

**Université Montpellier I**  
**Faculté de Droit et de Science politique**

*Année 2020-2021 – 1<sup>er</sup> semestre*

**DROIT DE LA DISTRIBUTION**

*Plaquette de travaux dirigés*

**Master I – Droit de l'entreprise et des affaires**

**Master I – Droit de l'économie**

**Équipe pédagogique (S7) :**

**Pr. Daniel MAINGUY,**

**Sacha BRUNNER**

**LYES MESSAOUD-NACER**

**Séance 1 :** Naissance et formalisation de la relation commerciale

**Séance 2 :** Le déséquilibre significatif

**Séance 3 :** Le prix

**Séance 4 :** La rupture brutale des relations commerciales établies (I)

**Séance 5 :** La rupture brutale des relations commerciales établies (II) –  
contexte international et processuel

**Séance 6 :** Pratiques commerciales déloyales

**Séance 7 :** Contrat de VRP

**Séance 8 :** Agence commerciale et mandat d'intérêt commun

**Séance 9 :** Le gérant de succursale

**Séance 10 :** Révisions (Cas pratique de synthèse)

## Bibliographie indicative

### *Ouvrages généraux*

- J. AZÉMA, Le droit français de la concurrence, 2<sup>e</sup> éd., 1989, Thémis, PUF
- J. BEAUCHARD, Droit de la distribution et de la consommation, 1996, Thémis droit privé, PUF
- M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, Les contrats de distribution, in J. GHESTIN (dir.), Traité des contrats, 1999, LGDJ
- A. BÉNABENT, Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 12<sup>e</sup> éd., 2017, LGDJ
- J.-B. BLAISE et R. DESGORCES, Droit des affaires. Commerçants, Concurrence, Distribution, 8<sup>e</sup> éd., 2015, LGDJ
- R. BOUT [dir.], avec la collab. de M. BRUSCHI, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO, Lamy Droit économique, 2016, Lamy
- M. CHAGNY (dir.), Lamy droit économique, Lamy, 2017.
- J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, Droit de la consommation, 9<sup>e</sup> éd., 2015, Dalloz
- F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, 10<sup>e</sup> éd., 2015, Dalloz
- P. COUSI et G. MARION, Les intermédiaires du commerce, 1963, LGDJ
- D. FERRIER et N. FERRIER, Droit de la distribution, 8<sup>e</sup> éd., 2017, LexisNexis
- D. LEGEAIS, Droit commercial et des affaires, 22<sup>e</sup> éd., 2015, Sirey
- N. DISSAUX et R. LOIR, Droit de la distribution, Montchrestien, 2017.
- J.-M. LELOUP, La franchise. Droit et pratique, 4<sup>e</sup> éd., 2004, Delmas
- Ph. le TOURNEAU, Les contrats de concession, 2<sup>e</sup> éd., 2010, Droit et Professionnels, Litec ; Les contrats de franchisage, 2<sup>e</sup> éd., 2007, Droit et Professionnels, Litec
- D. MAINGUY, Les contrats spéciaux, 11<sup>e</sup> éd., 2018, Dalloz
- M. MALAURIE-VIGNAL, Droit de la distribution, 3<sup>e</sup> éd., 2015, LMD, Sirey
- A. MENDOZA-CAMINADE, Droit de la distribution, 2011, Cours, Montchrestien
- J. MESTRE, M.-E. PANCRAZI, I. ARNAUD-GROSSI, L. MERLAND et N. TAGLIARINO-VIGNAL, Manuel de droit commercial, 29<sup>e</sup> éd., 2012, LGDJ
- J. M. MOUSSERON [dir.], avec la collab. de J.-J. BURST, N. CHOLLET, Ch. LAVABRE, J.-M. LELOUP et A. SEUBE, Droit de la distribution, 1975, Litec ; Technique contractuelle, 2<sup>e</sup> éd., 1999, Francis Lefebvre
- M. PÉDAMON et H. KENFACK, Droit commercial. Commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contrats du commerce, 4<sup>e</sup> éd., 2015, Dalloz
- Y. PICOD, Droit de la consommation, 4<sup>e</sup> éd., 2018, Sirey
- G. RAYMOND, Droit de la consommation, 3<sup>e</sup> éd., 2015, Litec
- J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, Droit civil. Contrats spéciaux, 9<sup>e</sup> éd., 2017, Litec
- J.-Ch. RODA, M. LAMOUREUX et F. Buy, Droit de la distribution, LGDJ, 2017.
- Y. SERRA, La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile, 1991, Dalloz
- F.-L. SIMON, Théorie et pratique du droit de la franchise, 2009, Joly.

### *Articles*

- L. AMIEL-COSME, La théorie institutionnelle du réseau, *in* Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges Y. Guyon, 2003, Dalloz, p. 1 s.
- G. AUJENDRE, Les réseaux de distribution, RJ com. 1997. 136
- F. AUQUE, La commission-affiliation, AJDI 2001. 1059
- P. BECQUE, L'intérêt commun et la fin des contrats de distribution exclusive, Cah. dr. entr. 1985/6, p. 24 s
- M. BEHAR-TOUCHAIS et D. FERRIER, Les pratiques restrictives de concurrence, Cah. dr. entr. 2001/4, p. 18 s
- A. BÉNABENT, Le contrat d'intérêt commun en droit positif et en droit communautaire, LPA 7 déc. 1990, n° 147, p. 22 s
- A. BÉNABENT et L. AYNÈS, Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général, D. 2016. 434

L. BERNARDEAU, Le droit de rétractation du consommateur, JCP 2000. I. 218

M. BOURDEAU, La clause de non-concurrence dans le contrat d'agence commerciale, Journ. sociétés, 2015, n° 12, p. 28 s.

Ph. BRIAND, Le mandat en droit de la distribution, *in* N. DISSAUX [dir.], Le mandat : un contrat en crise ?, 2011, Economica, p. 135 s.

Ph. BRUN, Le droit de revenir sur son engagement, Dr. et patr. mai 1998, p. 78 s.

F. BUY, Loi « Macron » : focus sur les clauses restrictives d'après-contrat, D. 2015. 1902

M. CABRILLAC, Le sort des stocks détenus par le revendeur lors de l'expiration de la concession de vente, D. 1964. Chron. 181.

J. CALAIS-AULOY, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTD civ. 1994. 239

A. CATHELIN, La notion de consommateur en droit interne. À propos d'une dérive, CCC 1999. 13 s.

J.-P. CHAZAL, Le consommateur existe-t-il ?, D. 1997. Chron. 260

C. CUTAJAR, La franchise hôtelière à l'épreuve de la fictivité, RJDA 2002. 3 s

M. DEPINCÉ, Les clauses de non-réaffiliation, Dr. et patr. 2007, n° 155, p. 26 s

J. DERRUPPÉ, Le franchisé a-t-il encore une clientèle et un fonds de commerce ?, AJPI 1997. 1002.

N. DISSAUX, La commission-affiliation : un monstre juridique ?, RTD com. 2011. 33 ; L'obligation d'information mise à la charge du franchiseur, RDC 2012. 1072

M. FABRE-MAGNAN, L'obligation de motivation en droit des contrats, *in* Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Mélanges Ghestin, 2001, LGDJ, p. 301 s

B. FAGES, L'abus de droit dans les contrats de distribution, *in* L'abus de droit dans les contrats, Cah. dr. entr. 1998/6, p. 11 s.

D. FERRIER, L'intérêt commun dans le contrat de concession, Cah. dr. entr. 1979/6, p. 12 s. ; Les gérants de succursales, *in* La force de vente de l'entreprise et le droit du travail, t. 1, 1992, Droit, Litec, p. 47 s. ; La considération juridique du réseau, *in* Mélanges Ch. Mouly, t. 2, 1998, Litec, p. 95 s. ; La liberté du commerce et de l'industrie, *in* R. CABRILLAC [dir.], Libertés et droits fondamentaux, 21<sup>e</sup> éd., 2015, Dalloz, p. 859 s ; D. Ferrier, Pour une juste application du droit social aux distributeurs, D. 2017. Chron. 2495.

N. FERRIER, Le statut du gérant-mandataire issu de la loi du 2 août 2005, LPA 26 mai 2006, p. 4.

N. Ferrier (dir.), Bilan des décisions judiciaires 2015 de la DGCCRF et Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales 2015 réalisé par la faculté de droit de Montpellier (sur le site de la CEPC)

N. FERRIER et L. SAUTONIE-LAGUINIE, La distribution parallèle à l'épreuve de l'opposabilité du réseau, RTD civ. 2011. 225

J. GHESTIN, Le mandat d'intérêt commun, *in* Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges J. Derruppé, 1991, GLN Joly et Litec, p. 105 s

S. GRANDVUILLEMIN, La loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire et le droit coopératif, JCP E 2014. 1478.

**Ph. GRIGNON, V° Distribution, Rep. Com. Dalloz**, Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution, Mélanges M. Cabrillac, 2000, Dalloz-Litec, p. 127 s. ; De la qualification du contrat de dépositaire de presse, RLDA 2007/18, n° 1102

P. Le FLOCH, Propriété commerciale et distribution intégrée, *in* Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Mélanges C. Champaud, 1997, Dalloz, p. 405 s

R. LOIR, Les prévisionnels : le point de vue du juriste, *in* N. DISSAUX et R. LOIR [dir.], La protection du franchisé au début du XXI<sup>e</sup> siècle. Entre réalité et illusions, 2009, l'Harmattan, p. 97 s

M. LUBY, La notion de consommateur en droit communautaire : une commode inconstance, CCC 2000. 1 s. ; Notion de consommateur : ne vous arrêtez pas à l'apparence, CCC 2002. 14 s

D. MAINGUY, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JCP E 2016. Actu. 151

D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, Comment renforcer l'efficacité de la « Loi Doubin » (C. com., art. L. 330-3) ?, CCC 2003. 4 s. ; À propos du contrat de « commission-affiliation », *in* Mélanges offerts à Ph. Le TOURNEAU, 2008, Dalloz, 705 s ; Faut-il brûler le droit de la distribution ?, D. 2013, chron. 1222, D. Mainguy (dir.) ; Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 2016 *in* www.daniel-mainguy.fr, D. Mainguy, Contenu du contrat de

distribution et pouvoirs du juge, in G. Chantepie et N. Dissaux (dir.) Réforme du droit des contrats et contrats de distribution, RLDA, 2016, n°117.

C. MASQUEFA, Fidélité et groupements de la grande distribution. Bref éclairage, Cah. dr. entr. 2000/5, p. 16 s. – N. MATHEY, L'ambiguïté de la commission affiliation, CCC 2008. Comm. 95. – F. MAUME, L'avenir de la notion de non-professionnel en droit de la consommation, CCC 2016, comm. 5

D. MAZEAUD, L'attraction du droit de la consommation, RTD com. 1998. 95

J. MESTRE, Résiliation unilatérale et non-renouvellement dans les contrats de distribution, in La cessation des relations contractuelles d'affaires, 1997, PUAM, p. 15 s

J. MESTRE et B. GARRIGUES, À propos des animateurs, démonstrateurs, démarcheurs, indicateurs, prospecteurs, visiteurs, in La force de vente de l'entreprise et le droit du travail, 1992, Litec, p. 93 s

J. M. MOUSSERON, Et si les apports essentiels de 1996 n'étaient pas ceux que l'on croyait ?, Lettre distrib. juill.-août 1996, p. 1 s

J. M. MOUSSERON et R. FABRE, La loi du 21 mars 1941 : une loi en expansion ?, Cah. dr. entr. 1978/2, p. 4 s

J. M. MOUSSERON et M. MOUSSERON, Le bonheur retrouvé de la distribution sélective, RJDA 1/1993, p. 7 s

Ph. NEAU-LEDUC, La théorie générale des obligations à l'épreuve de la loi Doubin, Cah. dr. entr. 1998/2, p. 27

M. OUDIN, La transmission des contrats de distribution, RTD com. 2011. 447

G. PAISANT, Essai sur la notion de consommateur en droit positif, JCP 1993. I. 3655

J.-P. PIZZIO, L'introduction de la notion de consommateur en droit français, D. 1982. Chron. 91

G. RAYMOND, Définition légale du consommateur, CCC 2014, Dossier 3

J. RAYNARD, Les restitutions dans les contrats de distribution, in La cessation des relations contractuelles d'affaires, 1997, PUAM, p. 179 s

V. RENAUX-PERSONIC, De la contractualisation obligatoire à la décontractualisation possible des objectifs, RJS 2/2001, n° 99

J.-L. RESPAUD, Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé, Cah. dr. entr. 2002/5, p. 19 s

A. RONZANO, Clauses de rendement et contrats-cadres de distribution, JCP E 1996. I. 535

B. SAINTOURENS, Le nouveau statut du gérant-mandataire d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal, RTD com. 2005. 704

N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et H. AUBRY, A propos de l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016, JCP E 2016, Act. 319

A. SEUTET, Les clauses post-contractuelles de non-concurrence et de non-affiliation, D. Affaires 1999. 1157. – D. TALLON, Le surprenant réveil de l'obligation de donner, D. 1992. Chron. 67

O. TIQUANT, Rétablir l'autorité de la loi Doubin, D. 2002. 2597

V. SÉLINSKY, Les pratiques anticoncurrentielles dans la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, Cah. dr. entr. 2001/4, p. 11 s

F. SERGENT, L'obligation d'assistance du franchiseur, LPA 2 nov. 2009, p. 5 s

F.-L. SIMON, Contrats de franchise et variété des clauses de résiliation, LPA 16 avr. 2009, p. 6 s

B. VALEYRE, La structure juridique du centre commercial, RDI 1994. 577

R. VERNIAU, Les sanctions de l'atteinte à l'image par un distributeur agréé, Cah. dr. entr. 1991/1, p. 26 s

G. VIRASSAMY, La moralisation des contrats de distribution par la loi du 31 décembre 1989, JCP E 1990. II. 15809

L. et J. VOGEL, Vers un retour des contrats perpétuels ?, CCC 1991. 1 s. ; Loi Doubin : des certitudes et des doutes, Dalloz Affaires 1995. 6.

# Séance 1 : Naissance et formalisation de la relation commerciale

## I) Exercice à réaliser : Cas pratique

À l'automne 2014, un fournisseur et un grand distributeur sont en négociation pour l'achat et la distribution de produits de téléphonie.

Le grand distributeur souhaite imposer ses CGA, à l'inverse du fournisseur qui souhaite voir appliquées ses CGV catégorielles.

En outre, le fournisseur se demande si la clause pénale prévue dans ses CGV trouvera à s'appliquer, étant donné que les CGA du distributeur écartent explicitement une telle clause.

Faute d'accord, le grand distributeur exige que lui soient communiquées des CPV conclues entre le fournisseur et un de ses concurrents, pour constituer le socle de leurs négociations.

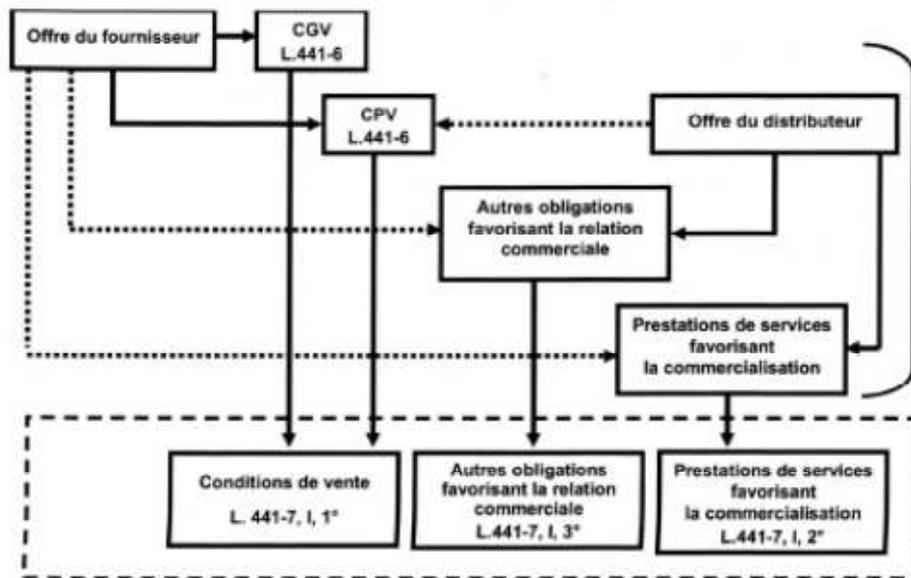
Au cours des négociations, le grand distributeur propose de réaliser différentes prestations de services au bénéfice du fournisseur qui les accepte :

- Les marchandises ne seront pas livrées par le fournisseur mais retirées par le grand distributeur.
- Les produits bénéficieront d'offres promotionnelles mensuelles.
- Le grand distributeur communiquera au fournisseur, semestriellement, le nombre de produits vendus et sa part de marché.
- Remontée des réclamations faites par les consommateurs.

