

Commentaire de la jurisprudence (rapport annuel 2011/2012)
Commission d'examen des pratiques commerciales

Cette étude est consacrée au bilan établi par la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF), et, à celui réalisé par la Faculté de Droit de Montpellier (Centre du Droit de l'Entreprise, Centre du Droit du marché) qui, sans pouvoir prétendre à l'exhaustivité, a recueilli et analysé les jugements prononcés à l'initiative directe d'entreprises.

Pour la période considérée (année 2011 pour le civil et le pénal), ce dossier aborde les différents aspects du livre IV du titre IV du code de commerce.

M. le professeur Michel GLAIS, professeur d'économie, membre de la Commission et rapporteur pour celle-ci étudie les décisions rendues au titre de la rupture brutale des relations commerciales. Mme le professeur Muriel CHAGNY examine l'absence de service effectivement rendu ou manifestement disproportionné. Elle présente, en outre, les décisions qui ont été rendues sur le déséquilibre significatif. Enfin, M. le professeur Georges DECOCQ, également rapporteur pour la Commission, évoque les dispositions relatives à l'obligation de rédiger une convention annuelle.

RUPTURE BRUTALE DES RELATIONS COMMERCIALES ETABLIES

Michel GLAIS

Au cours de l'année 2011, 231 décisions ont été rendues au titre de cette disposition du code de commerce (159 en 2010 ; 90 en 2009). Selon le bilan dressé par la faculté de droit de Montpellier, 114 de ces décisions ont reconnu et sanctionné le caractère brutal de la rupture des relations commerciales établies entre les parties en cause.

L'article L 442-6-I 5° s'applique à toute relation, dès lors qu'elle revêt un caractère indiscutablement commercial et que la victime de la rupture pouvait légitimement en espérer la poursuite sur les mêmes bases. Son champ d'application s'avère donc très large et ne se limite pas aux seules opérations d'achats et de reventes de marchandises. Dans un passé récent, ont ainsi été censurés, par la Cour de Cassation et certaines Cours d'appel, des jugements ayant refusé de se prononcer sur la rupture de relations relatives à des prestations de service [Ainsi, une activité de courtage en vins peut s'analyser comme une prestation de services au sens de l'article L 442-6-I 5° (CA Bordeaux, 09/02/11). Entre également dans le champ d'application de cet article l'activité d'une société agissant en tant que centrale de référencement [CA Aix-en-Provence, 21/05/10].

Sont également visées par ce texte les sociétés d'assurance mutuelles, leur régime juridique et le caractère non lucratif de leurs activités n'étant pas de nature à les exclure du champ d'application des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence. [Cass. com., 14/09/10. Voir également CA Riom, 23/02/11].

Tel n'est toutefois pas le cas lorsque l'activité de l'un des cocontractants relève d'une mission de service public [TGI Paris, 04/01/11: Chambre Nationale des huissiers de justice;

Commissariat à l'Energie Atomique (CA Paris, 02/03/11). En l'espèce, les relations nouées entre cet établissement et un concepteur de logiciels portaient sur des prestations destinées à l'accomplissement d'une mission de service public. Est également rappelé que le CEA ne peut être qualifié d'industriel, au sens de l'article L 442-6-I-5°, que pour autant qu'il effectue des prestations payantes à destination de tiers].

La sous-traitance n'est pas non plus exclue du champ d'application de l'article L 442-6-I 5° du code de commerce. Dans un arrêt rendu en 2009, la Cour d'appel de Paris avait déjà considéré qu'une relation de sous-traitance pouvait s'inscrire dans le cadre de relations ayant vocation à se maintenir et à se développer de manière durable. [CA Paris, 25 ° ch., section B, arrêt du 03/07/09]. Confirmation en a été donnée par la Cour de Cassation dans un arrêt du 18/05/10]. Par contre, l'article L 442-6-I 5° ne s'applique pas lorsque le contrat de sous-traitance se limite à des prestations de pure main d'œuvre (CA Versailles, 25/10/11) et pas davantage en cas de transports publics routiers de marchandises exécutés par des sous-traitants, lorsque le contrat-type institué par la loi LOTI (établissant la durée des préavis de rupture selon la durée de la relation) régit, faute de dispositions contractuelles, les rapports entre le sous-traitant et son donneur d'ordre. [Cass Com. 14/10/11, Gefco c/Frigo 7-Locatex]. L'application des dispositions de l'article L 442-6-I 5° doit être interprétée en considération de celles du droit communautaire.

Un distributeur détenteur d'un contrat de concession exclusive considérait qu'un préavis de deux ans aurait dû lui être accordé suite à l'annonce par son concédant de son intention de réorganiser son réseau. Il est débouté de sa demande eu égard aux dispositions du règlement d'exemption communautaire relatif aux contrats de distribution dans le domaine automobile. Ces dispositions précisait que le préavis de résiliation du contrat de distribution est réductible à un an en cas de nécessité pour le concédant de réorganiser la totalité ou une partie substantielle de son réseau. En l'espèce, cette nécessité était prouvée tant sur le plan juridique qu'économique (CA Paris, 11/05/11).

L'interruption totale ou partielle de relations commerciales établies engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparation dès lors que la rupture s'avère brutale. Une fois prouvé le caractère « établi » de la relation en cause (a), démonstration doit être faite du caractère brutal de cette rupture (b), avant de déterminer la durée raisonnable du préavis dont aurait dû bénéficier la victime de la rupture (c) et d'estimer le préjudice subi par celle-ci (d).

a) Le caractère établi de la relation commerciale.

L'article L 442-6-I 5° s'applique, a priori, à toutes les relations d'affaires, qu'elles soient régies par un contrat ou se soient nouées de façon informelle. La démonstration du caractère établi d'une relation commerciale n'implique donc pas obligatoirement l'existence d'un contrat écrit ou d'un formalisme particulier [CA Versailles, 10/03/11 ; CA Paris, 22/12/11]. Ce qui compte c'est que la relation se soit établie dans la durée (a-1) et ait présenté une réelle stabilité (a-2).

a-1) Inscription dans la durée.

Des relations poursuivies pendant seulement quelques mois ou des relations de nature particulièrement sporadiques permettent souvent d'écarter, d'un trait de plume, le caractère établi de la relation entre les parties. [Réalisation de 4 missions ponctuelles sur 4 mois (CA Paris, 27/04/11 ; Montant très faible des commandes par rapport au chiffre d'affaires réalisés

(CA Nîmes, 09/06/11); durée de quelques mois seulement de la relation (CA Lyon 02/12/1) ; CA Versailles 06/12/11)]. Toutefois, le caractère ponctuel ou saisonnier des échanges entre les parties en cause ne fait pas obstacle à l'application de l'article L 442-6-I 5° dès lors que ces échanges ont été régulièrement renouvelés au cours de plusieurs années. Même en cas d'une succession de contrats ponctuels (ou à durée déterminée), ne comportant pas d'engagement de renégocier un éventuel contrat, la qualification de relation commerciale établie est retenue dès lors que sont démontrés la régularité, le caractère significatif et la stabilité de cette relation. [Cass. Com., 02/11/11 ; CA Paris, 20/01/11, CA Paris, 20/01/11]. Une relation poursuivie pendant une période de seulement 17 mois peut ainsi être qualifiée d'établie lorsque les échanges ont été réguliers (CA Angers, 18/10/11). La volonté d'inscrire la relation commerciale dans la durée se déduit également de la constatation selon laquelle un contrat à durée déterminée a été reconduit à plusieurs reprises, les courants d'affaires s'étant avérés continus et en croissance [CA Versailles, 05/05/11 ; CA Paris, 09/06/11 ; CA Toulouse, 12/10/11] .

