. L'isolement de documents contractuels parmi les documents d'affaires	228
SECTION 2 : LES APPLICATIONS VACILLANTES DE LA NOTION.....	232
§1. Une application limitative : de la précarisation à la déstabilisation	233
A. La précarisation des relations	234
1. La précarité de la relation consécutive à un appel d'offres	234
2. Les appels d'offres isolés et réguliers	237
B. La déstabilisation des relations	242
1. Les variations dans les activités saisonnières.....	242
2. Les interruptions dans les activités rythmées.....	246
§2. Une application extensive : la continuation	252
A. La continuation en l'absence d'altérité de la continuatrice	252
1. La continuation automatique lors de la restructuration d'un groupe de sociétés ..	253
2. La continuation conditionnée lors de la substitution de filiales.....	257
B. La continuation face à l'altérité de la continuatrice.....	261
1. L'effet d'entraînement des difficultés lors de procédures collectives	262
2. La potentialité des difficultés hors des procédures collectives.....	269
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	274
CHAPITRE 2 : LES CONCEPTIONS PRÉTORIENNES DE LA BRUTALITÉ DE LA RUPTURE	277
.....	277
SECTION 1 : LES RUPTURES BRUTALES.....	278
§1. Les ruptures brutales totales.....	278
A. La licéité de la rupture précédée d'un préavis.....	279
1. Un préavis écrit et univoque	279
2. La déclinaison des écrits face à la charge probatoire	282
B. L'illicéité de la brutalité	285
1. Le sens détourné de la brutalité	286
2. La brutalité graduée	289
§2. Les ruptures brutales partielles	291
A. Des diminutions significatives	291
1. Une quantification insuffisante	292
2. Des diminutions contestables.....	298
B. Des modifications substantielles	302
1. Bouleverser l'économie de la relation in abstracto.....	302
2. Les bouleversements in concreto.....	305
SECTION 2 : LES RUPTURES NON-BRUTALES.....	312

§1. L'appréciation des comportements	312
A. Le respect par l'auteur du préavis légal	313
1. Une mise en œuvre incertaine	313
2. Un faux préavis plafond.....	315
B. L'inexécution par l'autre partie de ses obligations.....	317
1. Le dépassement du texte par l'exigence jurisprudentielle d'une faute grave	318
2. Le contrôle de la rectitude de la motivation des juges du fond	321
§2. L'appréciation des circonstances extérieures	326
A. La force majeure comme cas exonératoire	327
1. Les conditions requises et renouvelées	327
2. L'extériorité dans les crises	331
B. Les ruptures conjoncturelles	335
1. La prise en compte progressive des circonstances économiques	335
2. Une création ambivalente.....	339
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	343
CONCLUSION DU TITRE 2	343
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	345
SECONDE PARTIE : UNE PRATIQUE DÉFORMÉE	347
TITRE 1 : DES VICTIMES EXAGEREMENT PROTEGEES	349
CHAPITRE 1 : LES PRÉAVIS SUFFISANTS INATTEIGNABLES	351
SECTION 1 : UNE CARACTÉRISATION EMPÊCHÉE	352
§1. Les préavis déterminés par la loi	352
A. L'alternative coûteuse des préavis légaux	352
1. Le coût de l'incertitude	353
2. Le coût de la certitude	356
B. Des disparités de protection révélées par les préavis spéciaux.....	360
1. La confrontation de préavis légaux	360
2. Une protection par l'information	363
§2. Les préavis déterminés par d'autres sources du droit	365
A. L'application flottante des usages et accords interprofessionnels des dispositions..	366
1. Une référence peu utile	366
2. Les accords interprofessionnels supplantés par les usages professionnels.....	368
B. L'application directe des contrats types absents des dispositions	373
1. Une solution prétorienne à l'origine de disparités de protection.....	373
2. Le retour contrarié des stipulations supplétives au contrat type dans le giron de la rupture brutale	376
SECTION 2 : UNE APPRÉCIATION ALTERÉE.....	381