Les négociations aboutissent et les parties entrent en relation commerciale le 1er mars 2015. Le 4 juin 2015, des agents de la DGCCRF demandent la communication de la convention « unique ».

Fin 2015, le fournisseur et le grand distributeur décident de poursuivre leur collaboration. Aux termes de pourparlers toujours aussi difficiles, les parties se mettent d'accord sur le principe d'un nouveau contrat le 1<sup>er</sup> février 2016 et signent, le 1<sup>er</sup> mars, la convention unique récapitulant les obligations auxquelles elles s'engagent. Cette convention prévoit une application de ces obligations au 1<sup>er</sup> février, et notamment les nouveaux prix convenus.

## II) À consulter :



### Convention récapitulative

#### A) Articles de doctrine

- D. Voinot, *Les négociations des contrats de la grande distribution*, AJCA, 2016, p. 316
- F. Leclerc *Les enjeux de la confrontation des contrats de distribution à la réforme du droit des contrats*, AJ contrat 2017, p.152

#### B) Jurisprudence :

- Com. 18 févr. 1992, n° 87-12.844
- CA Angers 23 novembre 2010, RG n° 10/00118
- CA Paris 24 mars 2011, RG n° 10/02616
- CA Paris 26 octobre 2011, RG n° 09/06713
- CA Paris 2 février 2012, RG n° 09/22350
- CA Paris, 15 janvier 2015, RG n° 13/03832
- Cass. com. 27 mai 2015, pourvoi n° 14-11387
- CA Paris, 29 juin 2016 (2 esp.), RG n°s 14/09786 et 14/02306

#### C) Avis CEPC

- Avis n° 11-03 sur un projet d'accord commercial entre un laboratoire pharmaceutique et un grossiste répartiteur
- Avis n° 12-05 sur l'établissement d'une convention écrite lors de l'intervention d'un commissionnaire à l'achat
- Avis n°15-24 relatif à une demande d'avis d'une société d'ingénierie industrielle sur une pratique contractuelle au regard de l'article L442-6-I, 1° du code de commerce

Avis n° 16-11 relatif à une demande d'avis d'une société sur l'ordre de prévalence des documents contractuels applicables dans le cadre d'une vente

Avis n° 18-10 relatif à une demande d'avis d'un professionnel portant sur l'obligation de conclure un contrat écrit entre un grossiste en produits de la pêche et un client restaurateur

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

## Séance 2 : Le déséquilibre significatif

### I) Exercice à réaliser :

**Commentaire groupé de trois articles :** L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, L. 212-1 du Code de la consommation et 1171 du Code civil.

(NB : N'oubliez pas de consulter les articles L. 212-2, R. 212-1 et R. 212-2, L. 241-1 et L. 241-2 C. conso.)

### II) A consulter :

#### A) Articles de doctrine :

- X. Lagarde, *Qu'est-ce qu'une clause abusive ?*, JCP éd. G 2006, I, 110
- N. Sauphanor-Brouillaud, *Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus*, CCC, n° 6, juin 2008, étude 7.
- R. Saint-Esteben, *L'introduction par la LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation*, RDC 2009, p. 1275.
- M. Chagny, *L'article L. 442-6-I-2° C. com. entre droit du marché et droit commun des obligations*, D. 2011, p. 392.
- N. Mathey, *Le déséquilibre significatif : approche civiliste et consumériste*, CCC 2013, n° 5, dossier n° 3
- J.-L. Fourgoux et L. Djavadi, *Les clauses contractuelles à l'épreuve du « déséquilibre significatif » : état de la jurisprudence*, CCC, n° 11, novembre 2013, étude 14.
- R. Amaro, *Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation*, CCC 2014, n° 8-9, étude 8.
- E. Gicquiaud, *Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif*, RTD Com., 2014, p. 267.
- E. Dieny, *Déséquilibre significatif : sept ans après, a-t-on atteint l'âge de raison ?*, JCP E, 2015, n° 51-52, 1626.
- L. Gratton, *Les clauses abusives en droit commun des contrats*, D. 2016, p. 22.
- G. Chantepie *Le déséquilibre significatif au miroir de la Cour de cassation*, AJ Contrats d'affaires, 2015, p. 218

#### B) Jurisprudence :

Conseil Constitutionnel Décision n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018 relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce.

CJUE (1ère chbre) 16 janvier 2014, aff. C-226/12, Constructora Principado SA c/ José Ignacio Menéndez Álvarez.

Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, D. 2011. 415

Cass. com. 8 juill. 2020, *Expedia*, n°17-31536  
Cass. com. 15 janvier 2020, pourvoi n° 18-10.512  
Cass. 1re civ., 10 oct. 2018, n° 17-20.441, F-P+B :  
Cass. com. 20 novembre 2019 pourvoi n° 18-12.823  
Cons. const. 31 janvier 2011, DC n° 2010-85 QPC  
CA Paris, 1<sup>er</sup> octobre 2014, RG n° 13/16336  
Cass. com. 3 mars 2015, pourvoi n° 14-10907  
Cass. com. 3 mars 2015, pourvoi n° 13-27525  
T. com. Paris, 7 mai 2015, RG n° j201500040  
Cass. com. 27 mai 2015, pourvoi n° 14-11387  
CA Paris, 1<sup>er</sup> juillet 2015, n° RG 13/19251  
Cass. com. 29 septembre 2015, pourvoi n° 13-25043

### C) Avis CEPC

Avis n° 11-06 relatif à deux questions posées par une fédération professionnelle industrielle

Avis n° 09-12 venant compléter le dispositif de questions-réponses relatif à la mise en œuvre de la LME

Avis n° 14-02 relatif à une demande d'avis d'une entreprise sur la possibilité pour le partenaire commercial lésé de cumuler une action en responsabilité contre le partenaire commercial et une action en nullité de la clause abusive

Avis n° 15-01 relatif à une demande d'avis sur un contrat portant sur la création de site internet au regard de sa conformité à l'article L. 442-6-I, 1° et 2° du Code de commerce

Avis n°15-21 relatif à une demande d'avis d'un professionnel concernant l'application de l'article L442-6 du code de commerce au secteur d'activité du conseil aux entreprises

Avis n°15-22 relatif à une demande d'avis d'un professionnel sur la validité des conditions de révision du prix d'un abonnement

Avis n° 16-19 relatif à une demande d'avis d'un groupement d'intérêt public sur la validité d'une clause de non concurrence insérée dans des contrats entre une société et des hôteliers

### D) Site de la Commission des clauses abusives (recommandations, jurisprudence et avis) et jurisprudence citée dans le Code de la consommation

### E) Et aussi

**Cass. com. 25 janvier 2017, n°15-23547**, JCP, G, 2017, 255, note M. Béhar-Touchais, E. 2017, 1135, note S. Le Gac-Pech, 2018, E, 1131, obs. D. Mainguy, D. 2017, p. 481, note F. Buy. Adde M. Béhar-Touchais, *Première sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce va-t-il devenir « une machine à hacher le droit »* : RLC 2010, n° 23

LA COUR (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 1er juillet 2015), que le ministre chargé de l'économie, reprochant à la société Galec-groupement d'achats des centres Leclerc (le Galec) d'avoir soumis des fournisseurs à des obligations créant un déséquilibre significatif à raison de

certaines clauses du contrat-cadre ayant régi leurs relations en 2009 et 2010, relatives au versement d'une ristourne de fin d'année (la RFA) au bénéfice du distributeur, l'a assignée en annulation de ces clauses, répétition de l'indu et paiement d'une amende civile sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° et III du code de commerce ;

Sur le premier moyen :

Attendu que le Galec fait grief à l'arrêt de retenir un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, de prononcer l'annulation des clauses prévoyant ces obligations dans les accords GALEC conclus en 2009 et 2010 avec les quarante-six fournisseurs visés dans la liste jointe à l'arrêt, de le condamner à restituer les sommes perçues à ce titre et de prononcer à son encontre une amende civile alors, selon le moyen :

1°/ que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ne sanctionnent que le fait de soumettre un partenaire commercial à une « obligation » créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; que le simple fait d'obtenir une réduction de prix de la part de son cocontractant ne soumet ce dernier à aucune « obligation » au sens de ces dispositions ; qu'en considérant, pour condamner le Galec, que la RFA Galec, qui constitue une simple réduction du prix fournisseur, caractérisait une telle « obligation », la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

2°/ qu'il résulte de la décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 du Conseil constitutionnel que l'incrimination prévue à l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce n'est conforme au principe de légalité des délits et des peines que dans la mesure où la notion de « déséquilibre significatif » renvoie à la notion, suffisamment définie par la jurisprudence, qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation ; qu'en vertu de cet article, l'appréciation du « déséquilibre significatif » ne peut pas porter sur l'adéquation du prix au bien vendu ; qu'ainsi, le « déséquilibre significatif » au sens de l'article précité du code de commerce ne peut jamais résulter de l'inadéquation du prix au bien vendu ; qu'en jugeant pourtant que la loi avait entendu permettre un contrôle par l'administration du prix négocié par comparaison avec le tarif fournisseur, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

3°/ que, si l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce devait être interprété comme permettant de sanctionner le fait d'obtenir une simple réduction de prix, l'article L. 442-6, I, 4° du code de commerce, en ce qu'il sanctionne le fait d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, serait privé de tout effet utile ; qu'il en résulte nécessairement que le législateur n'a pas entendu permettre un contrôle par l'administration du prix négocié par comparaison avec le tarif fournisseur ; qu'en retenant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

**Mais attendu, en premier lieu, que, dans les rapports noués entre un fournisseur et un distributeur, le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties s'apprécie au regard de la convention écrite prévue par l'article L. 441-7 du code de commerce, laquelle précise les obligations auxquelles se sont engagées les parties et fixe, notamment, les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, comprenant les réductions de prix, telles qu'elles résultent de la négociation commerciale qui s'opère dans le respect de l'article L. 441-6 de ce code ; qu'ayant constaté que l'annexe 2 des contrats-cadres stipulait que la ristourne litigieuse était prévue au titre des conditions de l'opération de vente, la cour d'appel en a justement déduit que les clauses litigieuses relevaient de l'article L. 442-6, I, 2° du même code ;**

**Et attendu, en deuxième lieu, que la similitude des notions de déséquilibre significatif prévues aux articles L. 132-1, devenu L. 212-1, du code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du code de commerce, relevée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des**

**différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés ; qu'ainsi, l'article L. 442-6, I, 2° précité, qui figure dans le Livre quatrième du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et au Chapitre II du Titre IV, dédié aux pratiques restrictives de concurrence, n'exclut pas, contrairement à l'article L. 212-1 du code de la consommation, que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu ; qu'en outre, la cour d'appel a exactement retenu que la loi du 4 août 2008, en exigeant une convention écrite qui indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, a entendu permettre une comparaison entre le prix arrêté par les parties et le tarif initialement proposé par le fournisseur ; qu'il suit de là que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;**

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que le Galec fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que la loi LME du 4 août 2008 a instauré le principe de libre négociabilité des tarifs et supprimé l'obligation de justifier toute réduction du prix fournisseur par une contrepartie ; que si l'article L. 441-7 du code de commerce dispose que la convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale et qu'elle fixe, notamment, les conditions de l'opérations de vente, y compris les réductions de prix, il n'en résulte pas pour autant que toute réduction de prix ne puisse intervenir qu'en contrepartie d'une obligation consentie par l'acheteur ; qu'en relevant pourtant, pour juger que la RFA Galec créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties aux contrats-cadres, que la loi LME n'avait pas supprimé la nécessité de contrepartie, que la réduction du prix accordée par le fournisseur devait avoir pour cause l'obligation prise par le distributeur à l'égard du fournisseur et qu'en l'espèce, la RFA Galec n'était compensée par aucune obligation réelle, la cour d'appel a violé les articles L. 441-6, L. 441-7 et L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

2°/ qu'en tout état de cause, à supposer que les dispositions de l'article L. 441-7 du code de commerce impliquent l'exigence d'une contrepartie à toute réduction du prix « fournisseur », l'éventuelle méconnaissance de cette exigence ne conduit pas nécessairement à un « déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ; qu'en se bornant à relever, pour juger que la RFA Galec créait un tel déséquilibre, que cette remise était dépourvue de contrepartie réelle et méconnaissait donc les dispositions de l'article L. 441-7 du code de commerce, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 441-7 et L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

3°/ que la caractérisation de l'infraction prévue à l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce suppose, tout d'abord, que le juge ait mis en balance les droits et obligations des parties au contrat, en les appréciant de manière concrète, que l'obligation imposée au cocontractant ait créé un « déséquilibre » dans ces droits et obligations et, enfin, que ce déséquilibre soit « significatif » ; qu'à supposer que le juge puisse, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, contrôler l'adéquation du prix au produit vendu, il lui appartiendrait alors d'évaluer le juste prix du produit et de rechercher si le tarif obtenu à la suite de la réduction du prix s'écarte significativement de ce juste prix ; qu'en l'espèce, la cour d'appel n'a procédé à aucun examen, même sommaire, des produits en cause ou des différents taux de remises consentis ; qu'en se bornant à relever que la RFA Galec

créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, sans rechercher si les tarifs obtenus à la suite de la réduction du prix s'écartaient significativement du juste prix des produits, elle a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

**Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt rappelle que la loi du 4 août 2008, qui a posé le principe de la libre négociabilité des conditions de vente, et notamment des tarifs, a maintenu le principe selon lequel les conditions générales de vente constituent le socle de la négociation commerciale ; qu'il relève que la libre négociabilité tarifaire se traduit notamment, pour le fournisseur, par la possibilité, prévue à l'article L. 441-6 du code de commerce, de convenir avec le distributeur de conditions particulières de vente, mais que les obligations auxquelles les parties s'engagent en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale doivent néanmoins être formalisées dans une convention écrite ; qu'il en déduit que la formalisation des engagements des parties dans un document unique doit permettre à l'administration d'exercer un contrôle a posteriori sur la négociation commerciale et sur les engagements pris par les cocontractants ; que de ces énonciations et appréciations, la cour d'appel a déduit à bon droit que le principe de la libre négociabilité n'est pas sans limite et que l'absence de contrepartie ou de justification aux obligations prises par les cocontractants, même lorsque ces obligations n'entrent pas dans la catégorie des services de coopération commerciale, peut être sanctionnée au titre de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dès lors qu'elle procède d'une soumission ou tentative de soumission et conduit à un déséquilibre significatif ;**

**Attendu, en deuxième lieu, que l'arrêt relève que les clauses relatives à la RFA, insérées dans les cent dix-huit contrats-cadres examinés, prévoyaient le paiement de cette ristourne, soit en contrepartie de la constatation d'un chiffre d'affaires non chiffré ou d'un chiffre d'affaires inférieur de près de moitié à celui réalisé l'année précédente et l'année durant laquelle la RFA était due, soit sans aucune contrepartie et retient que les fournisseurs ont versé une RFA alors que le distributeur n'avait pris aucune obligation ou aucune réelle obligation à leur égard ; qu'il relève encore que les acomptes dus au titre de la RFA étaient calculés sur un chiffre d'affaires prévisionnel, proche de celui effectivement réalisé et très supérieur au montant du chiffre d'affaires sur lequel le Galec s'était engagé envers le fournisseur pour obtenir la réduction du prix et ajoute que l'article V du contrat-cadre permettait au distributeur d'obtenir le paiement des acomptes avant que le prix des marchandises ait été réglé et de bénéficier ainsi d'une avance de trésorerie aux frais du fournisseur ; qu'il relève enfin que le Galec n'allègue pas que d'autres stipulations contractuelles permettaient de rééquilibrer la convention ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu retenir que les clauses litigieuses créaient un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;**

**Et attendu, en dernier lieu, qu'ayant fait ressortir, par les motifs précités, que le déséquilibre significatif reproché au Galec ne résultait pas du niveau des prix consentis mais du mécanisme de mise en oeuvre d'une ristourne de fin d'année, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à la recherche invoquée par la troisième branche, que ses appréciations rendaient inopérante, a légalement justifié sa décision ;**

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que le Galec fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ qu'il appartient au ministre chargé de l'économie, agissant sur le fondement de l'article L. 442-6, III du code de commerce de prouver l'existence de la pratique restrictive de concurrence qu'il invoque ; que, pour établir l'existence d'une soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, la cour d'appel a relevé que la différence de taux de ristourne appliqué aux fournisseurs n'était pas la preuve d'une négociation et que le Galec n'offrait pas de démontrer l'existence de négociations ayant existé avec ses fournisseurs ; qu'en statuant ainsi, elle a inversé la charge de la preuve et violé l'article 1315 du code civil ;