En cas de cessions successives du fonds de commerce de l'une des parties, ce n'est pas pour autant que le caractère établi de la relation commerciale est mis en cause lorsque celle-ci s'est poursuivie de façon ininterrompue avec les sociétés ayant successivement repris le fonds de commerce en cause. La durée de la relation doit alors être calculée depuis la date de signature du contrat initial. Vérification doit cependant être faite que les relations établies avec l'auteur de la rupture brutale étaient bien similaires à celles que ce dernier entretenait avec son prédécesseur.

Le fait que les contrats soient à durée déterminée et ne prévoient pas de tacite reconduction ne permet pas non plus de nier le caractère « établi » d'une relation commerciale dès lors que celle-ci s'est inscrite dans la durée. La continuation des courants d'échanges entre les parties, postérieurement à la date de fin d'un contrat suffit d'ailleurs à démontrer la poursuite d'une relation précédemment établie.

a-2) Stabilité de la relation.

Elle peut se démontrer sur la base de l'existence d'un faisceau d'indices pertinents et convergents. [CA Bordeaux, 21/03/11 ; CA Caen, 01/12/11]. L'existence d'un contrat d'exclusivité signé en faveur du partenaire délaissé contribue ainsi à démontrer la stabilité d'une relation commerciale. Elle n'est toutefois pas nécessaire dès lors qu'existent des preuves suffisantes de la continuité dans le temps de cette relation. La croissance importante des commandes et des livraisons pendant seulement quelques années peut, en elle-même, constituer une preuve de l'établissement d'un partenariat stable entre un distributeur et son fournisseur.

Par contre, n'ont pas été jugées établies et suffisamment stables des relations poursuivies, de façon irrégulière, pendant quelques mois (CA Nîmes, 09/06/11). Ne le sont pas davantage de simples juxtapositions de travaux successifs, réalisés au coup par coup, en l'absence d'engagements sur un certain volume d'affaires mais également des relations caractérisées par une importante variabilité des échanges mettant ainsi en évidence le caractère aléatoire du partenariat commercial [CA Aix-en-Provence, 23/06/11 ; CA Bordeaux, 15/02/11 ; CA Toulouse, 07/06/11].

La spécificité de certains produits ou services échangés peut conduire à mettre en doute la réalité du caractère établi d'une relation commerciale. La Cour de cassation a ainsi considéré que la réalisation, pendant plusieurs années (8 ans en l'espèce), d'émissions pour la télévision ne permettait pas, compte tenu de la nature des prestations offertes, d'en déduire l'existence d'une relation suffisamment stable entre le prestataire concerné et la chaîne en

cause. [Cass. com., 18/05/10]. En l'espèce, la Cour d'appel s'est vu reprocher de n'avoir pas recherché si, eu égard à la nature des prestations en cause, l'entreprise sous-traitante pouvait légitimement s'attendre à une stabilité de la relation commerciale. La même démarche a inspiré un arrêt de la Cour d'appel de Paris dans son analyse de la relation commerciale nouée entre un fournisseur et un grand distributeur de lecteurs DVD. Compte tenu de la volatilité du marché en cause, on ne pouvait considérer que le fournisseur soit assuré d'être automatiquement référencé d'une année sur l'autre. Etait également relevé le caractère très ponctuel des commandes, excluant la volonté du distributeur de s'engager dans une relation durable portant sur un volume déterminé des produits en cause. [CA Paris, 10/12/10 ; CA Orléans, 16/09/10]. Par contre, dans un arrêt du 01/07/11, la Cour d'appel de Paris apparaît avoir fait montre d'une opinion différente. En l'espèce, deux sociétés productrices d'œuvres audiovisuelles, après avoir développé un courant d'affaires significatif avec deux chaînes de télévision, avaient été privées de nouvelles commandes. En première instance, elles avaient été déboutées de leur demande de réparation au titre de l'article L 442-6-I 5° (les premiers juges ayant fait valoir que la spécificité de la production audiovisuelle était exclusive de l'application de cette disposition du code de commerce). Elles obtiennent satisfaction auprès de la Cour d'appel, au motif qu'il n'y aurait pas lieu d'établir une distinction entre la nature fongible ou non des prestations en cause. Etait ajouté qu'il en irait de même en cas de prestations présentant un caractère unique ou non substituable.

b) La brutalité de la rupture.

Les dispositions de l'article L 442-6-I 5° ne font certes pas obstacle à la faculté de résiliation immédiate d'une relation en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations. Plusieurs décisions l'ont réaffirmé au cours de l'année 2011. **Mais, encore faut-il que les manquements allégués aient revêtu une gravité telle que s'impose une cessation immédiate de la relation contractuelle ou soient le résultat d'un cas de force majeure (b-1). En dehors de ces situations particulières, démonstration doit être apportée du caractère brutal de la rupture (b-2).**

b-1) les justifications possibles d'une rupture sans préavis.

La mauvaise exécution des prestations que la victime de la rupture était censée réaliser en faveur de son partenaire commercial constitue une des raisons les plus couramment évoquées pour justifier l'arrêt immédiat des relations [non respect des délais contractuels de fourniture des produits commandés; fonctionnement defectueux des logiciels informatiques livrés (CA Paris, 19/01/11); défaut d'obtention par un sous-traitant de l'ensemble des agréments (européens et américains) nécessaires à la maintenance de certains produits avioniques. En l'espèce, le sous-traitant s'était contractuellement engagé à les obtenir (CA Paris, 20/01/11) ; exécution defectueuse et avérée de certaines prestations contractuelles (CA Limoges, 19/10/11) ; (CA Aix-en-Provence, 08/06/11)].

Encore faut-il toutefois que : 1) les griefs aient été préalablement notifiés au partenaire délaissé, de façon précise et circonstanciée [CA Besançon, 12/01/11 ; CA Paris, 16 /11/11], 2) les dysfonctionnements constatés causent à la victime un préjudice d'une gravité suffisante et immédiate. Se trouve ainsi sanctionnée une décision ayant omis de vérifier la gravité des faits reprochés à la victime de la rupture (Cass.Com. 18/01/11).