§1. Un rapport faux et dissimulateur	382
A. La fausseté du rapport démontrée par modélisations mathématiques	383
1. L'absence de proportionnalité entre la durée de la relation établie et la durée de préavis.....	383
2. La dégressivité de l'influence de la durée des relations.....	387
B. La dissimulation de la dépendance économique	390
1. La prépondérance de la dépendance économique par une définition dépréciée..	390
2. L'ajout de critères extrinsèques par des définitions recoupées.....	395
§2. Le moment inopportun d'appréciation du préavis suffisant.....	398
A. Un choix dénué de logique.....	398
1. Des reconversions ignorées.....	398
2. Le déroulement du préavis aux conditions de la relation établie.....	403
B. Le choix alternatif en matière de sauvegarde	405
1. L'appréciation dynamique des mesures prises en matière de sauvegarde	405
2. La coordination complexe des actions	407
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	410
CHAPITRE 2 : LA RÉPARATION DISPENSÉE DU PRÉAVIS INSUFFISANT	413
SECTION 1 : DES MODALITÉS APPAREMMENT ÉTROITES	414
§1. Les différents titulaires de plusieurs actions	414
A. Les responsabilités encourues par les contractants-auteurs	414
1. L'affirmation du caractère extra-contractuel de la responsabilité	414
2. Un cumul d'actions possible	416
B. L'action des victimes mêmes indirectes	420
1. Un accueil progressif.....	421
2. La compromission des chances de succès de leurs actions.....	423
§2. L'addition des pertes subies au gain manqué.....	426
A. Le gain manqué.....	427
1. Un préjudice automatique	427
2. Un préjudice futur dans le passé.....	431
a. De la cessation de l'illicéité de la brutalité dans le passé aux scénarios contrefactuels.....	431
b. Une perte de chance pour l'entreprise évincée de se reconvertir.....	435
B. Les pertes subies	437
1. Des préjudices trop indirects	437
2. L'effet doublon.....	441
SECTION 2 : UNE ÉVALUATION LATITUDINAIRE	442
§1. Un calcul approximatif.....	442
A. L'administration et la force probante des preuves comptables	443

1. De l'obligation à la nécessité d'établir une comptabilité	444
2. La certification d'une notion non-comptable	446
B. L'indétermination des éléments de l'assiette du calcul	448
1. Un gain parmi les gains et d'une marge parmi les marges	449
2. Un nombre d'exercices de référence indéfini	452
§2. Un calcul affiné	456
A. L'indemnisation du résultat d'exploitation.....	456
1. Les altérations portées à la différenciation des coûts fixes et des coûts variables	457
2. L'intégration des altérations pour l'indemnisation du résultat d'exploitation.....	459
B. La combinaison du chiffre au droit	462
1. Le contrôle de la base du calcul.....	463
2. L'insertion d'un coefficient d'incertitude.....	466
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	472
CONCLUSION DU TITRE 1	473
TITRE 2 : LE MARCHÉ INSUFFISAMMENT PROTÉGÉ.....	475
CHAPITRE 1 : LA RECONVERSION IGNORÉE	477
SECTION 1 : À LA RECHERCHE D'UNE DÉFINITION DE LA RECONVERSION.....	478
A. L'appréciation indirecte de la reconversion.....	479
1. Les influences : des paramètres et des obstacles	479
2. L'analyse des risques liés aux investissements	482
B. L'opposition des juges sur la reconversion et ses possibilités	488
1. La prise en compte de la reconversion effective au fond	488
2. Les seules possibilités de reconversion en droit.....	491
§2. Une définition de la reconversion comme période transitoire	494
A. Un sens originel détourné pour la désignation de changements	495
1. Une utilisation à tort.....	495
2. Un changement consécutif à des circonstances modifiées de façon unilatérale ..	497
B. La délimitation de l'étendue des changements	500
1. Une différence d'ampleur avec la réorganisation	500
2. Une période propice à pallier les difficultés de la brutalité	504
SECTION 2 : DES PROTECTIONS PRÉCAIRES	508
§1. La protection des seules entreprises évincées dépendantes	508
A. La non-assistance de l'auteur	508
1. La généralisation de l'absence d'obligation d'assistance.....	509
2. Le refus du « solidarisme relationnel ».....	512
B. Le traitement particulier de la dépendance des victimes	515