2°/ que la preuve d'une soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ne peut résulter que d'éléments démontrant que le distributeur a exercé des pressions auxquelles les fournisseurs ne pouvaient résister ; qu'en se bornant à relever, pour considérer que l'existence d'une soumission était établie, que l'annexe 2 des contrats-cadres avait été pré-rédigée par le Galec puis signée par le fournisseurs sans modification, qu'il existait une contradiction entre cet annexe et l'article V des contrats-cadres quant au délai de paiement de la RFA et que le procès-verbal du 30 avril 2009 laissait penser que le Galec avait cherché à préserver ses marges malgré les nouvelles dispositions de la loi LME, la cour d'appel, qui a statué par des motifs inopérants, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ;

**Mais attendu qu'après avoir rappelé que la loi du 4 août 2008 a posé le principe de la libre négociabilité des conditions de vente, tout en maintenant le principe selon lequel les conditions générales de vente constituent le socle de la négociation commerciale, l'arrêt constate que la ristourne litigieuse ne figure pas dans les conditions générales de vente des fournisseurs et qu'elle est prévue dans l'annexe 2 des contrats-cadres pré-rédigés par le Galec, en 2009 et 2010 ; qu'il relève que les cent dix-huit contrats-cadres et leurs annexes ont été paraphés et signés par tous les fournisseurs, et ce, alors même qu'existait une contradiction entre l'article V des contrats-cadres et l'annexe 2, concernant les délais de paiement de cette ristourne ; qu'il retient que la différence de taux de ristourne entre fournisseurs n'est pas la preuve d'une négociation, dès lors que les différents taux figurent dans l'annexe 2 pré-rédigée par le Galec, lequel n'offre pas de démontrer que des négociations avec les fournisseurs auraient eu lieu sur ce point ; qu'il en déduit que la ristourne a été imposée aux fournisseurs concernés par ces cent dix-huit contrats, qui ont dû signer les contrats-cadres sans pouvoir les modifier ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, faisant ressortir que les clauses litigieuses pré-rédigées par le Galec constituaient une composante intangible de tous les contrats examinés et n'avaient pu faire l'objet d'aucune négociation effective, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a caractérisé la soumission requise par l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ; que le moyen n'est pas fondé ;**

Et sur le quatrième moyen :

Attendu que le Galec fait grief à l'arrêt de le condamner à verser au Trésor public la somme de 61 288 677,84 euros correspondant aux sommes ayant été perçues au titre de la RFA, à charge pour le Trésor public de les restituer aux fournisseurs visés dans la liste jointe à l'arrêt, alors, selon le moyen, que la partie qui a indûment perçu des sommes de son cocontractant ne peut être condamnée qu'à restituer ces sommes au cocontractant lui-même ; qu'aucune disposition législative ne permet au juge de condamner cette partie à verser au Trésor public des sommes indûment perçues, quand bien même ce dernier serait chargé de restituer les sommes au cocontractant ; qu'en condamnant le Galec à verser au Trésor public des sommes perçues au titre de la RFA Galec, à charge pour celui-ci de les restituer aux fournisseurs visés dans la liste jointe à l'arrêt, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6, III du code de commerce;

**Mais attendu que le ministre chargé de l'économie a été habilité par le législateur à demander à la juridiction saisie, sur le fondement de l'article L. 442-6, III du code de**

**commerce, la répétition de l'indu dans le cadre d'une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence, à charge pour lui d'informer les parties au contrat de l'introduction de son action ; qu'ayant constaté que le ministre avait procédé à cette information et que la restitution des sommes indûment perçues au titre de la RFA s'opérerait entre les mains du Trésor public à charge pour ce dernier de les restituer aux fournisseurs visés dans une liste annexée, la cour d'appel a fait l'exacte application de l'article L. 442-6, III du code de commerce ; que le moyen n'est pas fondé;**

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Galec-groupement d'achats des centres Leclerc aux dépens

**Cass. com. 8 juillet 2020, n°17-31.536**

LA COUR (...)

### **Faits et procédure**

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 21 juin 2017), la société Expedia Inc. et les sociétés Expedia France, Travelscape LLC, Vacationspot SL ainsi que Hotels.com LP (les sociétés du groupe Expedia) exploitent plusieurs agences de voyage en ligne qui proposent aux internautes de réserver, via leurs moteurs de recherche, des hébergements dans un grand nombre d'hôtels en France et à l'étranger.

2. Les relations commerciales entre les sociétés du groupe Expedia et les hôteliers pour les ventes de nuitées sont régies par des contrats organisant la mise en ligne de l'offre des hôteliers sur les canaux de réservation des sociétés du groupe Expedia.

3. En février 2011, dans le cadre d'une enquête diligentée par les services de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (la DGCCRF), cinquante-trois contrats conclus entre 2008 et 2011 par les sociétés Travelscape LLC, Hotels.com LP et Vacationspot SL avec des hôteliers ont été communiqués aux enquêteurs, à leur demande.

4. En 2013, le ministre chargé de l'économie a assigné les sociétés Expedia Inc., Travelscape LLC, Vacationspot SL, Expedia France et Hotels.com LP en annulation des clauses de parité tarifaires, non tarifaires et promotionnelles présentes dans quarante-sept des contrats précités sur le fondement de l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce et, subsidiairement, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2°, du même code, en annulation de la clause dite « de la dernière chambre disponible » présente dans quarante-sept de ces contrats sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce, et aux fins qu'il soit enjoint aux sociétés en cause de faire cesser les pratiques consistant à mentionner de telles clauses dans leurs contrats et qu'elles soient condamnées au paiement d'une amende civile de deux millions d'euros.

### **Examen des moyens**

Sur le troisième moyen, pris en ses deux premières branches, et le quatrième moyen, ci-après annexés

5. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le premier moyen

Énoncé du moyen

6. Les sociétés du groupe Expedia font grief à l'arrêt de confirmer le jugement en ce qu'il a rejeté leur demande tendant à voir écarter de la procédure les contrats retenus comme pièces à la procédure alors :

« 1°/ que le principe de loyauté impose à la DGCCRF d'indiquer précisément à la société visée par une enquête l'objet de celle-ci ; qu'il en résulte que des pièces recueillies à l'occasion

d'une enquête portant sur un contexte donné ne peuvent être utilisées dans un contexte différent ; qu'au cas présent, les contrats ont été recueillis par la DGCCRF dans le cadre d'une enquête portant sur de prétendues pratiques trompeuses à l'égard des consommateurs ; qu'elles ne pouvaient donc être utilisées dans le cadre de la présente procédure, qui portait exclusivement sur de prétendues pratiques restrictives de concurrence ; qu'en admettant la recevabilité des contrats, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble le principe de loyauté de la preuve ;

2°/ que le principe de loyauté impose à la DGCCRF d'indiquer précisément à la société visée par une enquête l'objet de celle-ci ; qu'au cas présent, la cour d'appel a observé que le procès-verbal de 2011 ne comportait pas la mention écrite littérale de l'objet de l'enquête, mais une mention pré-imprimée selon laquelle les enquêteurs ont justifié de leur qualité et indiqué l'objet de l'enquête ; que la cour d'appel a considéré que cette mention "faisait foi jusqu'à preuve contraire" ; qu'en statuant ainsi cependant que si une telle mention pouvait faire foi de l'existence d'une information donnée par les enquêteurs, elle ne fournissait aucun élément quant au contenu de ladite information, de laquelle dépendait la recevabilité des pièces recueillies par les enquêteurs de la DGCCRF ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble le principe de loyauté de la preuve ;

3°/ que le principe de loyauté impose à la DGCCRF d'indiquer précisément à la société visée par une enquête l'objet de celle-ci ; que la simple mention, dans le procès-verbal de la DGCCRF, de l'article L. 450-3 du code de commerce, qui concerne de manière absolument générale les pouvoirs d'enquête de la DGCCRF, n'était pas de nature à satisfaire cette obligation ; qu'en estimant que la mention de l'article L. 450-3 du code de commerce dans le procès-verbal aurait permis aux personnes destinataires de déterminer l'objet de l'enquête, la cour d'appel a méconnu l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble le principe de loyauté de la preuve ;

4°/ que le principe de loyauté impose à la DGCCRF d'indiquer précisément à la société visée par une enquête l'objet de celle-ci ; que ce principe exclut donc une enquête à objet indéterminé ; qu'au cas présent, en considérant par motifs éventuellement adoptés des premiers juges que l'objet de l'enquête diligentée par la DGCCRF en 2011 portait sur la conformité des contrats "à l'ensemble des textes en vigueur", la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, ensemble le principe de loyauté de la preuve. »

Réponse de la Cour

7. Après avoir rappelé que les enquêteurs de la DGCCRF mettent en oeuvre, pour la recherche des infractions et manquements au livre IV du code de commerce constitués par des pratiques anticoncurrentielles ou des pratiques restrictives de concurrence, les pouvoirs prévus à l'article L. 450-3 du même code et qu'ils disposent par ailleurs de pouvoirs d'enquête pour rechercher des infractions au code de la consommation sur le fondement des articles L. 215-1 et suivants du code de la consommation, la cour d'appel a constaté que c'est l'article L. 450-3 du code de commerce qui est mentionné sur le procès-verbal d'audition du 28 février 2011 de représentants de la société Expedia France et d'une société Expedia.com LTD. Le grief de la première branche, qui soutient que l'enquête portait sur des pratiques contraires au droit de la consommation, procède donc d'un postulat erroné.

8. L'arrêt relève également que, si le procès-verbal de déclaration du 28 février 2011 et de prise de copie de documents ne comporte pas la mention écrite littérale de l'objet de l'enquête, il indique, par une mention pré-imprimée, que les enquêteurs ont justifié de leur qualité et indiqué l'objet de l'enquête et en déduit que les deux personnes entendues étaient parfaitement informées qu'elles étaient interrogées sur le modèle marchand des plate-formes en ligne, concernant leurs relations tant avec les clients finals qu'avec les hôtels partenaires, ainsi que sur la répartition des diverses responsabilités au sein du groupe. De cette appréciation, faisant

ressortir que ces personnes connaissaient le contenu concret de l'objet de l'enquête, et abstraction faite des motifs surabondants critiqués par la quatrième branche, la cour d'appel a pu déduire que l'obtention, à la demande d'un des enquêteurs ayant procédé à l'audition et postérieurement à celle-ci, des conditions générales de la société Expedia adressées aux hôteliers ainsi que des contrats signés avec ces derniers, transmis par les personnes ainsi entendues, n'était pas déloyale.

9. Le moyen, pour partie inopérant, n'est donc pas fondé pour le surplus.

Sur le deuxième moyen

Enoncé du moyen

10. Les sociétés du groupe Expedia font grief à l'arrêt de dire que la loi française est applicable alors :

« 1°/ que si l'action du ministre, fondée sur de prétendues pratiques restrictives de concurrence, visant au retrait de clauses contractuelles et à la mise en jeu de la responsabilité d'un des contractants, relève d'une qualification délictuelle, l'appréciation des clauses contractuelles en cause relève d'une qualification contractuelle ; qu'au cas présent, en soumettant la question de la licéité des clauses contestées incluses dans les contrats litigieux à une qualification délictuelle et donc au règlement Rome II, cependant que cette question, tributaire d'une qualification contractuelle, relevait du règlement Rome I, la cour d'appel a méconnu l'article 1er du règlement CE n° 593/2008 dit Rome I ;

2°/ que subsidiairement, à supposer que la question aurait relevé d'une qualification délictuelle, la loi applicable à une obligation non contractuelle n'est la loi du lieu du dommage que si une autre loi n'entretient pas des liens manifestement supérieurs avec la situation ; que de tels liens peuvent se fonder, notamment, sur une relation contractuelle sous-jacente ; qu'au cas présent, les prétendus dommages résultaient de clauses insérées dans des contrats qui étaient tous soumis à la loi anglaise ; qu'à supposer que la question relevait d'une qualification non contractuelle, la loi anglaise, qui régissait les relations contractuelles sous-jacentes entretenait donc des liens manifestement plus étroits et devait donc être appliquée à la place de la loi du lieu du dommage ; qu'en appliquant la loi française en tant que loi du lieu du dommage, la cour d'appel a violé l'article 4 § 3 du règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 (dit Rome II) ;

3°/ qu'une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application ; que l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce n'a pas pour objet de défendre un intérêt public du pays, mais uniquement d'organiser des intérêts catégoriels, et que son application n'est pas cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, économique et sociale ; qu'il ne s'agit par conséquent pas d'une loi de police ; qu'au cas présent, pour dire l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce applicable, la cour d'appel l'a qualifié de loi de police ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil, ensemble l'article 9 § 1 du règlement Rome I ;

4°/ qu'une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application ; que l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce n'a pas pour objet de défendre un intérêt public du pays, mais uniquement d'organiser des intérêts catégoriels, et que son application n'est pas cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, économique et sociale ; qu'il ne s'agit par conséquent pas d'une loi de police ; qu'au cas présent, pour dire l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce applicable, la cour d'appel l'a qualifié de loi de police ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil, ensemble l'article 9 § 1 du règlement Rome I ;

5°/ que, en tout état de cause, les lois de police ne s'appliquent qu'aux situations entrant dans leur champ d'application, déterminé en considération de l'objectif qu'elles poursuivent ; qu'au cas présent, pour dire les articles L. 442-6, I, 2°, et L. 442-6, II, d) du code de commerce applicables, la cour d'appel s'est bornée à relever leur nature de lois de police ; qu'en statuant ainsi, sans caractériser l'existence d'un lien de rattachement de la situation avec la France au regard de l'objectif poursuivi par ces deux textes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 3 du code civil, ensemble l'article 9 § 1 du règlement Rome I. »

Réponse de la Cour

11. 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 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.

12. Ayant ensuite relevé que les hôtels signataires des contrats en cause et victimes des pratiques alléguées étaient situés sur le territoire français, la cour d'appel a caractérisé un lien de rattachement de l'action du ministre au regard de l'objectif de préservation de l'organisation économique poursuivi par les lois de police en cause.

13. Le moyen n'est donc pas fondé.

Sur le troisième moyen, pris en sa troisième branche

Énoncé du moyen

14. Les sociétés du groupe Expedia font grief à l'arrêt de dire que la clause de parité de tarifs et de conditions ainsi que la clause de disponibilité et de dernière chambre disponible sont contraires à l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce, mais seulement en tant qu'elles visent l'alignement sur les meilleures conditions consenties aux concurrents tiers et non pratiquées par l'hôtelier lui-même, de dire que la clause de parité et la clause de disponibilité des chambres, par leurs effets cumulés, constituent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, de dire que les sociétés Expedia France et Expedia Inc. sont également responsables de la violation de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce, de prononcer la nullité de ces clauses dans les quarante-sept contrats du dossier, d'enjoindre aux sociétés Expedia France, Expedia Inc., Hotels.com LP, Vacationspot SL et Travelscape LLC de cesser les pratiques consistant à mentionner les clauses précitées dans leurs contrats signés avec les hôteliers adhérents de leur plate-forme et de condamner les sociétés Expedia France, Expedia Inc., Hotels.com LP, Vacationspot SL et Travelscape LLC in solidum, au paiement d'une amende d'un million d'euros au ministre de l'économie alors « que les clauses de disponibilité de la dernière chambre insérées dans les quarante-sept contrats litigieux prévoient uniquement que l'hôtelier devra nécessairement proposer aux plates-formes cocontractantes (Hotels.com, Vacationspot SL et Travelscape) sa dernière chambre disponible, qu'il n'est en aucun cas prévu qu'il devra la lui réserver, que, pour retenir le caractère fautif de cette clause, la cour d'appel a jugé que "cette clause dite "de la dernière chambre disponible" prévoit que, quel que soit le nombre de chambres disponibles à la vente, l'hôtel doit réserver à Expedia la dernière chambre qui serait disponible sur son site", qu'en

statuant ainsi, la cour d'appel a méconnu la loi des parties, en violation de l'article 1134 du code civil dans sa version applicable en la cause. »

Réponse de la Cour

15. L'article L. 442-6, I, d) du code de commerce, dans sa version antérieure à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, dispose que sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant. La cour d'appel a prononcé l'annulation de la clause dite « de disponibilité de la dernière chambre » sur le fondement de ce texte, après avoir retenu qu'elle instituait une garantie d'alignement des conditions faites aux sociétés du groupe Expedia sur les meilleures conditions en terme d'accès à la dernière chambre disponible. Ainsi, il importe peu que la clause litigieuse ait pour objet de permettre la réservation de la dernière chambre disponible de l'hôtel partenaire par le biais des sociétés du groupe Expedia comme par d'autres canaux, mais aux meilleures conditions de ceux-ci, ou de contraindre les hôteliers partenaires à réserver à ces sociétés leur dernière chambre disponible, dès lors que, dans les deux cas, elle les fait bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes en matière de disponibilité des chambres, ce qui suffit à justifier son annulation en application du texte précité.