Par contre, ne prive pas du bénéfice d'un préavis l'entreprise délaissée lorsque l'auteur de la rupture a poursuivi ses relations commerciales avec celle-ci postérieurement à une notification de l'existence de certains dysfonctionnements [CA Versailles, 13/01/11; également CA Aix-

en-Provence, 15/09/11, CA Paris, 01/09/11. Dans cette dernière espèce était également relevée l'absence de livraison de pièces défectueuses dont la victime de la rupture aurait été l'auteur].

Peut constituer également un motif de rupture sans préavis le non respect de certaines clauses contractuelles [Défaut de transmission de certaines données particulièrement sensibles (CA Paris, 18/02/11); non exécution d'engagements financiers indispensables à la poursuite de la relation commerciale (CA Versailles, 19/05/11; modification de la situation économique d'une des parties rendant le contrat inapplicable (CA Aix-en-Provence, 14/04/11).

Il en va de même lorsqu'une des parties ne remplit pas vis-à-vis de son partenaire certaines obligations légales [CA Versailles, 27/10/11. En l'espèce, l'entreprise de transports en cause, exerçant en qualité de sous-traitant, avait perdu sa licence]. Justifie également une rupture sans préavis le défaut de paiement par un client des factures qui lui sont adressés et ce en dépit de plusieurs relances du fournisseur [CA Metz, 22/02/11 ; CA Chambéry, 08/02/11]. La suspension des relations et la résiliation de plein droit d'un contrat de franchise sont jugées légitimes lorsque l'auteur de la rupture ne réussit pas à se faire régler les redevances dues par son franchisé. [CA Paris, 16/11/11.

Le non respect de l'obligation de loyauté dans l'exécution du contrat permet également à la victime de ce type de comportement litigieux de rompre sans préavis la relation contractuelle. Tel est le cas lorsqu'un distributeur indélicat détourne « sans vergogne » la clientèle au profit de concurrents de son partenaire commercial. Une société titulaire d'un contrat de distribution exclusive avait ainsi faussement prétexté être en rupture de stocks des produits de son fournisseur pour vendre ceux d'un proche concurrent de ce dernier. Elle est déboutée de sa demande de réparations au titre de l'article L 442-6-I 5°, la rupture étant imputable à son comportement fautif. [CA Aix-en-Provence, 23/02/11 ; voir également CA Douai, 20/01/11. En l'espèce un contrat de partenariat annuel avait été conclu entre une centrale de référencement et une société de distribution. Faisant fi de ses engagements, cette dernière avait créé une structure concurrente et adressé des commandes aux fournisseurs de sa partenaire en revendiquant les mêmes tarifs que ceux consentis à la centrale. La rupture sans préavis était donc justifiée. Figurait d'ailleurs au contrat une clause résolutoire en cas d'agissements fautifs du distributeur à l'égard de sa co-contractante. Voir également : CA Aix-en-Provence, 04/02/11].

Depuis quelques années, l'augmentation substantielle des tarifs ou la modification des conditions générales de vente du fournisseur sont souvent évoquées par le partenaire commercial pour justifier la rupture de leur relation. S'il n'est pas interdit à ce dernier de mettre fin à la relation commerciale, ce n'est pas pour autant qu'il est libéré de son obligation de respecter un délai de préavis et d'honorer ses obligations antérieures [CA Rennes, 21/06/11. En l'espèce, furieux de l'annonce d'une augmentation des tarifs de son fournisseur (motivée par hausse des prix des matières premières), son cocontractant avait refusé de procéder à l'enlèvement d'un stock de produits dont il avait préalablement confirmé la commande. Il ne pouvait, de ce fait, reprocher à son cocontractant d'avoir rompu, sans préavis, leur relation commerciale. Etait jugé également que la hausse tarifaire contestée n'était en rien abusive].

Hormis donc les situations où sont clairement prouvées l'inexécution des obligations ou, le cas échéant, la survenance d'une situation de force majeure (caractérisée par l'imprévisibilité et l'irrésistibilité du phénomène conduisant à la rupture), toute modification unilatérale et importante de l'économie du contrat plaçant le cocontractant devant le fait accompli implique donc qu'un préavis soit respecté.

b-2) démonstration du caractère brutal de la rupture.

Ne pas renouveler ou rompre une relation commerciale relève de la liberté dont disposent les opérateurs économiques dans une économie de marché. Encore faut-il que le partenaire délaissé se voit offrir un préavis d'une durée suffisante pour éviter que la rupture se caractérise par sa soudaineté, son caractère imprévisible et sa brutalité.

Ainsi, l'évolution technologique de ses produits pouvait certes permettre à une entreprise de mettre fin à ses relations avec un fabricant de certains composants qui ne s'avéraient plus adaptés. Encore eut-il fallu qu'un préavis soit adressé au fournisseur en cause, la relation commerciale ayant duré huit ans [CA Paris, 28/04/11 ; voir également : CA Paris, 01/09/11].

Obligatoirement écrit, le préavis doit clairement manifester la décision de rompre la relation commerciale. Ne peut ainsi constituer un préavis l'envoi au partenaire évincé d'un simple e-mail [CA Lyon, 21/10/11; CA Versailles, 27/10/11]. Il en va de même lorsque la volonté de ne pas poursuivre la relation antérieure, s'exprime de façon purement verbale (ou par un simple message envoyé sur la messagerie de son co-contractant) alors que, de surcroît, la rupture prend effet dans un délai très court (CA Bourges 27/01/11 ; CA Douai, 28/06/11). Le maintien du cocontractant dans une incertitude quant à la poursuite de la relation peut également constituer une preuve de sa rupture brutale (CA Riom, 20/04/11).

La notification d'un appel d'offre peut, en elle-même, constituer la manifestation d'une volonté de ne pas poursuivre une relation contractuelle selon les conditions antérieures. Elle ne remet toutefois nullement en cause le droit pour le précédent titulaire du marché de bénéficier d'un préavis. A condition qu'elle soit écrite et suffisamment explicite, la notification au cocontractant du recours à la procédure d'appel d'offres fait alors courir le délai du préavis [Cass com. 02/11/11].

La démonstration du caractère brutal de la rupture se démontre d'un trait de plume en l'absence de tout préavis écrit de la part de son auteur (CA Toulouse, 12/10/11), lorsque la durée de celui-ci s'avère particulièrement réduite [Un préavis de 18 jours est ainsi jugé trop court pour des relations ayant duré 4 ans. CA Paris, 19/01/11] ou en cas de comportements suffisamment révélateurs d'une volonté de rompre brutalement la relation établie [Brusque arrêt des commandes; suppression dans un catalogue des produits d'un fournisseur (CA Versailles, 27/10/11); fermeture sans préavis de l'accès à un site de réservations *on line* dans l'activité de ventes de voyages (CA Paris, 08/09/11)]. Le non respect du délai de préavis prévu au contrat suffit également à caractériser le caractère brutal de la rupture. [CA Douai, 29/04/10].