1. L'abandon du doublement du préavis	516
2. Des dispositions à dédier aux victimes dépendantes.....	519
§2. Les protections déclinées dans la justice d'urgence et dans l'assurance.....	525
A. La justice d'urgence, l'insuffisance d'une solution provisoire et unilatérale	525
1. L'action en référé, atout procédural sujet à critiques.....	526
2. Les contradictions du préavis forcé	529
B. L'assurance du risque d'indemnisation d'une rupture brutale	533
1. La caractérisation du risque pour la sauvegarde de la solvabilité de l'auteur	533
2. Les modalités de la responsabilité professionnelles	537
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	540
CHAPITRE 2 : LE PÉRIL DE L'INTERNATIONALISATION.....	543
SECTION 1 : LES LITIGES RELEVANT DES JURIDICTIONS	544
§1. <i>Ante Granarolo</i>	544
A. Le péril de l'indemnisation due par les entreprises françaises.....	545
1. La rupture brutale comme potentiel délit complexe.....	547
2. La fonction et la mise en œuvre du principe de proximité	549
B. Le péril de l'indemnisation due aux entreprises françaises.....	552
1. Le rattachement de précision de la rupture brutale à la concurrence déloyale	553
2. Le rattachement de la rupture brutale à la règle générale	557
§2. <i>Granarolo et post Granarolo</i>	561
Sous-§1. <i>Granarolo</i>	562
A. La qualification principale dépendante d'une démonstration	562
1. Les explications de l'interprétation donnée	563
2. Les critiques de la démonstration requise.....	568
B. La qualification de sous-ordre et la détermination de la loi applicable	573
1. Contrats de vente de marchandises ou de fourniture de services	573
2. Contrats de vente de marchandises ou de fourniture de services ou de distribution	576
Sous-§2. <i>Post-Granarolo</i>	580
A. Une réception imparfaite	580
1. Une démonstration boudée	580
2. Un non-choix stérile.....	583
B. Une évolution inconnue.....	586
1. Le test faisant échec à la réitération de la solution Granarolo	587
2. Un verrou préservant la solution Granarolo ?	591
SECTION 2 : LES LITIGES SOUSTRATS OU CONFIEÉS AUX JURIDICTIONS CONFORMÉMENT AUX CHOIX DES PARTIES.....	595
§1. Les conditions d'effectivité des clauses processuelles	595

A. La clause compromissoire.....	596
1. La compétence de l'arbitre	596
2. Le domaine.....	598
B. La clause attributive de juridiction	599
1. La recherche du consentement des parties en fonction de l'emplacement de la CAJ	600
2. La rupture brutale dans le domaine de la CAJ	606
C. La clause de choix de loi.....	609
1. Le principe de la liberté de choix.....	609
2. Le problème de détection d'une combinaison homogène.....	610
§2. Les limites à la liberté de choix des parties	612
A. La qualification des dispositions en loi de police.....	613
1. La qualification à l'aide de l'action du ministre	613
2. L'absence de qualification par l'action du ministre de nature répressive	625
B. Les pratiques commerciales déloyales européennes comme dispositions impératives dérogatoires.....	629
1. Des prolongements de la rupture brutale comme dispositions impératives dérogatoires	630
2. Les déréférencements 2.0.....	634
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	637
CONCLUSION DU TITRE 2	639
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	641
CONCLUSION GÉNÉRALE	643
ANNEXES.....	647
Annexe 1. La clause de durée dans les contrats types de transport routier	647
Annexe 2. Synthèse des jurisprudences relatives à la « désorganisation »	651
BIBLIOGRAPHIE.....	659
Ouvrages généraux, manuels, cours, traités	659
Dictionnaires	661
Lexiques.....	661
Ouvrages spéciaux et ouvrages collectifs.....	661
Thèses	663
Mémoires	666
Encyclopédies.....	666
Articles, chroniques, études.....	672