16. Le moyen est donc inopérant.

Mais sur le cinquième moyen, pris en sa première branche :

Enoncé du moyen

17. Les sociétés du groupe Expedia font le même grief à l'arrêt alors « que les clauses de disponibilité de la dernière chambre insérées dans les quarante-sept contrats litigieux prévoient uniquement que l'hôtelier devra nécessairement proposer aux plates-formes cocontractantes (Hotels.com, Vacationspot et Travelscape) sa dernière chambre disponible ; que ces clauses n'imposent aucunement aux hôteliers de la vendre par l'intermédiaire d'Expedia ; que, pour retenir l'existence d'un déséquilibre significatif, la cour d'appel a jugé que "la clause de la dernière chambre disponible impose aux hôteliers de la vendre par l'intermédiaire d'Expedia et donc de payer une commission sur elle ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a méconnu la loi des parties, en violation de l'article 1134 du code civil dans sa version applicable en la cause. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 :

18. Selon ce texte, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

19. Pour retenir que la clause dite « de la dernière chambre disponible », corrélée à la clause de parité tarifaire, non tarifaire et promotionnelle, entraîne un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, l'arrêt retient que cette clause oblige l'hôtelier qui dispose de chambres encore disponibles à les vendre par l'intermédiaire des sociétés du groupe Expedia.

20. En statuant ainsi, alors que les clauses relatives à la dernière chambre disponible imposaient seulement aux hôteliers de permettre la réservation de cette chambre par le canal des sociétés du groupe Expedia dans les conditions prévues pour d'autres canaux, la cour d'appel, qui a méconnu la volonté exprimée par les parties dans les clauses litigieuses, a violé le texte susvisé.

Portée de la cassation

21. Il résulte du rejet du troisième moyen que l'annulation de la clause de parité de tarifs et de conditions et de la clause dite « de la dernière chambre disponible » est justifiée sur le fondement des dispositions de l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce, avec les conséquences qui en résultent en termes d'injonction. La cassation encourue sur le cinquième

moyen ne porte donc que sur les chefs de dispositif de l'arrêt disant que ces clauses, par leurs effets cumulés, constituent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que les sociétés Expedia Inc. et Expedia France sont responsables de la violation de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce et les condamnant, in solidum, au paiement d'une amende d'un million d'euros au ministre de l'économie.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour : CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit que la clause de parité et la clause de disponibilité des chambres, par leurs effets cumulés, constituent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, dit que les sociétés Expedia France et Expedia Inc. sont également responsables de la violation de l'article L. 442-6, I, 2°, du code du commerce et les condamne, in solidum avec les sociétés Hotels.com LP, Vacationspot SL et Travelscape LLC, au paiement d'une amende d'un million d'euros au ministre de l'économie, l'arrêt rendu le 21 juin 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Remet, en conséquence, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Paris autrement composée ;

Condamne le ministre chargé de l'économie aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;  
Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du huit juillet deux mille vingt.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, avocat aux Conseils, pour les sociétés Expedia France, Expedia Inc., Travelscape LLC, Hôtels.com LP et Vacationspot SL

## Séance 3 : Le prix

### I) Exercice à réaliser : Cas pratique

Un fabricant de produits d'aide à la cuisine vend, d'après ses conditions générales de vente, un type de produits au prix de base de 105 l'unité.

Un distributeur propose :

- 1- que le prix de base soit égal à 95 pour tenir compte de la notoriété de son enseigne ;
- 2- que le prix de chaque produit soit réduit :
  - de 15 pour tenir compte de la mise du produit dans les linéaires,
  - de 20 pour tenir compte des promotions régulièrement faites dans le point de vente,
  - et encore de 10 pour tenir compte de la communication mensuelle d'une information sur la vente de ce produit par rapport aux produits de marques concurrentes,
- 3- de stocker une certaine quantité de marchandises dans un entrepôt appartenant au fournisseur, afin qu'il puisse à sa convenance venir s'approvisionner en fonction de ses besoins.

Le fournisseur vous demande :

- 1- quel prix doit être porté sur la facture correspondant à la vente ?
- 2- s'il peut refuser les mêmes conditions financières à d'autres distributeurs proposant les mêmes conditions d'achat et de service ?
- 3- quel sera le point de départ des délais de paiement, et s'il peut y avoir des conséquences ?

Le distributeur vous demande :

- 1- s'il peut subordonner la poursuite des relations à l'acceptation des conditions qu'il propose ?
- 2- à quel prix il peut revendre ce produit ?

## II) A consulter :

### A) Tableau récapitulatif du calcul du seuil de revente à perte

L. n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, Art. 47, Circulaire du 8 déc. 2005.		L. n° 2008-3 du 3 janv. 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, Art. 1.	
Jusqu'au 32 déc. 2005	Du 1 <sup>er</sup> janv. 2006 au 31 déc. 2006	A compter du 1 <sup>er</sup> janv. 2007	A compter du 4 janv. 2008
Prix d'achat effectif =  Prix unitaire net (P.U.N.) figurant sur la facture + TVA + Taxes spécifiques afférentes à cette revente + Prix du transport	Prix d'achat effectif =  Prix unitaire figurant sur la facture + TVA + Taxes spécifiques afférentes à cette revente + Prix du transport  - Le montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et excédant un seuil de <b>20%</b>  Le montant minorant le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat n'excède pas 40% du montant total de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur, exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit	Prix d'achat effectif =  Prix unitaire figurant sur la facture + TVA + Taxes spécifiques afférentes à cette revente + Prix du transport  - Le montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et excédant un seuil de <b>15%</b>	Prix d'achat effectif =  Prix unitaire figurant sur la facture + TVA + Taxes spécifiques afférentes à cette revente + Prix du transport  - Le montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit
Prix unitaire = 105 € H.T. - Remise : 5 €  Prix unitaire net = 100 € H.T. + TVA à 19,6% = 19,6 €  Prix T.T.C. = 119,6 €  Coopération commerciale exprimée en pourcentage du P.U.N. (45%) = 45 €	Prix unitaire = 105 € H.T. - Remise : 5 €  Prix unitaire net = 100 € H.T. + TVA à 19,6% = 19,6 €  Prix T.T.C. = 119,6 €  Coopération commerciale exprimée en pourcentage du P.U.N. (45%) = 45 €  Réduction au titre de la coopération commerciale : (45% - 20% = 25%) = 25 € plafonné à (40% X 45) = 18 €	Prix unitaire = 105 € H.T. - Remise : 5 €  Prix unitaire net = 100 € H.T. + TVA à 19,6% = 19,6 €  Prix T.T.C. = 119,6 €  Coopération commerciale exprimée en pourcentage du P.U.N. (45%) = 45 €  Réduction au titre de la coopération commerciale : (45% - 15% = 30%) = 35 €	Prix unitaire = 105 € H.T. - Remise : 5 €  Prix unitaire net = 100 € H.T.  Services favorisant la commercialisation des produits exprimés en pourcentage du P.U.N. (45%)  Prix H.T. = 55 €  + TVA à 20% = + 11 €
Seuil de revente à perte (S.R.P.) = 119,6 €	S.R.P: 119,6 - 18 = 101,6 €	S.R.P. : 119,6 - 30 = 89,6 €	S.R.P. : 66 €

## **B) Jurisprudence :**

CA Paris 26 juin 2007, RG n° 2006/07821

CA Paris 28 janvier 2009, RG n° 2008/00255

Pour approfondir la question :

### **CJUE 7 mars 2013, n° C-34312 :**

ORDONNANCE DE LA COUR (sixième chambre), 7 mars 2013

«Article 99 du règlement de procédure – Directive 2005/29/CE – Réglementation nationale qui interdit de manière générale d’offrir à la vente ou de vendre des biens à perte»

Dans l’affaire C-343/12, ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l’article 267 TFUE, introduite par le rechtbank van koophandel te Gent (Belgique), par décision du 27 juin 2012, parvenue à la Cour le 19 juillet 2012, dans la procédure

**Euronics Belgium CVBA contre Kamera Express BV, Kamera Express Belgium BVBA,**

LA COUR (sixième chambre), composée de M<sup>me</sup> M. Berger, président de chambre, MM. A. Borg Barthet et J.-J. Kassel (rapporteur), juges, avocat général: M. N. Wahl, greffier: M. A. Calot Escobar,

vu la décision prise, l’avocat général entendu, de statuer par voie d’ordonnance motivée, conformément à l’article 99 du règlement de procédure de la Cour, rend la présente **Ordonnance**

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l’interprétation de la 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») (JO L 149, p. 22).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d’un litige opposant Euronics Belgium CVBA (ci-après «Euronics») à Kamera Express BV (ci-après «KE») et Kamera Express Belgium BVBA (ci-après «KEB»), au sujet du prix de vente de différents appareils photographiques.

#### **Le cadre juridique**

##### *Le droit de l’Union*

3 Les considérants 6, 8 et 17 de la directive sur les pratiques commerciales déloyales énoncent ce qui suit:

«(6) La présente directive a [...] pour objet de rapprocher les législations des États membres relatives aux pratiques commerciales déloyales, y compris la publicité déloyale, portant atteinte directement aux intérêts économiques des consommateurs et, par conséquent, indirectement aux intérêts économiques des concurrents légitimes. [...] Elle ne couvre ni n’affecte les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte uniquement aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels; pour tenir pleinement compte du principe de subsidiarité, les États membres conserveront, s’ils le souhaitent, la faculté de réglementer les pratiques visées, conformément à la législation communautaire. [...]

(8) La présente directive protège expressément les intérêts économiques des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales des entreprises à leur égard. [...]

(17) Afin d’apporter une plus grande sécurité juridique, il est souhaitable d’identifier les pratiques commerciales qui sont, en toutes circonstances, déloyales. L’annexe I contient donc la liste complète de toutes ces pratiques. Il s’agit des seules pratiques commerciales qui peuvent être considérées comme déloyales sans une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9. Cette liste ne peut être modifiée que par une révision de la directive.»

4 L’article 1<sup>er</sup> de cette directive dispose:

«L’objectif de la présente directive est de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et d’assurer un niveau élevé de protection des consommateurs en rapprochant les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte aux intérêts économiques des consommateurs.»

5 L’article 2 de ladite directive prévoit:

«Aux fins de la présente directive, on entend par: [...]

d) pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs’ (ci-après également dénommées ‘pratiques commerciales’): toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d’un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d’un produit aux consommateurs; [...]

6 L’article 3, paragraphe 1, de la même directive est libellé en ces termes:

«La présente directive s’applique aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, telles que définies à l’article 5, avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit.»

7 Aux termes de l’article 4 de la directive sur les pratiques commerciales déloyales:

«Les États membres ne restreignent ni la libre prestation de services, ni la libre circulation des marchandises pour des raisons relevant du domaine dans lequel la présente directive vise au rapprochement des dispositions en vigueur.»

8 L’article 5 de cette directive, intitulé «Interdiction des pratiques commerciales déloyales», est ainsi rédigé:

«1. Les pratiques commerciales déloyales sont interdites.

2. Une pratique commerciale est déloyale si:

a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle,  
et

b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs. [...]

4. En particulier, sont déloyales les pratiques commerciales qui sont :

a) trompeuses au sens des articles 6 et 7, ou

b) agressives au sens des articles 8 et 9.

5. L'annexe I contient la liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. Cette liste unique s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée qu'au travers d'une révision de la présente directive.»

#### *Le droit belge*

9 Conformément à l'article 101, paragraphe 1, premier alinéa, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (*Belgisch Staatsblad*, 12 avril 2010, p. 20803, ci-après la «LPPC»), entrée en vigueur le 12 mai 2010, il «est interdit à toute entreprise d'offrir en vente ou de vendre des biens à perte».

10 Aux termes du second alinéa de cette même disposition, «est considérée comme une vente à perte, toute vente à un prix qui n'est pas au moins égal au prix auquel l'entreprise a acheté le bien ou que l'entreprise devrait payer lors du réapprovisionnement, après déduction des éventuelles réductions accordées et définitivement acquises. Pour déterminer l'existence d'une vente à perte, il n'est pas tenu compte des réductions accordées, exclusivement ou non, en échange d'engagements de l'entreprise autres que l'achat de biens».

#### **Le litige au principal et la question préjudicielle**

11 Ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, KE et KEB ont proposé à la vente un appareil photographique Panasonic Lumix DMC-TZ20 pour un prix de 229 euros, auquel était associée une garantie de cinq ans, ainsi qu'un appareil photographique Canon EOS5D Mark II Body pour un prix de 1 695 euros, auquel était également associée une garantie de cinq ans.

12 Euronics a considéré que KE et KEB vendaient ces appareils photographiques à perte, puisque le prix d'achat officiel hors taxe sur la valeur ajoutée de ces appareils était, respectivement, de 277,84 euros et de 1 634,78 euros. En effet, même en tenant compte des réductions définitives éventuellement octroyées, il ne serait pas possible de pratiquer un prix aussi bas, à moins de vendre lesdits appareils photographiques à perte. Or, une telle vente à perte serait prohibée par l'article 101 de la LPPC. Euronics a donc saisi le rechtbank van koophandel te Gent (tribunal de commerce de Gand), afin de faire constater la violation de l'article 101 de la LPPC et de faire ordonner la cessation immédiate des pratiques en cause, y compris la cessation de la publicité y relative.

13 Dans ce contexte, le rechtbank van koophandel te Gent a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«L'article 101 de la [LPPC], qui vise notamment à protéger les intérêts des consommateurs [...] est-il contraire à la directive [sur les pratiques commerciales déloyales] dès lors qu'il interdit la vente à perte, alors que cette directive n'interdit apparemment pas une telle pratique et qu'il se peut que les dispositions de la loi belge soient plus strictes que celles de ladite directive, ce qu'interdit l'article 4 de [celle-ci]?»

#### **Sur la question préjudicielle**

14 Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive sur les pratiques commerciales déloyales doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une disposition nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit une interdiction générale d'offrir à la vente ou de vendre des biens à perte.

15 En vertu de l'article 99 de son règlement de procédure, lorsque la réponse à une question posée à titre préjudiciel peut être clairement déduite de la jurisprudence, la Cour peut, après avoir entendu l'avocat général, à tout moment, statuer par voie d'ordonnance motivée comportant référence à la jurisprudence en cause.

16 La Cour estime que tel est le cas dans la présente affaire dans la mesure où la réponse à la question posée peut être clairement déduite des arrêts du 14 janvier 2010, Plus Warenhandels-gesellschaft (C-304/08, Rec. p. I-217, points 35 à 51), et du 9 novembre 2010, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, Rec. p. I-10909, points 15 à 38), ainsi que des ordonnances du 30 juin 2011, Wamo (C-288/10, non encore publiée au Recueil, points 20 à 40), et du 15 décembre 2011, INNO (C-126/11, points 22 à 32).

17 Afin de répondre à la question posée, il importe, à titre liminaire, de déterminer si l'article 101 de la LPPC poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs, de sorte qu'il est susceptible de relever du champ d'application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

18 À cet égard, dans sa décision de renvoi, le rechtbank van koophandel te Gent relève que, si l'interdiction prévue à l'article 101 de la LPPC peut certes être considérée comme ayant une incidence sur les relations entre les opérateurs économiques, il n'en demeure pas moins que cet article a pour objectif de protéger les consommateurs.

19 C'est précisément compte tenu des finalités dudit article ainsi identifiées que la juridiction de renvoi demande à la Cour si la directive sur les pratiques commerciales déloyales s'oppose à une telle norme.

20 Dans ces conditions, il convient encore de déterminer si l'offre de vente à perte des biens ou la vente à perte elle-même, objet de l'interdiction en cause au principal, constituent des pratiques commerciales au sens de l'article 2,

sous d), de la directive sur les pratiques commerciales déloyales et sont, dès lors, soumises aux prescriptions édictées par cette dernière (voir, en ce sens, arrêts précités Plus Warenhandelsgesellschaft, point 35, et Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, point 16, ainsi que ordonnance Wamo, précitée, point 29).

21 À cet égard, il y a lieu de relever que l'article 2, sous d), de la directive sur les pratiques commerciales déloyales définit, en utilisant une formulation particulièrement large, la notion de «pratique commerciale» comme «toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs» (arrêts précités Plus Warenhandelsgesellschaft, point 36, et Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, point 17, ainsi que ordonnance Wamo, précitée, point 30).