Parfois totale, la rupture n'est souvent que partielle. L'augmentation des tarifs du fournisseur, la diminution du taux sur lequel est calculé la rémunération du distributeur, la réduction substantielle du courant d'affaires entre les partenaires au contrat peuvent constituer autant d'éléments de preuve de la brutale rupture de la relation commerciale [CA Orléans, 31/03/11: Diminution de 77% du courant d'affaires ; voir également : CA Paris, 24/03/11 ; CA Bordeaux, 21/03/11, CA Paris, 16/06/11. En l'espèce, un délai de préavis avait été signifié au partenaire en octobre 2005. Mais dès le mois de janvier de la même année, le chiffre d'affaires confié à celui-ci avait baissé de 50% puis encore davantage en 2006. La Cour confirme le caractère brutal de la rupture. Le préavis accordé n'en était pas un, la rupture partielle étant consommée longtemps avant le courrier adressé au partenaire commercial].

Par contre, une diminution significative du chiffre d'affaires imputée à la « crise économique » n'a pas été jugée comme relevant d'une situation de force majeure en raison de l'absence de démonstration du caractère imprévisible et irrésistible de la chute d'activité en cause [CA Lyon, 22/04/11].

La jurisprudence considère également, de façon constante, que l'arrivée à son terme d'un contrat à durée déterminée ne peut s'analyser en une rupture d'une relation commerciale. Pour pouvoir bénéficier de l'application des dispositions de l'article L 442-6-I 5°, le demandeur doit prouver que la qualification donnée par les parties à leur contrat à durée déterminée ne reflète pas la réalité de la relation contractuelle. [CA Versailles 10/03/11. En l'espèce, parfaitement informée et de longue date, de la fin des relations contractuelles, l'entreprise délaissée ne pouvait croire à une prolongation possible du contrat. Elle succombe à démontrer le caractère brutal de la rupture]. Dans une autre affaire, un contrat prévoyait que les parties en présence devaient, à l'initiative de la partie la plus diligente, se rapprocher pour s'accorder sur les prix futurs. A défaut, chacune d'entre elles pouvait mettre fin au contrat, moyennant un préavis d'un mois. Bien qu'ayant clairement annoncé par courrier son intention de mettre fin aux relations commerciales, la société concernée avait continué, pendant quelques mois, à confier certaines prestations à son ancien partenaire. La décision de la Cour d'appel d'écarter la thèse d'une rupture brutale des relations est confirmée par la Cour de Cassation. La société appelante ne pouvait en effet ignorer le caractère instable de la relation commerciale pendant la période ayant suivi la lettre annonçant le non renouvellement du contrat (Cass. Com, 28/06/11).

La rupture ne peut pas, non plus, être qualifiée de brutale et imprévisible lorsque le partenaire finalement évincé n'a pas accepté l'offre de renouvellement du contrat pourtant formulée pour des prestations identiques et aux mêmes conditions de prix [CA Montpellier, 16/03/10] ou lorsque, convié à répondre à un appel d'offres, le partenaire historique n'y répond pas [CA Paris, 08/09/11. En l'espèce, une relation commerciale unissait les partenaires depuis plus de 15 ans. En 2006, le donneur d'ordres lance un appel d'offres. Le partenaire y était convié mais n'avait pas répondu. Au même moment, celui-ci cherchait à vendre l'intégralité de son capital social. Les deux repreneurs intéressés conditionnaient le rachat à l'obtention du marché faisant l'objet de l'appel d'offres. La Cour en déduit qu'en ne postulant pas à celui-ci, le cocontractant avait marqué son désintérêt à la poursuite de ses relations avec son donneur d'ordres et acceptait ainsi la cessation (qui ne manquerait pas de s'ensuivre) de sa relation avec son partenaire. Dès lors il ne pouvait arguer d'une rupture brutale des relations commerciales].

Une rupture brutale n'est pas non plus établie lorsqu'ayant décidé de changer de fournisseur, le client en cause propose au partenaire évincé de maintenir leur relation commerciale pendant une période suffisante pour lui permettre de trouver une solution de remplacement [Cass. com., 09/03/10].

c) L'estimation de la durée « raisonnable » du préavis qui aurait dû être accordé.

Dans certaines affaires jugées en 2011, les dispositions contractuelles comportaient une clause relative à la durée du préavis à respecter en cas de rupture des relations, référence étant parfois faite à « *des usages du commerce ou à des accords interprofessionnels* » (TGI Paris, 14/06/11). Dans de tels cas, le respect de son engagement par l'auteur de la rupture ne signifie toutefois pas que la durée d'un tel préavis sera toujours considérée comme suffisante. Tout en pouvant constituer des indications utiles, les durées auxquelles se réfèrent ces usages ou accords ne sauraient être appliquées de façon uniforme. En 2008, deux arrêts de la Cour de Cassation avaient ainsi réaffirmé la liberté dont dispose le juge pour s'éloigner des normes définies par des accords interprofessionnels. Ce principe est de nouveau réaffirmé par la Cour dans un arrêt du 02/11/11. La prise en compte de circonstances particulières peut en effet justifier que soit retenue par le juge une durée différente de celle prévue dans l'accord considéré [un préavis contractuel de 60 jours pour une durée de 5 ans a été jugée insuffisant,

eu égard à la part très importante que représentait, dans le chiffre d'affaires de la victime de la rupture, la relation d'affaires avec son fournisseur. (CA Rouen, 14/12/11)]

. L'historique d'un partenariat, son mode de fonctionnement, la nature des produits ou services échangés rendent une relation commerciale souvent spécifique et donc difficilement analysable à l'aune des considérations très générales évoquées par les usages du commerce. La durée des relations ayant existé entre les parties en cause constitue un élément qu'il convient, certes, de ne pas négliger. Mais, plus important s'avère toutefois la prise en compte de la situation immédiate à laquelle doit faire face le partenaire brutalement évincé. La nécessité de déterminer le plus précisément possible le temps nécessaire pour que celui-ci puisse reconstruire une relation équivalente avec d'autres partenaires commerciaux s'impose de façon d'autant plus prégnante que c'est sur la base de cette période que doit s'établir le calcul de l'indemnisation à laquelle sera condamné l'auteur de la rupture brutale. Cette durée dépend alors: 1) de la possibilité (ou non) pour le partenaire délaissé de réorienter son activité vers d'autres clients, 2) du temps nécessaire pour y parvenir (fonction de l'importance du chiffre d'affaires à reconstituer et 3) de la nécessité ou non de procéder à de nouveaux investissements à caractère irrécouvrable [M. Glais : « La sanction des abus de dépendance économique » Revue : Contrat-Concurrence, Consommation n° 12 ; Déc. 2006].