Jurisprudence et décisions et avis des autorités administratives	699
INDEX	715
TABLE DES MATIÈRES	725

Titre : La rupture brutale des relations commerciales établies

Mots clés : Rupture brutale des relations commerciales établies, responsabilité extracontractuelle, pratique restrictive de concurrence, pratique commerciale déloyale entre entreprises, préavis, contrat.

Résumé : Le droit est créé par le législateur mais produit par les juges. La pratique restrictive de concurrence de la rupture brutale des relations commerciales établies a été créée il y a près de trois décennies. Délivrée de son contexte d'origine, du fait d'un domaine d'application indéfini, il a fallu rechercher ce qui fait qu'elle a donné lieu à tant d'applications différentes ; en somme, ce qui a rendu cette pratique modelable, car elle s'est transformée. Elle n'a pas été une mesure efficace contre les déréférencements, étant donné qu'ils se poursuivent. Elle a pourtant suscité un abondant contentieux, au point d'avoir été déformée. Les dérives, relevées lors d'une énième modification, en attestent, à l'instar de l'allongement des préavis octroyés. Ses conditions d'application renferment des notions plastiques. Les principes de la responsabilité civile sont malmenés dans le cadre de l'action indemnitaire. Ces premiers

éléments explicatifs doivent être complétés. Les contentieux avec des éléments d'extranéité parachèvent de mettre en péril le dessein poursuivi au sein du droit de la concurrence. Dans sa conception extensive, il inclut les pratiques restrictives de concurrence, censées protéger les concurrents et la concurrence. Mais l'empreinte des juges est-elle devenue une emprise telle que cette double protection est menacée de n'être plus jamais atteinte par les dispositions de l'article L. 442-1, II du code de commerce ? Cette thèse propose de répondre à cette interrogation avec un spectre d'étude large. Les effets néfastes de la pratique sont connus, mais certaines des causes auxquelles il est possible de les rattacher le sont moins, tout comme les conséquences globales engendrées par ses applications pléthoriques.

Title : The sudden break of established business relationships

Keywords : Sudden break of established business relationships, delictual liability, notice period, restrictive competition practices, unfair trading practices in business-to-business relationships, contract

Abstract : If legislator establishes the law, judges shape it. Nearly three decades ago, the sudden break of established business relationships was introduced as a practice restrictive of competition. The realm of application being undetermined, it was led astray from its initial field. It was transformed, so that, we had to find out what triggers so many various applications, what makes it shapable (modelable). It was not efficient against the product delisting, given the latter does continue. It sparked a myriad of litigation, to the point of having been misshaped. The drifts, highlighted the umpteenth time, at each modification such as that related to the lengthening of notice period, is an example of this. Its application conditions entails plastic notions. In claims for damages the principles of civil liability are mishandled. Still, these preliminary elements

have to be complemented. The cases that contain extraneous elements brings to end the misshape by jeopardising the purpose carried in competition law. In its broad sense, the competition law includes restrictive competition practices and is intended to protect both competitors and competition. However, has the footprint of judges became such an impairment to endanger the double protection that they will never be reached by way of honoring the Article L. 442-1, II of french commercial code ? Our thesis intends to answer this question with a broad spectrum. The adverse affects of the practice in question are known, but some factors to which they could be related are less so, as are the consequences stemming from its pletoric applications.