22 Or, des actions de vente à perte, telles que celles en cause au principal, qui fonctionnent, ainsi que le relève la juridiction de renvoi, comme un procédé d'appel, ont pour objectif d'attirer des consommateurs dans les locaux commerciaux d'un commerçant et d'inciter lesdits consommateurs à procéder à des achats. Elles s'inscrivent donc dans le cadre de la stratégie commerciale d'un opérateur et visent directement à la promotion et à l'écoulement des ventes de celui-ci. Il s'ensuit qu'elles constituent des pratiques commerciales au sens de l'article 2, sous d), de la directive sur les pratiques commerciales déloyales et relèvent, en conséquence, du champ d'application matériel de celle-ci (voir, en ce sens, arrêt Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, précité, point 18 et jurisprudence citée, ainsi que ordonnance Wamo, précitée, point 31).

23 Cela étant établi, il convient encore de vérifier si la directive sur les pratiques commerciales déloyales s'oppose à une interdiction d'offrir à la vente ou de vendre des biens à perte, telle que celle prévue à l'article 101 de la LPPC.

24 À cet égard, il importe de rappeler, tout d'abord, que la directive sur les pratiques commerciales déloyales procédant à une harmonisation complète des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs, les États membres ne peuvent pas adopter, comme le prévoit expressément l'article 4 de celle-ci, des mesures plus restrictives que celles définies par cette directive, même aux fins d'assurer un degré plus élevé de protection des consommateurs (arrêt Plus Warenhandelsgesellschaft, précité, point 41 et jurisprudence citée, ainsi que ordonnance Wamo, précitée, point 33).

25 Ensuite, il y a lieu également de relever que l'article 5 de ladite directive énonce les critères permettant de déterminer les circonstances dans lesquelles une pratique commerciale doit être considérée comme étant déloyale et, partant, interdite.

26 Ainsi, conformément au paragraphe 2 de cet article 5, une pratique commerciale est déloyale si elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen par rapport au produit.

27 En outre, l'article 5, paragraphe 4, de la directive sur les pratiques commerciales déloyales définit deux catégories précises de pratiques commerciales déloyales, à savoir les «pratiques trompeuses» et les «pratiques agressives» répondant aux critères spécifiés respectivement aux articles 6 et 7 ainsi que 8 et 9 de cette directive.

28 Enfin, ladite directive établit, à son annexe I, une liste exhaustive de 31 pratiques commerciales qui, conformément à l'article 5, paragraphe 5, de cette même directive, sont réputées déloyales «en toutes circonstances». Par conséquent, ainsi que le précise expressément le considérant 17 de la directive sur les pratiques commerciales déloyales, seules ces pratiques commerciales sont susceptibles d'être considérées comme déloyales sans faire l'objet d'une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9 de cette directive (arrêts précités Plus Warenhandelsgesellschaft, point 45, et Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, point 34, ainsi que ordonnance Wamo, précitée, point 37).

29 S'agissant de la disposition nationale en cause au principal, il est constant que des pratiques consistant à offrir à la vente ou à vendre des biens à perte ne figurent pas à l'annexe I de la directive sur les pratiques commerciales déloyales. Dès lors, elles ne sauraient être interdites «en toutes circonstances», mais seulement à l'issue d'une analyse spécifique permettant d'en établir le caractère déloyal (voir, en ce sens, arrêt Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, précité, point 35, et ordonnance Wamo, précitée, point 38).

30 Or, force est de constater que, ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, l'article 101 de la LPPC prohibe de manière générale d'offrir à la vente ou de vendre des biens à perte, sans qu'il soit nécessaire de déterminer, au regard du contexte factuel de chaque espèce, si l'opération commerciale en cause présente un caractère «déloyal» à la lumière des critères énoncés aux articles 5 à 9 de la directive sur les pratiques commerciales déloyales et sans reconnaître aux juridictions compétentes une marge d'appréciation à cet égard (voir, en ce sens, arrêts précités Plus Warenhandelsgesellschaft, point 48, et Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, point 36, ainsi que ordonnance Wamo, précitée, point 39).

31 Dans ces conditions, il y a lieu de répondre à la question posée que la directive sur les pratiques commerciales déloyales doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une disposition nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit une interdiction générale d'offrir à la vente ou de vendre des biens à perte, pour autant que cette disposition poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs.

[...]

Par ces motifs, la Cour (sixième chambre) dit pour droit:

**La 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»), doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une disposition nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit une interdiction générale d'offrir à la vente ou de vendre des biens à perte, pour autant que cette disposition poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs.**

**Un commentaire de l'arrêt :**

L. Idot, *Vingt ans après : vers une interdiction de la revente à perte en France ?*, Rev. Europe, Mai 2013, focus, n° 23.

Il y aura bientôt vingt ans, « grâce » au revirement de jurisprudence opéré dans le fameux arrêt Keck, l'interdiction française de la revente à perte de l'article L. 442-2 du Code de commerce échappait à une condamnation au regard de l'article 30 TFUE. La mise en oeuvre de ce texte donna ensuite lieu à de multiples réformes, souvent éphémères (V. G. Canivet, *L'histoire sans fin des lois éphémères ou de la régulation des relations entre la production et la grande distribution*, Mél. en l'honneur d' Y. Serra, *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux : Dalloz 2006* ), jusqu'à ce que la loi n° 2008-3 du 4 janvier 2008 opère une relative stabilisation du texte en supprimant les dispositions de la loi Galland de 1996 qui avaient conduit à la pratique pour le moins contestable des marges arrière. Le débat pourrait naître très vite en droit de l'Union européenne sur le terrain de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales. La Cour de justice a, en effet, rendu le 7 mars 2013 une ordonnance (aff. C-343/12, *Euronics Belgium c/ Kamera Express* ) qui aurait pu passer inaperçue si elle n'avait été justement mise en avant par Alain Ronzano (lettre *Creda Concurrence*, n° 2013/32, 25 mars 2013 ). La Cour était interrogée sur la compatibilité de l'article 101, paragraphe 1 de la loi belge du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, qui interdit de manière générale la revente à perte, avec la directive précitée. En application de l'article 99 du règlement de procédure, qui permet à la Cour de statuer par ordonnance motivée lorsque la réponse à la question posée peut être clairement déduite de la jurisprudence, la Cour a répondu que cette interdiction générale de revente à perte était effectivement incompatible avec la directive 2005/29 (préc. ), « pour autant que cette disposition poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs ».

La solution est déduite de la série d'arrêts dans les affaires VTB-AB (CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-261 et 299/07 : Europe, 2009, comm. 251, obs. V. Michel ), *Plus Warenhandelsgesellschaft* (CJUE, 14 janv. 2010, aff. C-304/08 : Europe, 2010, comm. 120, obs. M. Meister ) et *MediaPrint Zeitungs* (CJUE, gde ch., 9 nov. 2010, aff. C-540/08 : Europe 2011, comm. 30, obs. L. Idot ), dans lesquelles la Cour a rappelé que la directive procède à une harmonisation

complète et qu'en dehors des 31 pratiques déloyales énumérées à l'annexe I, les autres pratiques ne peuvent être qualifiées déloyales qu'à l'issue d'un examen au cas par cas (V. également, CJUE, ord., 30 juin 2011, aff. C-288/10, *Wamo* : Europe 2011, comm. 322, obs. M. Meister . - CJUE, ord., 15 déc. 2011, aff. C-126/11, *Inno* : à propos de réductions avant soldes)

Cette jurisprudence portait sur les interdictions générales des ventes avec primes et autres offres conjointes figurant dans les lois belge, allemande et autrichienne. La difficulté a également été illustrée en France par une affaire *France Telecom/Orange* sur le lien entre un abonnement Internet à haut débit et l'abonnement à Orange Foot, dans laquelle la cour d'appel de Paris a finalement conclu à l'absence de violation de l'article L. 122-1 du Code de la consommation tel qu'interprété à la lumière de la directive (CA Paris, 14 mai 2009 ). Mis en demeure par la Commission, le législateur français a finalement modifié en mai 2011 l'article L. 122-1 du Code de la consommation et précisé que l'interdiction des ventes liées ne jouait que pour autant que « la subordination constitue une pratique commerciale déloyale au sens

de l'article L. 120-1 ». En application de cette disposition générale, qui est le premier des textes de transposition de la directive : « une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ». Les conséquences de cette jurisprudence sur l'article L. 442-2 du Code de commerce doivent maintenant être évaluées.

Certes, comme il a été suggéré, le texte pourrait être « sauvé » en ajoutant le renvoi à l'article L. 120-1 du Code de la consommation. La cohérence de son appartenance au droit de la concurrence pourrait alors être légitimement mise en doute et le texte devrait être logiquement déplacé dans le code de la consommation. L'on est dès lors obligé de s'interroger sur sa finalité. Qui cherche-t-on à protéger en interdisant la revente à perte ? L'interrogation est d'autant plus nécessaire que la Cour précise que la réponse ne vaut que « pour autant que cette disposition poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs ». Or, dans l'affaire belge, ce point n'était pas débattu. La

prohibition est, il est vrai, insérée dans une loi qui affiche cette finalité dans son intitulé et le juge de renvoi avait admis cette prémisse.

Les conditions sont quelque peu différentes en France. Le fait que le texte soit inséré dans le livre IV du Code de commerce sur la concurrence pourrait être avancé pour maintenir l'interdiction, comme les gouvernements ont toujours essayé de le faire. Il ne faut pas oublier le débat autour de l'article 3 du règlement (CE) n° 1/2003, qui a finalement conduit à l'insertion d'un paragraphe 3 excluant les législations qui poursuivent un objectif différent de celui visé par les articles 101 et 102 TFUE, lequel, comme l'illustre le considérant 9, visait surtout à protéger le titre IV du droit français. En définitive, l'interdiction de la revente à perte subit des assauts majeurs tous les dix ans. Après avoir franchi l'obstacle du principe de libre circulation en 1993, celui du droit de la concurrence en 2003, il lui faut maintenant franchir le troisième obstacle du droit de la consommation. S'il ne paraît finalement pas très élevé à ce stade, un nouvel obstacle pourrait apparaître beaucoup plus rapidement. Il ne faut pas oublier le Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales, lancé par la Commission, sur lequel la consultation a pris fin le 30 avril.

## **Une application en droit français :**

### **COUR D'APPEL DE DOUAL 31 mars 2016, 15-02238**

2e CHAMBRE 2e SECTION

Club Opticlibre (SAS) c. Alliance Optique (SA)

La société Club Opticlibre est une centrale d'achats dans le secteur de l'optique, acquérant dans ce cadre, des produits d'optique pour les revendre à ses adhérents sur la base des conditions commerciales négociées avec ses fournisseurs. Elle regroupe 850 opticiens indépendants.

La société Alliance Optique exerce la même activité et dispose de 1 200 opticiens indépendants en France dans son réseau.

Ces deux sociétés achètent leurs produits d'optique chez le même fournisseur : Essilor.

Arguant d'actes concurrentiels déloyaux, la société Club Opticlibre a saisi, par voie de requête, le président du Tribunal de commerce de Lille, pour pouvoir établir la preuve de ces actes.

Par ordonnance du 4 mai 2012, le président du Tribunal de commerce de Lille Métropole a fait droit à cette requête et nommé M. X, expert-comptable, afin de déterminer le seuil de revente à perte des produits Essilor et leur prix de revente sur la base de l'offre commerciale d'Alliance Optique. Son rapport a été déposé le 24 janvier 2013.

Par ordonnance en date du 13 septembre 2012, le président du Tribunal de commerce de Lille Métropole a rejeté la demande en rétractation formulée par Alliance Optique, décision confirmée par la cour d'appel par arrêt du 28 novembre 2013.

Sur assignation délivrée le 17 septembre 2013 à la demande de la société Club Opticlibre, par jugement contradictoire et en premier ressort en date du 24 mars 2015, le Tribunal de commerce de Lille Métropole a :

- dit que l'article L. 442-2 du Code de commerce s'applique au présent litige,
- dit que la société Alliance Optique bénéficie du statut de grossiste,
- dit qu'elle n'a pas pratiqué de vente à perte au sens de l'article L. 442-2 du Code de commerce,
- débouté la société Club Opticlibre de toutes ses demandes,
- débouté la société Alliance Optique de sa demande de dommages et intérêts,
- condamné la société Club Opticlibre à payer la somme de 5 000 euros à la société Alliance Optique au titre de l'article 700 du Code de procédure civile,
- dit n'y avoir lieu à exécution provisoire sur l'article 700 du Code de procédure civile,
- condamné la société Club Opticlibre aux entiers frais et dépens, en ceux compris les frais d'expertise,
- débouté les parties de toutes leurs autres demandes plus amples ou contraires.

Par déclaration en date du 13 avril 2015, la SAS Club Opticlibre a interjeté appel de la décision.

## **MOYENS ET PRÉTENTIONS :**

Par conclusions signifiées par voie électroniques le 26 octobre 2015, la SAS Club Opticlibre demande à la cour, au visa de l'article L. 442-2 du Code de commerce, de l'article 1382 du Code civil, et du rapport de M. X en date du 24 janvier 2013, de :

- confirmer le jugement du 24 mars 2015 du Tribunal de commerce de Lille en ce qu'il:
- juge que l'article L. 442-2 du Code de commerce était applicable au cas d'espèce

- débout Alliance Optique de sa demande reconventionnelle visant à obtenir le versement de dommages et intérêts en réparation d'un préjudice d'image qu'elle aurait prétendument subi,
- le réformer pour le surplus,
- et statuant à nouveau,
- dire et juger que le démarchage agressif de ses trente opticiens par Alliance Optique se caractérisant par l'envoi de l'offre commerciale du 17 février 2012 constitue une annonce de revente à perte, révélateur d'un acte de concurrence déloyale,
- dire et juger qu'elle a subi un préjudice matériel estimé à 930 133 euros suite à la renégociation de ses conditions commerciales avec ses opticiens adhérents démarchés par Alliance Optique ou au départ de certains d'entre eux,
- dire et juger qu'elle a subi un préjudice d'image considérable auprès des opticiens de son réseau pouvant s'évaluer forfaitairement à la somme de 10 000 euros,
- dire et juger que les pièces n° 6 à 12 et 20 et 22 produites par Alliance Optique sont étrangères aux faits du litige, la pièce n° 7 étant au surplus confidentielle,
- en conséquence,
- débouter la société Alliance Optique de l'ensemble de ses demandes,
- condamner la société Alliance Optique à lui verser une somme de 930 133 euros en réparation de son préjudice financier,
- condamner la société Alliance Optique à lui verser à une somme de 10 000 euros en réparation de son préjudice d'image,
- écarter des débats les pièces 6 à 12 et 20 et 22 produites en première instance par Alliance Optique ;
- ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir ;
- condamner la société Alliance Optique à lui verser une somme de 25 000 euros, au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;
- condamner la société Alliance Optique aux entiers dépens, en ce compris les frais d'expertise de la mesure d'instruction in futurum.

Elle fait valoir que l'offre commerciale d'Alliance Optique est illicite sur le fondement de l'article 442-2 du Code de commerce ; que le fait d'adresser, à des opticiens adhérents générant les chiffres d'affaires les plus importants, des offres commerciales constitutives d'une annonce de revente à perte au sens de l'article L. 442-2 du Code de commerce, caractérise un acte de concurrence déloyale.

Elle souligne que ce texte, appliqué à des transactions entre professionnels, est conforme au droit européen ; qu'il n'y a pas lieu d'écarter cette disposition, au motif qu'elle ne serait pas conforme à la 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 (la " directive 2005/29/CE ") ; qu'il doit être relevé que la France n'a fait l'objet d'aucune demande de mise en conformité de sa législation par la Commission européenne ; qu'aucune jurisprudence française ou communautaire n'a statué sur la non-conformité de l'article L. 442-2 du Code de commerce au regard du droit européen ; que la jurisprudence, invoquée par Alliance Optique (ordonnance rendue le 7 mars 2013 par la Cour de justice de l'Union

européenne, en réponse à une question préjudicielle portant sur la réglementation belge prohibant de façon générale la revente à perte), concerne des ventes à perte à destination du consommateur ; que l'article L.442-2 du Code de commerce, appliqué à des transactions entre professionnels, ne poursuit aucune finalité consumériste ; que ce texte n'est donc pas contraire à la législation européenne ; qu'au surplus, l'offre commerciale, émise par Alliance Optique, ne constitue pas une pratique commerciale au sens de l'article 2, sous d), de la directive 2005/29/CE dès lors que, destinée aux opticiens adhérents de la centrale d'achat Club Opticlire qui sont donc des professionnels, il ne s'agit pas d'une communication commerciale émise " en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs " ; que dès lors l'offre ne relève pas du champ de la directive.

Elle soutient qu'Alliance Optique n'est pas un "grossiste" au sens de l'alinéa 3 de l'article L. 442-2 du Code de commerce ; que le statut de grossiste, soumis à deux conditions cumulatives, à savoir les professionnels revendeurs au détail et des revendeurs indépendants, ne peut être retenu en l'espèce, faute d'indépendance des revendeurs au détail ; que pour être qualifiés comme tels, les revendeurs doivent être libres de déterminer leur politique commerciale et dépourvus de tout lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste.