Depuis deux ans, les magistrats se sont attachés à prendre davantage en compte ces données économiques dans leurs estimations des durées de préavis nécessaires. Cette tendance est encore plus manifeste à la lecture des arrêts rendus pendant l'année 2011. Ces données ont ainsi été systématiquement retenues pour estimer les durées nécessaires au partenaire délaissé pour retrouver un cocontractant ou réorienter son activité [CA Douai, 16/02/11; CA Angers, 18/10/11, CA Nancy, 14/12/11; CA Paris, 26/10/11; CA Versailles, 09/06/11; CA Aix-en-Provence, 16/02/11]. Une durée d'un an de préavis a été ainsi jugée nécessaire en raison de la difficulté, pour le partenaire évincé, de retrouver rapidement une solution équivalente. La rupture avait pour effet de lui faire perdre environ un quart de son chiffre d'affaires sans être assuré de retrouver un nouveau partenaire, le nombre de cocontractants potentiels étant jugé peu élevé. [CA Riom, 23/02/11. Voir également: CA Montpellier, 08/02/11 ; CA Paris 04/03/11]. La nécessité de respecter une clause de non-concurrence post-contractuelle peut également justifier un allongement de la durée du préavis nécessaire au partenaire délaissé pour réorienter son activité (CA Paris, 03/06/11). Est également retenu le fait que les produits objets de l'échange bénéficient d'une grande notoriété et que la clientèle du distributeur y est très attachée [CA Rennes, 28/06/11].

En dépit de relations parfois supérieures à 10 ans, des délais de 3 à 6 mois, prévus dans certains des contrats analysés, sont, au contraire, apparus suffisants pour pallier les incidences de la perte des marchés concernés lorsque l'entreprise évincée ne réalisait qu'un très faible pourcentage de son chiffre d'affaires avec l'auteur de la rupture et que, compte tenu de la situation de l'entreprise en cause et de l'état du marché, celle-ci n'aurait aucune difficulté à retrouver un nouveau partenaire [CA Bordeaux, 03/10/11: la part modique que revêtaient les ventes du fournisseur au sein du chiffre d'affaires du distributeur évincé rendait suffisant l'octroi d'un préavis de 6 mois malgré une durée de 12 ans des relations commerciales. Voir également: CA Angers, 18/10/11 ; CA Aix-en-Provence, 17/11/11]. Lorsque les relations portent sur des produits de mode, vendus de façon saisonnière, le calcul s'établit en général sur une période de six mois [CA Lyon, 30/06/11 infirmant une décision du tribunal de commerce ayant accordé un préavis d'un an à la victime de la rupture brutale]. La date de départ du délai tient alors compte de la spécificité des calendriers de commandes dans l'activité en cause. Le calcul du délai de préavis doit donc tenir compte des dates auxquelles doivent être passées les commandes. Un délai de prévenance en période de congés de Noël est ainsi peu propice à la recherche de nouveaux débouchés ou de nouveaux partenaires dans le

domaine du prêt-à-porter [CA Lyon, *ibid.* Il en va de même lorsque la rupture intervient au début de l'été, CA Paris, 24/06/10]

Par compte, la nature particulière de certaines activités peut conduire à apprécier la durée du préavis sur une durée plus longue. 18 mois de préavis ont été jugés nécessaires eu égard à la spécificité de la relation industrielle entre un client et son fournisseur [CA Paris, 28/04/11]. Le fait que l'évolution fréquente du produit en cause nécessite d'importants investissements dans des actifs dédiés au client concerné justifie également la décision d'imposer une durée de préavis plus longue que celle retenue au contrat.

Un préavis plus long que celui convenu contractuellement ou en application des usages commerciaux doit également être accordé par l'auteur de la rupture lorsqu'est clairement démontré l'état de dépendance économique du partenaire évincé (CA Paris, 20/01/11). Encore faut-il que démonstration soit clairement apportée de la réalité de la situation de dépendance. Le fait que l'entreprise en cause ait immédiatement retrouvé un nouveau partenaire suffit à écarter les prétentions du demandeur (CA Rennes, 21/06/11). Tel est également le cas quand la victime de la rupture s'est délibérément mis dans une situation de dépendance en réalisant l'essentiel de son chiffre d'affaires avec le partenaire à l'origine de la rupture, sans avoir cherché à diversifier sa clientèle [CA Paris, 06/12/1 : prestation de services entre un avocat et un client ; également, CA Grenoble, 29/09/11: fourniture de produits de bijouterie]. La constatation d'une réduction progressive et importante de la part du chiffre d'affaires réalisé par la victime de la rupture avec son cocontractant (sans baisse du chiffre d'affaires global) suffit aussi à écarter l'existence d'une situation de dépendance économique (CA Paris, 01/09/11). Enfin, l'absence de réalisation d'investissements de nature spécifique au profit du cocontractant peut également contribuer à nier l'existence d'une situation de dépendance et donc à écarter une demande d'allongement de la durée du préavis. La situation de dépendance est toutefois clairement prouvée lorsque la victime a dû réaliser d'importants investissements spécifiques au profit de son cocontractant [CA Paris, 31/05/11. En l'espèce, pour répondre aux demandes de son partenaire, elle avait dû procéder au rachat d'un grand nombre de magasins et augmenter de façon considérable ses charges salariales et de loyers. En second lieu, le cocontractant avait contribué aux achats de ces points de vente et accompagné sa partenaire dans l'organisation d'un réseau de distribution lui étant totalement dédié].

Selon les dispositions de L'article L 442-6-I 5°, la durée du préavis nécessaire est multiplié par deux en cas de produits vendus sous MDD. Ces dispositions doivent toutefois être interprétées de façon restrictive, a estimé, en 2009, la Cour d'appel de Paris (25° Ch.-B ; arrêt du 03/07/09). Elles ne peuvent ainsi concerner une relation de sous-traitance dès lors que l'entreprise évincée se limite « à fabriquer, suivant une rémunération convenue, à partir des composants qui lui sont fournis, et en suivant les exigences qui lui sont transmises....en sorte qu'elle ne vend aucun produit ». Il en va de même lorsque la mission confiée au prestataire évincé se limite à un simple contrôle de la conformité des produits inscrits au cahier des charges (Cass. Com., 7/06/11) ou ne porte que sur la fabrication d'un élément appelé à être incorporé dans un ensemble industriel et non pas sur un produit vendu, au détail, au consommateur final [CA Amiens, 5/11/10, CA Paris, 01/09/11].

Lors de l'estimation de la durée du préavis à respecter en cas de rupture des relations, se pose également la question de la détermination de l'étendue de la période à prendre en compte lorsque les relations ont été suspendues puis reprises quelques années plus tard. [CA Paris, 22/09/11: Une relation de 25 ans n'a ainsi été retenue que pour une durée de 15 ans, les relations ayant été rompues pendant 3 ans au cours de la période en cause].

d) Le calcul du préjudice

Seuls sont pris en compte les dommages résultant du caractère brutal de la rupture. Sont exclus ceux relevant de la rupture elle-même. Le partenaire délaissé est en effet supposé retrouver une solution équivalente à celle perdue pendant le délai de préavis estimé suffisant par le juge (le plus souvent entre 6 mois et un an). Sont ainsi réformés des jugements de première instance ayant accordé des réparations excédant le seul préjudice imputable à la rupture brutale. L'indemnisation doit couvrir le préjudice direct mais également tous les préjudices subséquents dès lors que preuve est faite de leur lien avec la faute initiale, à savoir la rupture brutale des relations contractuelles.