Elle précise que la qualification de façade de grossiste retenue par Alliance Optique n'est pas pertinente ; qu'elle se présente comme une centrale d'achat au service de ses adhérents ; qu'il est mentionné une offre d'une multitude de services liés à l'adhésion ; que si l'existence de liens capitalistiques peut être d'emblée écartée, Alliance Optique ne détenant aucune participation dans le capital de ses adhérents, les termes employés sont révélateurs d'un lien d'affiliation existant entre Alliance Optique et les opticiens détaillants ; que la définition de l'affiliation suppose l'adhésion à une organisation pour participer à ses activités ou bénéficier de ses avantages ; que plusieurs éléments

indiquent que les relations qui lient Alliance Optique et ses adhérents vont bien au-delà d'une seule relation d'achat/vente (absence de liberté pour quitter la centrale d'achats à tout moment, engagement pris par Alliance Optique de fournir à ses adhérents des conditions commerciales avantageuses et des services assurant leur développement) ; que ses propositions de service s'accompagnent de contreparties qu'elles exigent sous forme notamment d'engagement de volume et de durée ; qu'Essilor exige, d'une part, des opticiens une affiliation à une seule centrale d'achat, d'autre part, d'Alliance Optique un engagement de durée ; qu'en outre, les opticiens adhérents voient leur liberté commerciale restreinte, le non-respect des engagements pris les exposant à des sanctions financières ou des exclusions temporaires ou définitives.

Elle ajoute que la société Alliance Optique ne peut revendiquer le bénéfice de l'alinéa 3 de l'article L. 442-2 du Code de commerce, au vu de l'intention affichée du législateur, visant les " petits commerçants indépendants " ; qu'en cas contraire, les adhérents d'Alliance Optique bénéficieraient d'un double avantage, celui lié aux avantages financiers négociés pour leur compte et aux services offerts par cette dernière pour leur permettre de concurrencer les opticiens sous enseigne, et celui lié à l'application du coefficient de 0.9 point ; qu'enfin la loi Macron est venue préciser la définition de grossiste, excluant toute possibilité pour Alliance Optique de pouvoir prétendre à un tel statut ; que cette définition n'est pas propre à ce texte ; qu'il est incontestable aujourd'hui qu'une centrale d'achat pour des entreprises de commerce de détail ne peut prétendre au statut de grossiste.

Elle indique que le prix d'achat effectif des produits Essilor et l'annonce de leur prix de revente par Alliance Optique s'expriment en pourcentage de réductions de prix sur le tarif catalogue Essilor ; qu'au sens de l'article L. 442-2 du Code de commerce, il y a revente à perte, ou annonce de revente à perte, si le prix de revente des produits est inférieur au prix d'achat effectif, lequel s'entend de la différence entre le prix catalogue et les " autres avantages financiers " ; qu'Alliance Optique a annoncé aux opticiens Club Opticlibre un taux global de remise de 20 % sur le tarif Essilor, alors même qu'avec une progression du chiffre d'affaires Essilor de 8,2 % en 2012 par rapport à l'année précédente, le taux global des réductions de prix accordées à Alliance Optique n'excède même pas 18,65 %, soit un pourcentage très inférieur au taux de réduction de prix de 20 % annoncé aux opticiens Club Opticlibre démarchés ; qu'Alliance Optique a pris le risque de construire son offre commerciale sur une projection très optimiste de ses achats auprès d'Essilor en 2012, où plus la progression du chiffre d'affaires Essilor sur l'année N est importante, par rapport à l'année N-1, plus le taux des remises de l'année N sera élevé ; qu'elle a donc dans les deux cas pris le risque d'enfreindre l'interdiction de l'annonce de revente à perte.

Elle fait valoir qu'Alliance Optique se base, en outre, sur des objectifs de chiffre d'affaires déraisonnables ; que le budget trade marketing et la ristourne complémentaire sont exclus du seuil de revente à perte ; que le budget trade marketing ne représente pas un " avantage financier consenti par le vendeur " au sens de l'alinéa 2 de l'article L. 442-2 du Code de commerce puisqu'il comprend pour partie le remboursement des frais engagés par Alliance Optique pour la réalisation des opérations publicitaires convenues avec Essilor ; que, quand bien même le budget trade marketing devait être une réduction de prix comptabilisé dans le seuil de revente à perte, le taux de conversion annoncé par Alliance Optique est erroné.

Elle estime que, si la cour venait à considérer l'article L. 442-2 du Code de commerce inapplicable en l'espèce, il n'en demeure pas moins que le démarchage des adhérents d'une centrale d'achat concurrente, par une annonce de prix de vente inférieur à son prix d'achat, caractérise une faute civile sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ; que le simple fait de démarcher la clientèle d'un concurrent en vendant des produits à perte dans le seul but de l'attirer vers son entreprise constitue des procédés nuisant au maintien d'une concurrence saine et sont donc manifestement contraires aux usages loyaux du commerce ; que ces faits constituent en tout état de cause une faute civile, détachable de l'infraction pénale de revente à perte visée à l'article L. 442-2 du Code de commerce.

Elle souligne que l'existence d'actes de concurrence déloyale implique nécessairement un préjudice pour le concurrent lésé ; qu'ainsi, en matière de concurrence déloyale, si la jurisprudence exige toujours l'existence d'une faute, le préjudice se trouve présumé dans son principe à partir de la faute, et qu'il est de jurisprudence constante de considérer que ce préjudice peut consister en un simple trouble commercial, voire un simple dommage moral ; que Club Opticlibre a subi un important préjudice découlant de la perturbation de ses relations avec certains de ses opticiens adhérents ; que les opticiens club Opticlibre démarchés par Alliance Optique ont sollicité de nouvelles négociations tarifaires et demandé à club Opticlibre de revoir leurs conditions financières ; qu'elle a été contrainte de concéder à ses adhérents une remise supplémentaire de 1,57 % en moyenne ; que les effets de cet effort financier consenti par club Opticlibre vont perdurer pendant plusieurs années puisque la durée moyenne d'adhésion pour ces dix-neuf (19) points de vente est de 7,9 ans, durée pendant laquelle club Opticlibre va devoir supporter le coût de cette remise supplémentaire ; qu'en dépit de l'effort financier de club Opticlibre, onze magasins de son réseau ont brutalement rejoint la centrale d'achat Alliance Optique à compter du 1er janvier 2013 ; que cela a privé club Opticlibre de la perception d'une marge sur l'année 2013, soit en fonction de la durée moyenne d'adhésion restant à courir la somme de 222 899 euros ; que le différent existant actuellement entre les opticiens 10 strict et Club Opticlibre au sujet des remises de fin d'année est totalement étranger à la présente affaire ; que les pratiques

d'annonces de revente à perte commises par Alliance Optique ont fortement déstabilisé le réseau Club Opticlibre qui s'est trouvé brutalement confronté à une perte de crédibilité auprès de ses opticiens, lui causant ainsi un préjudice d'image pouvant s'estimer forfaitairement à la somme de 10 000 euros.

Elle fait remarquer qu'aucune pièce n'est versée pour justifier de la demande de 200 000 euros en réparation d'un dénigrement, qui trouverait selon Alliance Optique sa cause dans une publicité de la procédure dans la presse professionnelle et dans la remise d'argumentaires à ses adhérents lors des rendez-vous commerciaux.

Par conclusions signifiées par voie électronique en date du 2 septembre 2015, la SA Alliance Optique demande à la cour de :

- dire mal appelé, bien jugé,
- confirmer en toutes ses dispositions le jugement entrepris y compris celles fondées sur l'article 700 du Code de procédure civile, et par adoption de motifs dire et juger qu'Alliance Optique SA bénéficie du statut de grossiste et qu'il résulte en l'état des dispositions du rapport d'expertise de M. X qu'elle ne s'est pas aucun moment livrée à des faits d'annonces de revente à perte,
- à défaut, confirmer le jugement entrepris par substitution de motifs et juger que les dispositions de l'article L. 442-2 du Code de commerce en ce qu'il prévoit une interdiction générale de la revente à perte alors qu'il poursuit un objectif de protection des consommateurs est incompatible avec le droit européen, de sorte qu'il ne peut fonder une quelconque condamnation d'Alliance Optique SA, le confirmer en ce qui concerne la condamnation sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile,
- en tout état de cause, dire et juger qu'elle a annoncé, au titre de l'exercice 2012, des conditions commerciales loyales et exemptes de toute annonce de revente à perte, et confirmer le jugement en ce qui concerne la condamnation sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile,
- statuant reconventionnellement, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, dire et juger que Club Opticlibre a commis des faits de concurrence déloyale par dénigrement à l'encontre de la concluante et indemniser le préjudice subi par cette dernière en condamnant Club Opticlibre au paiement d'une somme de 200 000 euro à titre de dommages et intérêts.
- condamner club Opticlibre au paiement d'une somme de 20 000 euro sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

Elle conclut à la confirmation pure et simple du jugement sur la reconnaissance de son statut de grossiste et entend rappeler à la cour qu'en tout état de cause, l'article L. 442-2 du Code de commerce n'est pas conforme au droit européen. Elle tient également à établir qu'aucun fait de vente à perte, au sens de ce même article, n'a été commis, que lui soit ou non reconnu le statut de grossiste.

Elle souligne que la mesure d'instruction sur requête, l'expertise n'a été obtenue que sur la base de supputations ; que l'expert, dans le cadre de ses observations, a cru pouvoir établir des conclusions tout à fait partielles en reconnaissant qu'il manquait d'éléments probants ; que notamment il n'avait pas en sa possession le chiffre d'affaire 2012, base des comparaisons.

Elle soutient que les dispositions de l'article L. 442-2 du Code de commerce sont incompatibles avec le droit européen et singulièrement la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne; que la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales, étant d'harmonisation maximale, toute prohibition nationale entrant dans le champ de la directive doit nécessairement être jugée contraire au droit européen ; que toute disposition de droit national prohibant la revente à perte est incompatible avec le droit européen dès lors qu'elle poursuit un objectif de protection des consommateurs et doit être écartée ; que, pour entrer dans le champ d'application de la directive, il n'est pas nécessaire que la législation, dont la conformité au droit européen doit être vérifiée, poursuive exclusivement une finalité consumériste ; que l'article L. 442-2 du Code de commerce poursuivant un objectif de protection des consommateurs, il est donc indiscutable au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qu'à l'instar de la loi belge, la loi française prohibant la revente à perte doit être jugée non-conforme au droit européen, et doit donc être écartée ; qu'à aucun moment, il n'a été jugé que les pratiques commerciales susceptibles d'être visées par la directive nécessitaient un rapport direct entre l'intervenant économique et le consommateur.

Elle indique que, pour bénéficier de la minoration prévue à l'article L. 442-2 alinéa 3 du Code de commerce, le grossiste doit répondre à certains critères ayant trait au type de clientèle à laquelle il s'adresse (clientèle professionnelle) et à l'indépendance de cette clientèle à son égard; qu'elle satisfait chacun de ces critères ; que ses conditions générales d'adhésion et de vente laissent une grande liberté qui ne peut être assimilée à une affiliation au sens de l'article L. 442-2 du Code de commerce ; que ses conditions générales n'imposent ni une exclusivité d'approvisionnement, ni ne définissent la politique commerciale de l'adhérent ; que le fait de diversifier l'offre de produit à des offres de service n'implique certainement pas l'existence d'une affiliation ; que l'existence d'un réseau

des "opticiens libres" est sans influence sur le statut de grossiste de la centrale d'achat elle-même ; que cette disposition impose que soit appliqué au prix d'achat par Alliance Optique des produits Essilor un coefficient de 0,9 qui disqualifie toute accusation d'annonce de revente à perte (argument retenu par le tribunal) ; que l'expert note que l'application de ce coefficient exclut tout mécanisme de revente à perte.

Elle démontre qu'en tout état de cause et sur l'exercice 2012, Alliance Optique SA était susceptible d'obtenir d'Essilor un taux de remise de 20,04 % qui exclut, compte tenu du taux de remise de 20 % proposé aux adhérents de Club Opticlibre SASU, toute annonce de revente à perte ; que, pour établir une offre commerciale sur un chiffre d'affaires 2012 nécessairement inconnu, elle a établi, d'une part, son taux de remise en fonction de l'évolution de son chiffre d'affaires Essilor sur le mois de janvier 2012 par rapport au mois de janvier 2011, d'autre part, un objectif de chiffre d'affaires à réaliser, déterminé avec Essilor ; qu'elle a proposé une simulation basée sur le chiffre d'affaires extrapolé à partir du mois de janvier 2012 et démontre ainsi qu'au moment où elle émet son offre commerciale, elle peut légitimement considérer qu'elle n'annonce pas une opération de revente à perte, et ce d'autant que le taux de remise annoncé concerne les prospects et non l'ensemble de la communauté des opticiens adhérents à la centrale ; que sa bonne foi est d'autant mieux établie qu'elle n'avait pas intégré dans ses prévisions le chiffre d'affaires Essilor de ces mêmes opticiens prospectés, qui, s'il avaient effectivement rejoint son centre d'achat, aurait augmenté le chiffre d'affaires réalisé avec Essilor et aurait permis d'améliorer encore les conditions d'achat ; que, si cette extrapolation n'a pas été fructueuse, ce n'est qu'à raison du départ de 16 opticiens, adhérent à Club Opticlibre qui leur offrait des conditions préférables auprès de Essilor ; qu'au moment où les offres commerciales ont été émises, Alliance Optique ne s'est pas rendue coupable de l'infraction d'annonces de revente à perte, le démarchage des opticiens adhérents de Club Opticlibre ayant donc été parfaitement loyal.

Elle maintient que Club Opticlibre n'établit pas avoir subi un préjudice lié aux offres commerciales établies par Alliance Optique, notamment la matérialité de son préjudice ; qu'elle ne peut prétendre qu'elle n'aurait pas eu à faire évoluer les négociations commerciales avec ses adhérents sur une période de cinq ans ; que l'opération ayant été menée sur l'exercice 2012, il serait loisible à Club Opticlibre d'établir précisément le manque à gagner qu'elle a subi, en produisant les éléments de comptabilité adéquats, et en établissant le lien de causalité idoine ; qu'elle ne peut arguer du départ de 11 opticiens qui l'aurait privée de la perception d'une marge, comptabilisée sur 5 ans, alors même que l'ensemble des opticiens, exerçant à l'enseigne 10strict, était adhérent à la centrale d'achat Alliance Optique depuis 2006, pour les plus anciens d'entre eux et ce jusqu'en 2012.

Elle ajoute qu'ayant été dénigrée, elle subit un préjudice indemnisable; que Club Opticlibre a non seulement donné une publicité à la procédure qu'elle a engagée dans la presse professionnelle, mais en a encore usé comme argumentaire lors de la visite de ses commerciaux auprès des opticiens de son réseau et du réseau Alliance.

#### **MOTIVATION :**

- Remarques procédurales :

Au préalable, il convient de souligner qu'il n'y a pas lieu de reprendre ni d'écarter dans le dispositif du présent arrêt les demandes tendant à " constater que .... " ou " dire que... ", telles que figurant dans le dispositif des conclusions des parties, lorsqu'elles portent sur des moyens ou éléments de fait relevant des motifs et non des chefs de décision devant figurer dans la partie exécutoire de l'arrêt.

Sur la demande présentée par la société Club Opticlibre, tendant à écarter les pièces 6 à 12, 20 et 22 produites en première instance par Alliance Optique, la cour suppose, en l'absence d'une double numérotation apposée sur les pièces litigieuses, que les pièces concernées sont celles numérotées de 6 à 12, 20 et 22 sur le bordereau de communication de pièces en appel.

Les articles 132 à 142 du Code de procédure civile régissent les communications, productions et retraits de pièces, notamment l'article 135 qui prévoit que le juge peut écarter des débats les pièces non communiquées en temps utile. Toute pièce qui serait couverte par un secret professionnel, ou jugée confidentielle, peut, en outre, être écartée.

La société Club Opticlibre sollicite que soient écartées des débats des pièces, sans expliciter véritablement les motifs de sa demande, hormis pour la transaction du 22 février 2005, qui serait confidentielle (pièce 7).

Ces pièces ont pourtant été valablement communiquées et inscrites au bordereau.

Ces pièces (6 à 12) sont étrangères pour certaines au litige et ne sont évoquées par Alliance Optique au soutien d'aucune demande, notamment la transaction (pièce 7).

Valablement communiquées, il n'y a pas lieu de les écarter puisqu'elles sont inutiles et ne seront pas examinées.

Quant aux autres pièces, notamment la pièce 20 et 22, elles ont été valablement communiquées et aucun moyen ne permet de les écarter.

La demande de Club Opticlibre ne peut donc qu'être rejetée.