Comme cela a été le cas au cours des années passées, en 2011, ont tout d'abord été retenues au titre du préjudice direct, les pertes de marges (généralement brutes) relatives à la période du préavis dont aurait dû bénéficier le partenaire évincé. [CA Lyon, 28/01/11; CA Paris, 24/03/11]. En cas de croissance des chiffres d'affaires au cours des exercices précédant la rupture, la marge brute est calculée sur la moyenne des derniers d'entre eux [CA Aix-en-Provence, 13/01/11 ; CA Versailles, 27/10/11]. Dans une des espèces jugées en 2011, le préjudice a été établi sur la base de la marge sur coût variable, celle-ci ayant été jugée, avec raison, la plus significative, s'agissant d'une activité de prestation de services [CA Paris, 16/06/11].

Le préjudice est toutefois réduit lorsque la victime de la rupture s'est mis délibérément dans une situation de dépendance en concentrant ses activités sur les produits de son cocontractant sans chercher à diversifier ses activités [CA Pau, 12/09/11]

Dans certaines décisions, c'est le chiffre d'affaires qui est pris en compte. Tel est le cas dans le domaine des prestations intellectuelles réalisées sans achats de matières premières ni de marchandises destinées à la vente (CA Paris, 07/11/11) ou dans celui de prestations de purs services [CA Pau, 16/05/11; CA Aix-en-Provence, 01/06/11].

Peut également être prise en compte la valeur des immobilisations encore non totalement amorties dès lors que preuve est apportée que les investissements en cause ont été réalisés au profit exclusif de l'auteur de la rupture [amortissements à réaliser sur des véhicules mis à la disposition du partenaire commercial (Aix-en-Provence, 02/03/11)] ; également prise en compte des salaires des chauffeurs inemployés (même espèce). La perte consécutive au non amortissement du coût de la mise en oeuvre d'une structure commerciale destinée à l'augmentation du volume de production aurait pu être retenue si preuves avaient été apportées de l'existence de cet investissement et du montant des dépenses engagées (CA Paris, 08/09/11) mais, pour autant qu'il soit démontré que l'investissement réalisé ne peut pas être utilisé pour d'autres activités que celle en cause. De la même manière, une perte de marge sur le stock détenu par le partenaire délaissé peut être partiellement retenue lorsque l'importance du volume des pièces en cause se trouve justifiée au regard de la régularité des commandes précédemment passées avec le client auteur de la rupture brutale.

Par contre, n'a pas été retenue, une demande de réparation d'un dommage pour atteinte à l'image de la société évincée, l'appelante ayant réussi très rapidement à retrouver un nouveau circuit de commercialisation pour ses produits (CA Rennes, 21/06/11) ou en l'absence de comportement déloyal de l'auteur de la rupture (CA Rennes, 04/01/11).

A plusieurs reprises, les demandes de réparations ont porté sur le préjudice total subi par la victime de la rupture, celle-ci ayant dû cesser totalement ses activités. Une telle demande a été retenue dans un des cas évoqués, le lien de causalité entre la brutalité de la rupture et la liquidation judiciaire étant parfaitement établi (CA Paris, 31/05/11). En l'absence de cette démonstration, les demandes en question ont été rejetées [CA Paris, 16/06/11 ; CA Toulouse, 07/06/11 : En l'espèce, informée d'une baisse à venir du courant d'affaires et d'une cessation

à terme de la relation, la cocontractante n'avait, en aucune façon, cherché à poursuivre ses relations avec son donneur d'ordre. Elle s'était, par contre, empressée de prendre attache avec la Direction départementale du travail et de l'emploi pour l'aviser du licenciement de son personnel. La cessation de l'activité relevait d'une libre décision de l'entreprise en cause et ne pouvait être imputée au donneur d'ordre].

<p>Article L. 442-6-I-2° a) C. com. devenu article L. 442-6-I-1° C. com. Obtention d'avantage en l'absence de service effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu</p>

Muriel CHAGNY

L'article L. 442-6-I-2° a C. com., devenu l'article L. 442-6-I-1° après renumérotation par la loi LME, mais sans changement de rédaction, vise le fait « *d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu* ».

Ce texte, qui semblait jusqu'alors mis en œuvre, le plus souvent, à l'initiative du ministre de l'Economie, a été davantage utilisé par les entreprises elles-mêmes au cours de l'année 2011, avec un succès inégal toutefois et dans nombre d'hypothèses, soit à la suite d'une rupture des relations, soit afin de faire échec à une demande de paiement.

L'un des faits majeurs de l'année 2011, en ce qui concerne cette disposition issue de la loi NRE du 15 mai 2001, tient à ce qu'elle s'est trouvée confortée, sur le plan constitutionnel et au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), par deux arrêts de la Cour de cassation.

La Chambre commerciale a, tout d'abord, refusé de transmettre au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité tenant à la contrariété de l'article L. 442-6-I-1° du code de commerce à l'article 34 de la Constitution et aux articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (QPC Cass. Com. 15 février 2011, n° 10-21551). Pour ce faire, la Cour de cassation a considéré que la question n'était pas nouvelle et ne présentait pas un caractère sérieux. Selon l'arrêt, les termes utilisés par le texte contesté « *définissent de manière claire, précise et sans ambiguïté le comportement qu'il visent* », étant ajouté que « *ces termes ont, en outre, déjà fait l'objet d'une jurisprudence des juges du fond cohérente et nombreuse et qu'enfin, ils incluent un élément moral de l'infraction* ».

La Cour de cassation a, ensuite, écarté le grief fondé sur la contrariété des conditions d'application de l'article L. 442-6-I-1° du code de commerce à l'article 7 de la CEDH (principe de légalité des délits et des peines), en estimant que « *(s)es termes (...) définissant de manière claire, précise et sans ambiguïté le comportement qu'ils visent et ne contredisant aucune des autres stipulations de l'article 7 CEDH* »(Cass.com., 12 juillet 2011, n°10-21551).

Par ailleurs, la Cour de cassation a été conduite à se prononcer, pour la première fois, sur l'hypothèse la plus délicate, sur le plan probatoire, parmi les trois couvertes par l'article L.

442-6-I 1° du code de commerce (Cass.com., 27 avril 2011, n°10-13690). En effet, la démonstration d'une rémunération manifestement disproportionnée des services est incontestablement moins aisée que ne l'est la preuve d'une absence totale de contrepartie, que ce soit ab initio, lors de la conclusion du contrat, ou ultérieurement, en raison de l'inexécution de la prestation convenue (pour un exemple, v. Nîmes, 10 mars 2011, n° 08-04995).

Dans l'arrêt du 27 avril 2011, publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, la Chambre commerciale énonce en principe que « *si la faiblesse du chiffre d'affaires réalisé par le distributeur sur le ou les produits concernés par une action de coopération commerciale pendant la période de référence au regard de l'avantage qui lui a été consenti ou l'absence de progression significative des ventes pendant cette période de référence peuvent constituer des éléments d'appréciation de l'éventuelle disproportion manifeste entre ces deux éléments, elles ne peuvent à elles seules constituer la preuve de cette disproportion manifeste, les distributeurs qui concluent des accords de coopération commerciale n'étant pas tenus à une obligation de résultat* ». Cette décision semble conforter, de la sorte, le recours aux méthodes comparatives dont les précédents rapports soulignaient déjà qu'ils paraissaient avoir les faveurs des juridictions ayant à se prononcer sur l'existence d'une disproportion manifeste entre l'avantage et la valeur du service rendu.

Certains arrêts d'appel rendus en 2011 ayant fait l'objet d'un pourvoi, la Cour de cassation devrait être de nouveau appelée à se prononcer sur le contrôle juridictionnel de la rémunération des services institué par l'article L. 442-6-I-1° du code de commerce.

Article L. 442-6-I-2 ° C. com. Le déséquilibre significatif

L'article L. 442-6-I 2° du code de commerce vise le fait « *de soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* ».

Ce texte a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel. La décision adoptée le 13 janvier 2011, constituant l'événement marquant de cette année en ce qui concerne l'article L. 442-6-I-2° du code de commerce, a considéré que celui-ci ne méconnaissait pas le principe de légalité des délits et des peines (Conseil constitutionnel, 13 janvier 2011, QPC n°2010-85). Pour en décider ainsi, le Conseil constitutionnel retient que « *le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif (...) qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993* » et « *dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence* ». Il ajoute que « *la juridiction saisie peut, conformément au sixième alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce, consulter la commission d'examen des pratiques commerciales composée des représentants des secteurs économiques intéressés* ».

Les décisions rendues par les juridictions du fond, au cours de l'année 2011, font apparaître que l'article L. 442-6-I-2° du code de commerce est invoqué, non seulement à l'initiative du ministre de l'Economie, mais aussi par des entreprises.

Cela étant, il faut noter que, dans ce dernier cas, un certain nombre de décisions écartent le grief fondé sur cette règle, faute pour celui qui l'invoque d'apporter des éléments de preuve convaincants, la disposition étant invoquée sans que le moyen soit véritablement étayé.

D'autres décisions retiennent davantage l'attention par les enseignements qu'elles contiennent, sauf à observer que leur portée ne doit pas être exagérée, la jurisprudence n'étant pas encore bien affirmée et aucune décision de la Cour de cassation n'étant intervenue à ce stade.

L'une de ces décisions a nettement précisé, en s'appuyant à la fois sur la lettre et l'esprit de la loi que « *le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties doit s'apprécier dans la formation et l'exécution des relations contractuelles entre les parties au contrat, et non (...) dans la comparaison des conditions commerciales et tarifaires consenties* » par le cocontractant mis en cause à des tiers concurrents de celui qui invoque à son profit le bénéfice de l'article L. 442-6-I-2° du code de commerce (Versailles, 27 octobre 2011, n° 10-05259).

Il est également permis de relever qu'au moment de se prononcer sur l'existence ou non d'un déséquilibre significatif, certaines juridictions ont pris appui sur le droit des contrats et la jurisprudence civile (Bordeaux, 21 novembre 2011, RG 10-02746), sur la nature du contrat concerné (Paris, Pôle 5, Chambre 11, 21 octobre 2011, RG 2008088778) ou encore sur le caractère habituel dans le type de contrat concerné de la stipulation contestée (Versailles, 12 mai 2011, RG 10-00800).

Plus délicate est la question de savoir s'il convient de procéder à une appréciation du déséquilibre significatif clause par clause ou à une appréciation plus globale. Si certaines d'entre elles, à l'instar du choix effectué par le tribunal de commerce de Lille, dans une décision évoquée dans le précédent rapport, ont semblé retenir une appréciation de chaque clause isolément, d'autres ont, au contraire, retenu une approche plus globale du déséquilibre. Ainsi a-t-il pu être jugé qu'une clause « *examinée au regard de l'économie générale du contrat, n'apparaît pas comme créant un déséquilibre significatif* » (Nancy, 14 décembre 2011, RG 10-02664 ; T. com. Lille, 7 septembre 2011, RG 2009-05105).

L'obligation de rédiger une convention annuelle

Georges DECOCQ

L'article L. 441-7 du code de commerce dispose :

« I.-Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale. Etablie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, elle fixe :

1° Les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale dans le respect de l'article L. 441-6 ;

2° Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la

date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent ;

3° Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution.

Les obligations relevant des 1° et 3° concourent à la détermination du prix convenu.

La convention unique ou le contrat-cadre annuel est conclu avant le 1er 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.

Le présent I n'est pas applicable aux produits mentionnés au premier alinéa de l'article L. 441-2-1.

II.-Est puni d'une amende de 75 000 euros le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais prévus une convention satisfaisant aux exigences du I. »

Nul n'ignore que les dispositions relatives à l'obligation de rédiger une convention entre les fournisseurs et les distributeurs (ou les prestataires de services) ont non seulement muté au cours du temps quant à leur contenu, mais aussi changé de siège textuel. Depuis le 3 août 2005 l'obligation de rédiger des accords de coopération commerciale est passée de l'article L. 441-6 à l'article L. 441-7 c. com. Toutefois, le texte actuel de l'article L. 441-7, entré en vigueur le 6 août 2008, contient des prescriptions qui pour certaines figuraient à l'ancien article L. 441-6 c. com. La jurisprudence rendue sur le fondement de ce dernier texte est donc utile à la compréhension du texte nouveau.

Or, si l'article L. 441-7 c. com. n'a pas été appliqué par la jurisprudence en 2011, il convient cependant d'indiquer les solutions de deux arrêts faisant application de l'art. L. 441-6 ancien. Par deux fois, la cour d'appel de Paris apporte des précisions transposables aux dispositions relatives aux accords de coopération commerciale actuellement en vigueur (CA Paris, Pôle 5, chambre 5, 24 mars 2011, n° 10/02616 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 26 octobre 2011, n° 09/06713). Envisageons successivement l'apport de chacune de ces décisions.

I CA Paris, Pôle 5, chambre 5, 24 mars 2011, n° 10/02616

Un fabricant de bijoux entretenait des relations commerciales régulières avec une enseigne de la grande distribution depuis 1990. En 2003, le distributeur a informé le fabricant de son intention de mettre un terme définitif à leurs relations commerciales à l'issue d'une période de préavis et de la mise en place d'un plan de désengagement progressif.