Aux termes de ces conclusions, dans le cadre de son dispositif, la société Club Opticlibre sollicite que soit ordonnée "l'exécution provisoire du jugement à intervenir", demande qui doit s'entendre comme une reprise erronée des conclusions de première instance et sans objet en appel.

I]- Sur l'action en responsabilité délictuelle de la société Alliance Optique :

Aux termes des dispositions de l'article 1382 du Code civil, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à réparer.

L'action en concurrence déloyale constitue fondamentalement une action en responsabilité civile, dont l'exercice est subordonné aux conditions classiques de cette responsabilité.

Le préjudice doit être direct, certain et présent. La réparation du préjudice doit être intégrale.

Il appartient dès lors à celui qui s'en prévaut d'apporter la preuve d'un préjudice, d'une faute et d'un lien de causalité.

1) Sur la faute civile née du non-respect de l'article L. 442-2 du Code de commerce :

Aux termes de cet article L. 442-2 du Code de commerce, le fait, pour tout commerçant de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état et à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75 000 euros d'amende. Cette amende peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif. La cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée dans les conditions prévues à l'article L. 121-3 du Code de la consommation.

Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.

Le prix d'achat effectif tel que défini au deuxième alinéa est affecté d'un coefficient de 0.9 pour le grossiste qui distribue des produits ou services exclusivement à des professionnels qui lui sont indépendants et qui exercent une activité de revendeur au détail, de transformateur, ou de prestataire de services final. Est indépendante au sens de la phrase précédente toute entreprise libre de déterminer sa politique commerciale et dépourvue de tout lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste.

À titre principal, la société Club Opticlibre se fonde sur cette disposition, édictant une sanction pénale à la revente à perte, pour établir la faute civile, engageant la responsabilité de la société Alliance Optique.

a) Sur l'applicabilité de l'article L. 442-2 du Code de commerce :

L'incompatibilité de cette disposition avec le droit européen, et notamment la directive 2005/29/CE et la jurisprudence communautaire qui en découle, est soulevée par Alliance Optique.

Il convient, en conséquence, de s'interroger sur la portée de la directive à l'aune de sa jurisprudence et ses répercussions sur la législation française.

- le champ d'application de la directive et sa jurisprudence :

La directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 a pour objectif, conformément aux termes de son article 1er, de "contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs en rapprochant les dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte aux intérêts économiques des consommateurs".

Il importe de rappeler que cette directive procédant à une harmonisation complète des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs, les Etats ne peuvent adopter, comme le prévoit l'article 4, des mesures plus restrictives que celles définies par la directive, même aux fins d'assurer un degré plus élevé de protection des consommateurs.

La cour note que la finalité de protection du consommateur est maintes fois rappelée et est primordiale dans la directive européenne, qui envisage la pratique déloyale des entreprises vis-à-vis du consommateur dans un rapport direct avec ce dernier.

Ainsi, est interdite la pratique commerciale déloyale, définie par l'article 5 de la directive, comme " contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altér[ant] ou [étant] susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs ".

D'ailleurs, dans son ordonnance en date du 7 mars 2013, la Cour de justice de l'Union européenne, examinant l'article 101 de la loi belge du 6 avril 2010, relève bien, dans son paragraphe 22, que " les actions de vente à perte... qui fonctionnent comme un procédé d'appel, ont pour objectif d'attirer des consommateurs dans les locaux commerciaux d'un commerçant et d'inciter lesdits consommateurs de procéder à des achats. Elles s'inscrivent donc dans le cadre de la stratégie commerciale d'un opérateur et visent directement à la promotion et l'écoulement des ventes de celui-ci ".

Elle en conclut à l'entrée de cette pratique dans le champ d'application matériel de la directive et, en l'absence de mention de cette pratique dans l'annexe I, à l'incompatibilité de la disposition nationale, qui prévoit une interdiction générale d'offrir à la vente ou de vendre des biens à perte ".

Toutefois, immédiatement, la Cour de justice de l'Union européenne nuance cette prohibition

- l'interdiction générale de vente ou offre de vente à perte -, puisqu'elle précise pour autant que [la] disposition poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs ", laissant ainsi une marge d'appréciation en fonction des finalités poursuivies par la législation nationale.
- les répercussions sur la législation française :

Se pose dès lors la question de savoir si la prohibition de la revente à perte, énoncée à l'article L. 442-2 du Code de commerce, poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs, ou vise à protéger, non pas les consommateurs, mais les acteurs économiques et la concurrence.

Tant la place de cette disposition que son contenu, et notamment son architecture, éclairent quant au but poursuivi par le législateur, à savoir la protection des opérateurs économiques.

Ainsi, sur la forme, la cour note que :

- le texte est inséré dans le livre IV du Code du commerce, intitulé " de la liberté des prix et de la concurrence ", dans un titre IV de la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées ".
- il fait suite à l'article L. 442-1 qui, pour les règles relatives aux ventes ou prestations avec primes, aux refus de vente ou de prestation, prestations par lots ou par quantités imposées, renvoie aux dispositions des articles L. 121-35 et L. 122-1 du Code de la consommation, et les reproduit in extenso en appendice, la revente à perte étant bien distinguée des pratiques précitées, qui sont quant à elles envisagées par des dispositions consuméristes.
- l'article L. 442-2 du Code de commerce mentionne, en son sein, l'article L. 121-3 du Code de commerce [sic], dans l'unique but d'encadrer les modalités de cessation de l'annonce publicitaire.

Quant à son contenu, il convient d'observer que l'article L. 442-2 du Code de commerce, après avoir édicté la sanction pénale, puis envisagé la cessation de l'annonce publicitaire de vente à perte, définit de manière précise le " prix d'achat effectif ".

Surtout, il envisage avec précision, en son alinéa 3, les modalités d'application de cette prohibition de la vente à perte dans les relations entre opérateurs économiques - et surtout distributeur et commerçant au détail - définissant le grossiste, puis l'indépendance des professionnels et le coefficient applicable en ce cas.

Dans l'optique du législateur, cette pratique a été prohibée pour deux raisons principales, d'une part, éviter l'éviction des petits commerces, ne pouvant rivaliser avec les grands distributeurs, grâce à la fixation de prix prédateurs sur des produits d'appel, d'autre part, éviter de nuire aux producteurs, chaque distributeur exerçant une pression sur ses fournisseurs pour aligner les tarifs sur ceux du distributeur revendant à perte.

Cette philosophie du législateur français transparaît d'ailleurs des différents textes ayant remanié l'article L. 442-2 du Code de commerce.

Introduite pour la première fois en droit français par la loi du 2 juillet 1963, " portant maintien de la stabilité économique et financière ", elle a été modifiée par l'ordonnance du 1er décembre 1986 " relative à la liberté des prix et de la concurrence ", par la loi Galland du 1er juillet 1996 " relative à la loyauté et l'équilibre des relations commerciales ", par la loi du 15 mai 2001 " relative aux nouvelles régulations économiques ", par la loi du 2 août 2005 " en faveur des PME ".

Seule la loi du 3 janvier 2008 pour " le développement de la concurrence au service des consommateurs ", dont est issue la version actuellement applicable de l'article L. 442-2, se réfère dans son titre au consommateur, les travaux préparatoires ainsi que le texte, maintenu dans le Code de commerce, confirmant cependant que cette disposition est un des piliers du droit des pratiques restrictives de concurrence.

Malgré l'intervention de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne sur la législation belge portant interdiction per se de la vente à perte et l'existence d'un débat quant à la compatibilité de la législation française avec la directive 2005/29/CE, la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 " relative à la consommation n'a aucunement abrogé, voire réformé, la prohibition de la revente à perte et de son offre, alors même que de nombreuses dispositions du droit des pratiques restrictives de concurrence ont pourtant fait l'objet de modifications.

Si l'intérêt du consommateur n'est jamais totalement occulté, le fait même que la loi du 17 mars 2014, dite loi Hamon, reste muette sur ce point, confirme que le dispositif législatif vise avant tout à assurer l'équilibre des relations commerciales et donc à protéger les intérêts économiques, leur loyauté.

Enfin, dans le présent litige, les reproches de concurrence déloyale formulés par Club Opticlibre à l'encontre de la société Alliance Optique, concernent des relations commerciales entre professionnels, à savoir des centrales avec les détaillants, sans qu'il n'y ait aucune certitude quant à une éventuelle revente à perte au final entre le détaillant et le consommateur.

L'article L. 442-2 du Code de commerce, en ce qu'il vise, dans ce cadre, à prohiber la revente à perte entre professionnels, échappe au champ d'application de la directive précitée et trouve à s'appliquer.

La décision de première instance doit donc être confirmée en ce qu'elle a dit cette disposition applicable au présent litige.

b) Sur les conditions d'application de l'article L. 442-2 du Code de commerce :

L'article L. 442-2 du Code de commerce prévoit un seuil de revente à perte, qui peut être abaissé en présence d'un grossiste, qualité revendiquée par Alliance Optique.

- Sur la qualité de centrale d'achat ou de grossiste :

L'alinéa 3 impose, pour que soit retenue la qualification de grossiste, outre une condition, de distribution de produits ou services, exclusivement à des professionnels exerçant " une activité de revendeur au détail, de transformateur, ou de prestataire de services final ", une condition d'indépendance.

Le législateur a d'ailleurs pris soin de préciser qu'est indépendante au sens de la phrase précédente toute entreprise libre de déterminer sa politique commerciale et dépourvue de tout lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste ".

En l'espèce, seule cette dernière condition d'indépendance fait l'objet d'une discussion entre les parties, qui s'accordent sur l'absence de tout lien capitalistique entre Alliance Optique et les détaillants.

Si, indéniablement, en exergue et en préambule, dans le cadre de ces conditions générales (pièce 13 et pièce 23), Alliance Optique se définit comme " un grossiste, acheteur ferme auprès de fournisseurs référencés, qui vend au sein d'un réseau de clients, dénommés " adhérents ", tous produits ou articles d'optique et/ou d'audiologie, il

convient en fonction des éléments de faits, concrètement de vérifier, si le détaillant demeure "libre de déterminer sa politique commerciale" et s'il est dépourvu de tout lien d'affiliation avec Alliance Optique.

En l'absence de définition juridique de l'affiliation, il y a lieu de se référer à la définition courante de ce terme, qui renvoi à l'idée d'être associé, par le biais de statut, à et dans un groupe, disposant d'intérêts communs et de liens réciproques.

Ainsi, la cour relève, dans l'étude des conditions générales, dénommées d'ailleurs " d'adhésion et de vente" et non "d'achat et de vente" (pièce 13 et pièce 23) :

- la nécessité d'une adhésion, certes gratuite (article 3, 8°) mais qui engendre l'obligation d'ouvrir un compte (article 3, 9°), le présent contrat étant conclu soit pour un an (pièce 13), soit pour une durée indéterminée (pièce 23) avec possibilité de résiliation après respect d'un préavis de 3 mois (pièce 23), de 6 mois (pièce 13).
- la constitution d'une communauté, Alliance Optique, selon le 6° de l'article 1, " veill[ant] à la qualité des adhésions et se réserv[ant] la possibilité de ne pas donner suite à toute demande qu'elle jugerait non conforme à la présente charge, et plus généralement à ses intérêts et ceux des adhérents ".
- la défense d'une image et d'une cohésion du groupe par Alliance Optique, les adhérents, qui s'interdisent toute attitude pouvant nuire à la profession ainsi qu'à la centrale, de façon directe ou indirecte (article 1, 3°) et s'engagent à éviter tout comportement "préjudiciable à l'ensemble des adhérents d'Alliance Optique" (article 1, 4°), pouvant être exclus et voir leur adhésion résiliée sans préavis par Alliance Optique dans l'hypothèse où "l'une quelconque des présentes conditions ne serait pas respectée", notamment "la charte" (à savoir l'article 1 en son intégralité).

Il est détaillé, dans les conditions générales, des obligations qui renforcent les liens réciproques existants entre l'adhérent et la centrale, et dépassent largement celles existant entre un grossiste et un client, tels que :

- l'ouverture d'un compte imposé (article 3, 9°) avec l'obligation de déposer une somme minimale d'argent (article 4, 10°) ;
- des conditions de règlement (article 5), particulièrement strictes puisque le non-respect des délais de paiement, " comme en cas de modification de la solvabilité apparente d'un adhérent peut conduire à une suspension ou une résiliation, sans délai et sans mise en demeure, de l'adhésion, aucun préjudice ne pouvant être invoqué par l'adhérent ;
- l'engagement issu du 5° de l'article 1, qui, certes ne constitue nullement une clause d'approvisionnement exclusif, mais fait peser une obligation de fourniture auprès de la centrale sur les adhérents, qui doivent se comporter " en partenaires loyaux et de bonne foi, privilégiant une solidarité des achats gage de la compétitivité du réseau ", obligation pouvant d'ailleurs donner lieu à résiliation sans préavis pour non-respect (article 8, 23°) ;
- l'existence de services "susceptibles de concourir au développement des adhérents" (préambule des conditions générales d'adhésion), dont il est spécifié qu'ils ne sont nullement " imposés ".

Facultatifs, ils font l'objet d'une diversification et d'une promotion par Alliance Optique auprès de ses adhérents, conduisant alors à accroître le partenariat et à exiger du détaillant des contreparties, plus importantes, sous forme d'engagement de durée ou de volume (programme fidélité, programme de développement individualisé ou réseau " opticiens libres ").

En tout état de cause, pour tout nouvel adhérent en phase de création, l'article 10 prévoit le bénéfice immédiat de services spécifiques de conseils et d'assistance (article 10, 26°) voire en cas de phase de création ou de reprise, le bénéfice possible de facilités de paiement (article 10, 27°) avec engagement de volume (80 % des achats auprès de la centrale) et fourniture du bilan.

Les engagements pris par la centrale au profit de ses adhérents à l'égard de fournisseur, comme, par exemple, l'engagement de du croire est exigé par Essilor, Alliance Optique étant " responsable et se port[ant] garant du règlement de ses commandes et des commandes passées par ses adhérents pour son ordre et son compte ", renforcent en outre nécessairement les liens existants les adhérents et Alliance Optique.

Ces différents éléments établissent l'existence d'un " réseau ", les détaillants accédant à des offres, plus ou moins larges, en contrepartie d'obligations, plus ou moins importantes, mais dépassant largement les relations existants

entre un grossiste et son client, et cela même en présence d'une adhésion aux seules conditions générales d'adhésion et de vente.

D'ailleurs, dans l'ensemble de sa communication, Alliance Optique revendique le statut de centrale d'achat, au service d'adhérents, offrant des prestations et un " accompagnement au quotidien ", permettant d'intégrer un " réseau avec " tous les avantages d'une enseigne sans les inconvénients ", ce qui est bien loin d'une relation achat/vente existant entre un grossiste et un détaillant.

- sur le seuil de revente à perte envisagé par l'alinéa 3 de l'article L. 442-2 du Code de commerce:

Selon l'alinéa 3 de l'article précité, " le prix d'achat effectif tel que défini au deuxième alinéa est affecté d'un coefficient de 0.9 pour le grossiste qui distribue des produits ou services exclusivement à des professionnels qui lui sont indépendants et qui exercent une activité de revendeur au détail, de transformateur, ou de prestataire de services final.

Au vu de l'ensemble des éléments sus-exposés, Alliance Optique ne peut revendiquer le statut de grossiste, le bénéfice de l'alinéa 3 de l'article L. 442-2 ne lui étant donc pas applicable, la décision de première instance devant être infirmée sur ces points.

c) Sur les faits d'annonce de revente à perte :

Aux termes de l'article L. 442-2 du Code de commerce, est interdite la revente ou l'offre de revente d'un produit en l'état et à un prix inférieur à son prix d'achat effectif, qui s'entend, selon l'alinéa 2 de cet article, comme " le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport ".

Il convient donc de tenir compte de la différence entre le prix catalogue et les " autres avantages financiers ", tels qu'ils sont définis dans la convention unique prévue à l'article L. 441-7 du Code de commerce.

L'annonce de revente à perte est donc constituée dès lors que le prix annoncé de la revente des produits est inférieur à leur prix d'achat effectif, soit en l'espèce, lorsque le taux de réduction octroyé par le fournisseur, est inférieur au taux de réductions octroyé par le distributeur.

Pour appliquer l'article L. 442-2 du Code de commerce, il y a lieu de tenir compte d'un " prix effectif d'achat et non d'un prix d'achat projeté.

En l'espèce, Alliance Optique a adressé une offre commerciale à différents opticiens indépendants, affiliés à la centrale d'achat Club Opticlibre, notamment le magasin L.M Optique, comparant les conditions commerciales négociées auprès du verrier Essilor par Alliance Optique et Club Opticlibre, aboutissant à deux offres et annonçant un gain de 46 000 euros dans l'offre 1 et de 64 450 euros dans l'offre 2.