En 2005, le fabricant a exercé diverses actions (ex : responsabilité civile, nullité, contrefaçon, rupture brutale des relations commerciales établies) devant plusieurs juridictions (tribunaux de commerce d'Evry, de Paris, Niort, Moulins et Perpignan).

Après jonction des différentes procédures, le tribunal de commerce d'Evry a, le 3 février 2010, débouté de ses demandes le fabricant (et s'est déclaré incompétent pour connaître des demandes relatives à la contrefaçon au profit du TGI d'Aix-en-Provence).

Par l'arrêt rapporté, la cour d'appel de Paris infirme le jugement du tribunal de commerce d'Evry et, d'une part, déclare que le fabricant a été victime d'une rupture partielle et brutale

des relations commerciales établies (et lui alloue en conséquence une somme de 378 438 euros), et d'autre part, prononce la nullité des contrats de coopération commerciale conclus entre 1995 et 2004.

La suite de nos développements ne portera que sur le prononcé de la nullité et l'analyse de l'arrêt quant à la rupture brutale des relations commerciales sera effectuée dans le cadre de ce rapport dans son passage relatif aux dispositions de l'article L. 442-6, I, 5 du code de commerce.

Il convient aussi d'effectuer d'autres renvois. En effet, en l'espèce la nullité est prononcée indistinctement sur le fondement de la « *législation relative à la coopération commerciale* ».

Par cette appellation la cour d'appel de Paris vise :

- l'exigence des mentions obligatoires devant être portées sur les factures (mentions sur la facture de la dénomination exacte, du prix unitaire et de la date des services de coopération commerciale, art. L 441-3 c. com.) ;
- l'exigence d'un écrit pour tout accord de coopération commerciale (art. L. 441-6 ancien c. com.) ;
- et la prohibition des pratiques discriminatoires ainsi que des pratiques visant à obtenir ou tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu (la rémunération exigée en contrepartie des accords de coopération commerciale doit être justifiée par la réalité et la nature de prétendus services, la preuve en étant rapportée et le contrôle en étant assuré au moyen du contrat écrit et des factures correspondantes, art L. 442-6 c. com.)

En l'espèce, la cour d'appel constate que les articles L 441-3, L 441-6 et L 442-6 du code de commerce ont été violés et que les accords de coopération commerciale sont nuls sur le fondement de l'article 1131 c. civ. Nos développements porteront dans un premier temps, exclusivement sur la déclaration de la violation de l'article L. 441-6 ancien c. com. (**A**). Nous renvoyons au passage de ce rapport relatif à la facture et à l'article L. 442-6, I, 1^{er} c.com. pour le constat des autres infractions. Dans un second temps nos développements porteront sur le prononcé de la nullité (**B**).

A. Pour déclarer que le distributeur avait violé les dispositions relatives à l'obligation de rédiger les accords commerciaux, la cour d'appel adopte un raisonnement syllogistique classique.

En premier lieu, la cour d'appel relève que les textes successifs applicables à cette période (art. 33 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et art. L 441-6 c. com. depuis le 18 septembre 2000) ont toujours prescrit que les accords de coopération commerciale devaient faire l'objet d'un écrit.

En deuxième lieu, la cour d'appel constate :

- que pour la période s'écoulant entre le 1^{er} janvier 1992 et le 31 décembre 1999, le distributeur, en violation totale des dispositions textuelles applicables, ne produit aucun écrit alors que dans le même temps il a perçu « *des sommes très importantes* » au titre d'opérations de coopération commerciale ;
- que « *pour les années 2000 à 2004, les contrats produits ne sont pas conformes aux dispositions de l'article L 441-6 du code commerce* ».

Ce dernier constat est fondé sur les considérations suivantes :

- un service de « *gestion centralisé des ristournes* » ne correspond pas à la définition d'un service de coopération commerciale ;
- le distributeur doit produire non seulement un avenant contenant les modalités d'exécution (« *sélection et classification des produits* ») d'une prestation de services

dont le principe est arrêté dans un autre document (« Contrat de prestation de services »), mais aussi cet autre document ;

- les prestations de services fournies par le distributeur doivent être définies avec précision ;
- les accords type et leurs annexes doivent être datés correctement, signés, remplis intégralement, comporter des indications relatives aux prestations fournies (ne pas être vierges) et ne pas se contenter de fixer la rémunération due par le distributeur au fournisseur.

La cour d'appel conclut : « *L'absence d'identification des services rémunérés et le caractère totalement disproportionné de ces rémunérations par rapport aux quelques documents produits par les sociétés (X...) pour justifier de la réalité des prestations fournies (catalogues -publicités) démontrent le caractère quasi-inexistant de ces services et la mise en œuvre de ce qu'on appelle les 'marges arrières' imposées par la grande distribution à ses fournisseurs* ».

B. Bien que les textes composant « la législation relative à la coopération commerciale » sont en principe sanctionnés par la responsabilité pénale (pour le défaut de mention sur la facture voir art. L. 441-4 et L. 441-5 c. com. ; pour le défaut d'accord annuel ou pour les accords annuels imprécis, voir art. 33 ord. 1^{er} déc. 1986, l'art L 441-6 ancien c. com. et l'art. L. 441-7 c. com.) ou par la responsabilité civile délictuelle (art. L. 442-6 c. com.), la cour d'appel de Paris prononce la nullité des contrats de coopération commerciale conclus entre 1995 et 2004 « sur le fondement de l'article 1131 du code civil ».

Pour la cour d'appel, ces accords de coopération commerciale non seulement sont dépourvus de cause (les rémunérations du distributeur n'ont aucune contrepartie réelle) mais aussi possèdent une cause illicite « puisqu'ils violent les dispositions impératives de l'ordre public économique tel qu'il résulte des articles susvisés du code de commerce » (c'est-à-dire les articles L 441-3, L 441-6 et L 442-6 du code de commerce).

Elle ajoute : « La nullité est encourue dès lors qu'elle est invoquée par celui dont la loi qui a été méconnue tendait à assurer la protection, en l'espèce le fournisseur protégé par la législation d'ordre public relative à la coopération commerciale ».

En conséquence, elle condamne le distributeur à rembourser aux fabricants les sommes versées au titre de la coopération commerciale avec les intérêts au taux légal à compter de l'assignation (c'est à dire la somme totale de 1.418.387,30 euros dont sont déduites les années prescrites -1992, 1993 et 1994- soit un solde de 1.293.146,43 euros avec les intérêts au taux légal à compter du 8 avril 2005).

II. CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 26 octobre 2011, n° 09/06713

La cour d'appel de Paris infirme une décision du tribunal de commerce de Paris (27 janvier 2009) ayant prononcé la nullité d'un accord de coopération commerciale conclu le 24 décembre 2004 entre un grossiste et un franchiseur.

La cour d'appel se fonde notamment sur la circonstance qu'en l'espèce il n'est pas rapporté la preuve que les exigences de forme de l'article l. 441-6 ancien du code de commerce ont été violées.