Au vu de la référence dans l'article L. 442-2 du Code de commerce au " prix d'achat effectif ", il importe peu que l'offre litigieuse ait été réalisée en fonction d'une extrapolation annuelle linéaire du chiffre d'affaire 2012, en partant du chiffre d'affaire du mois de janvier 2012, rendant inopérantes les simulations effectuées par Alliance Optique (à partir de l'objectif de chiffre d'affaire Essilor à réaliser pour 2012 et du chiffre extrapolé pour 2012) pour tenter de légitimer son offre a posteriori.

Après une étude des conditions d'achat des produits Essilor par Alliance Optique et de l'offre faite par Alliance Optique, notamment l'offre adressée à L.M Optique, il peut être retenu que :

- hors remise et ristournes d'Essilor aux adhérents (12 ou 13 %), selon l'option n° 1, il est fait état de réductions sur le prix de base de 19 % ou de 20 %, si l'on tient compte des conditions particulières ALL + (Club Grand Compte) ;

- L'option n° 2, correspondant au " pack et bonus Alliance Optique avec les programmes les opticiens libres ", ALL et MyPartners, envisage des remises sur factures de 20 ou 21 % ainsi que des remises en valeur absolue, qui aboutissent à un gain supplémentaire ;

- le total des remises et ristournes obtenues sur le prix d'achat auprès d'Essilor par Alliance Optique, exprimé sur le prix de base, outre la réduction sur facture de 12 ou 13 % et celles revenant directement aux adhérents s'élève, selon l'expert, " si l'on ne fait pas application du mécanisme réservé aux grossistes et en fonction

du chiffre d'affaire qui sera atteint par le groupement, à un taux de réfaction oscillant entre 16,70 % à 19,43 %, pour une progression du chiffre d'affaire variant entre 0 % et 11,63 % par rapport à l'année n-1 " .

Alliance Optique, qui se contente d'invoquer un travail parcellaire de l'expert, notamment à raison de l'ignorance de certaines conditions spécifiques obtenues par Alliance Optique, n'apporte aucun élément précis venant démontrer que les conclusions de l'expert ont ainsi été faussées, les conditions supplémentaires invoquées n'étant même pas détaillées dans ces conclusions.

Quant au reproche fait à l'expert d'avoir travaillé sur une extrapolation du chiffre d'affaire, il est pour le moins étonnant, Alliance Optique fondant une bonne part de sa démonstration sur des extrapolations en la matière.

Il est, de toute façon, inefficace, puisqu'il ressort des conclusions même d'Alliance Optique que le chiffre d'affaire net ristournable Essilor en 2011 était de 21 507 054 euros, et le chiffre 2012 de 22 767 905, 96 euros, soit une progression envisagée par la fourchette retenue par l'expert (0 % à 11,63%) .

Enfin, son chiffre d'affaire ristournable effectivement réalisé en 2012, inférieur aux objectifs en chiffre d'affaire Essilor pour 2012, arrêtés entre les parties, ne pouvait conduire à un taux de ristourne aussi conséquent.

Dès lors, quelle que soit la configuration, au vu du chiffre d'affaire 2012 effectivement réalisé, le taux de réfaction n'atteignant aucunement les 20 % annoncés, l'offre litigieuse est donc bien une offre de revente à perte.

2) Sur la faute civile reprochée à Alliance Optique sur le fondement de l'article 1382 du Code civil :

Par une phrase sibylline, la société Club Opticlibre, après avoir invoqué comme faute la revente à perte constituée par le non-respect de l'article L. 442-2 du Code de commerce, entend démontrer qu' " indépendamment de toute infraction pénale, le simple fait de démarcher la clientèle d'un concurrent en vendant des produits à perte dans le seul but de l'attirer vers son entreprise constitue une faute civile sur le fondement de l'article 1382 du Code civil " .

La cour note la contradiction même qui existe dans cette phrase, puisqu'après avoir affirmé une faute distincte de l'infraction pénale, les éléments constitutifs de cette dernière sont repris pour caractériser le démarchage fautif reproché à la société Alliance Optique.

Dans les développements de la société Club Opticlibre, aucune dissociation ne peut être effectuée entre l'infraction pénale et la faute civile spécifique dénoncée.

Ainsi, après avoir rappelé la jurisprudence en matière de démarchage de clientèle (§2), dès le 3e paragraphe, l'appelante se réfère à nouveau aux éléments de la vente à perte et en déduit un procédé contraire aux usages loyaux du commerce (§4).

La cour note, de plus, que par ce biais, c'est le procédé utilisé pour obtenir le résultat d'offre de revente à perte qui est ainsi décrit.

Seul le paragraphe 5 évoque " une campagne de démarchage ciblée ... particulièrement agressive ", comparant les conditions obtenues par sa concurrente et annonçant pour elle-même des prix de vente économiquement intenable sur le long terme ou auprès de l'ensemble de ses adhérents " .

Ces éléments décrivent le fait fautif de démarchage agressif, élément distinct de l'offre de vente à perte. Toutefois les différents éléments évoqués pour le constituer ne sont aucunement détaillés, de façon à les démontrer spécifiquement.

Dès lors, au vu de l'imbrication des éléments retenus, aucune faute distincte n'est établie par la société Club Opticlibre, s'agissant essentiellement des développements d'un même et seul fait à savoir la revente à perte. La demande de ce chef ne peut qu'être rejetée.

3) Sur le préjudice de la société Club Opticlibre :

a) sur le préjudice financier :

De manière générale, la cour note le caractère particulièrement lacunaire des éléments versés aux débats au soutien d'une demande de dommages et intérêts pourtant de 930 133 euros, ce que semble justifier la société club Opticlibre

par une volonté de préserver le secret des affaires, la société ne souhaitant " surtout pas communiquer les conditions commerciales accordées à nos adhérents au cas par cas (pièce 32) ".

Si, en présence d'un acte déloyal, le trouble moral ainsi que le trouble commercial s'apprécient souplement, notamment en cas de demande de cessation du comportement déloyal, il n'en demeure pas moins que, pour la réparation d'un dommage avéré sous forme de dommages-intérêts, il convient de démontrer l'étendue du préjudice, le chiffrer, à l'aide de documents comptables, notamment, à verser aux débats, et établir le lien de causalité entre les faits de concurrence déloyale et les préjudices invoqués.

En l'espèce, la société club Opticlibre évoque un préjudice commercial, lié à la nécessité, d'une part, d'octroyer des remises supplémentaires, d'autre part, de faire face au départ des 11 " opticiens 10Strict.

- un préjudice lié à la nécessité de consentir des réductions/ristournes supplémentaires :

Pour fonder sa demande de dommages et intérêts à hauteur de 707 508 euros, la société Club Opticlibre mentionne la nécessité de consentir des réductions/ristournes supplémentaires aux 19 opticiens démarchés, notamment par le biais d'avenants.

La cour note toutefois que :

- ne sont produites que 3 pièces, dont deux [à savoir la note rédigée par les soins de l'appelante sur l'estimation qu'elle a faite de son préjudice (pièce 32) et une attestation de son expert-comptable qui indique avoir vérifié les éléments invoqués par la société (pièce 40)] retranscrivent directement les affirmations de la société, contrevenant au principe selon lequel nul ne peut se constituer de preuve à soi-même ;

- les éléments chiffrés, repris dans les conclusions, la pièce 32 et la pièce 40 ne sont pas toujours similaires, la société ne prenant pas toujours en référence la même année de référence, soit 2012 (pièce 32), soit 2013 (pièce 40).

Les ristournes complémentaires, n'ayant pu être éventuellement concédées que pour l'avenir, les faits fautifs s'étant déroulés en février 2012, et les avenants éventuellement souscrits en janvier 2013, il sera pris en compte le chiffre d'affaire 2013 pour l'évaluation du préjudice.

La pièce n° 31, à savoir l'attestation du PDG de la SAS Anjou Optique caractérise tant l'octroi de remises complémentaires aux conditions habituelles que le lien entre cette remise et la proposition commerciale émanant d'Alliance Optique.

Elle est toutefois le seul élément de preuve produit et ne peut permettre d'établir la nécessité d'une telle démarche auprès des 18 autres opticiens, ce d'autant qu'il résulte de énonciations mêmes de la pièce 40 (page 5), que la société indique avoir été en mesure de convaincre deux opticiens exploitant trois magasins de rester adhérents à la centrale sans leur concéder de conditions commerciales supplémentaires.

Alors même que la société Club Opticlibre aurait pu obtenir des attestations des autres opticiens démarchés, faisant toujours partie a priori de son réseau, voire aurait pu produire les avenants souscrits dans ce cadre, elle ne démontre pas le nombre de démarches similaires rendues nécessaires par le fait fautif, la teneur des avantages éventuellement concédés ainsi que la durée de ces concessions.

Le préjudice ne peut donc qu'être estimé à l'aune des répercussions auprès du seul et unique opticien auteur d'une attestation.

Au vu, en outre, de l'absence d'avantages consentis à trois magasins, le chiffre d'affaires transité, le pourcentage des remises et la durée moyenne d'adhésion sera donc pris en compte, sans les intégrer (page 11, pièce 40 sous total 1).

Pour déterminer le préjudice subi par Club Opticlibre, la cour retient comme critères :

- l'ancienneté des relations unissant cet opticien avec la centrale de 7,8 ans, soit une ancienneté importante mais également très proche de la durée moyenne d'adhésion des magasins, soit 7,2 ans ;

- l'absence de production de l'avenant permettant de déterminer la durée de cette concession, la tacite reconduction du contrat et de son éventuel avenant devant être pondérée en fonction de la durée moyenne de l'adhésion ;

- le chiffre d'affaires 2013 HT ayant transité par les 16 points de vente démarchés par Alliance Optique, soit la somme de 4 431 445 euros, et les avantages particuliers consentis en 2013 pour les 16 points de vente, soit 89 558 euros ;

- le chiffre d'affaire propre du magasin Anjou Optique, soit 430 351 euros en 2013.

Au vu de l'ensemble de ses éléments et au regard de la répercussion sur au moins deux années des concessions, il convient de condamner la société Alliance Optique, à raison des avantages particuliers rendus nécessaires au prorata du chiffre d'affaires du magasin concerné, à la somme de 17 394, 49 euros HT ( $[(89\ 558 / (4\ 431\ 445/430\ 351))] \times 2$ ).

- le préjudice lié au départ d'adhérents :

La société Club Opticlire sollicite, en outre la somme de 222 625 euros au titre de la marge nette perdue pour les points de vente recrutés par Alliance Optique en janvier 2013.

Toutefois pour attester du départ de 11 opticiens 10 Strict, elle ne produit que deux courriers de résiliation, l'un de l'opticien de Talence, l'autre de Cestas.

Force est de constater que ces courriers sont des plus lapidaires et ne font aucunement référence à la pratique reprochée à Alliance Optique.

Il convient en outre de noter que ces courriers sont tous deux datés de la fin du mois de décembre 2012, soit à une date très éloignée de la pratique litigieuse, qui aurait eu lieu dans le courant du mois de février/mars 2012.

La société Club Opticlire sollicite une indemnisation de son préjudice par rapport à ce groupe d'opticiens, soulignant le " non-respect des modalités de résiliation de leur contrat sans l'explicitier plus avant et sans démontrer que ce fait était la conséquence directe de l'offre de revente à perte réalisée par Alliance Optique.

Enfin, il n'est pas contesté par les parties que ce groupe d'opticiens avait d'ores et déjà pu quitter brutalement leur précédente centrale d'achat et que des litiges les opposent aux différentes centrales d'achat (quant au calcul globalisé de leur chiffre d'affaire pour les ristournes ou au remise de fin d'année).

En conséquence, le lien de causalité, si tant est que soit établi le départ des 11 opticiens 10 Strict, ce qui n'est aucunement le cas, n'est pas démontré. La demande de ce chef ne peut qu'être rejetée.

Dès lors la décision de première instance, en ce qu'elle a débouté la SA Club Opticlire de toutes ses demandes ne peut qu'être infirmée et la SA Alliance Optique condamnée au titre de l'indemnisation au paiement de la somme de 17 394, 49 euros HT.

b) sur le préjudice d'image :

Elle estime en outre avoir subi un préjudice d'image, né de l'annonce de revente à perte commise par Alliance Optique, cette pratique ayant " fortement déstabilisé le réseau d'opticiens de Club Opticlire qui s'est trouvée brutalement confrontée à une perte de crédibilité auprès de ces opticiens ".

Toutefois, là encore aucun élément n'est versé pour attester de ce fait alors même que Club Opticlire était en mesure de produire les échanges (mails, courriers...) avec ces adhérents à la suite de cette opération, attestant de leurs interrogations voire de leurs critiques.

Club Opticlire ne peut qu'être déboutée de sa demande.

II] Sur la demande reconventionnelle de la société Alliance Optique :

La société Alliance Optique formule une demande reconventionnelle à l'encontre de la société Club Opticlire à titre de dommages et intérêts en réparation d'un préjudice subi à raison de faits de concurrence déloyale par dénigrement.

Alliance Optique se contente, dans le cadre de ses conclusions, d'affirmer de manière très générale que l'examen des différentes pièces du dossier et des différentes procédures menées par Club Opticlire révèle suffisamment que cette dernière a entendu répliquer à [son] offre commerciale intéressante par une campagne de dénigrement basée sur des informations dont il sera aujourd'hui jugé qu'elles sont fausses'.

Aucune démonstration, tant en fait qu'en droit n'est effectuée.

S'il est fait référence dans les conclusions à une "publicité de la procédure dans la presse professionnelle" ainsi qu'à des "argumentaires lors de visite des réseaux", aucune pièce n'est versée aux débats permettant d'établir ces allégations.

La cour note que la seule pièce qui pourrait se rapporter à ce reproche est un courrier qui aurait été adressé par Club Opticlibre à des opticiens - semble-t-il - du réseau Alliance Optique (pièce 22 et 10). Toutefois les conclusions ne s'y réfèrent aucunement.

Aucun élément ne permet de déterminer la divulgation qui a été faite de ce courrier.

Au surplus, la teneur de ce courrier reste mesurée, ce dernier ne comprenant aucune attaque déloyale, mais consistant en une publicité comparative et une mise en valeur des avantages obtenus par Club Opticlibre, dans un domaine où la concurrence est importante.

Il n'est aucunement allégué ni démontré que les éléments évoqués dans ce courrier soient trompeurs.

Ni le préjudice ni le lien de causalité ne font l'objet d'une quelconque explication.

Alliance Optique ne peut qu'être déboutée de cette demande, et le jugement querellé confirmé de ce chef.

III] Sur les dépens et accessoires :[...]

Par ces motifs : Confirme le jugement du Tribunal de commerce de Lille Métropole en date du 24 mars 2015, en ce qu'il dit l'article L. 442-2 du Code de commerce applicable au présent litige, en ce qu'il déboute la société Alliance Optique de sa demande de dommages et intérêts, en ce qu'il dit n'y avoir lieu à exécution provisoire. Réforme pour le surplus le jugement du Tribunal de commerce de Lille Métropole en date du 24 mars 2015, Statuant à nouveau, Rejette la demande de la SA Club Opticlibre visant à écarter les pièces ; Condamne la SA Alliance Optique à payer à la SAS Club Opticlibre la somme de 17 394, 49 euros HT au titre de son préjudice financier, avec intérêt au taux légal à compter de la présente décision, Déboute la SAS club Opticlibre de sa demande au titre du préjudice d'image, Déboute la SA Alliance Optique de sa demande reconventionnelle en réparation de son préjudice ; Condamne la société Alliance Optique à verser à la SAS Club Opticlibre une somme de 20 000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile, Déboute la société Alliance Optique de sa demande au titre de l'indemnité procédurale, Condamne la société Alliance Optique aux dépens de première instance et d'appel, en ce compris les frais d'expertise.

**Un commentaire de cet arrêt** : M. Malaurie-Vignal, *Pour la cour d'appel de Douai, l'interdiction de revente à perte prévue par l'article L. 442-6 du Code de commerce échappe au champ d'application de la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales*, CCC, 2016, n° 7, comm. 165.

### **C) Avis CEPC**

Avis n° 10-13 relatif à une demande d'avis émanant d'une organisation professionnelle de fournisseurs portant sur une pratique d'un distributeur à l'égard de ses fournisseurs en matière d'organisation logistique

Avis n° 09-06 venant compléter le dispositif de Questions-Réponses relatif à la mise en œuvre de la LME

### **D) Dossier Législatif**

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2018-1128 du 12 décembre 2018 relative au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires

Ordonnance n° 2018-1128 du 12 décembre 2018 relative au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires



## **Séances 4 et 5 : La rupture brutale de relations commerciales établies**

### **I) Exercice à réaliser : Cas pratique**

Objet : Consultation pour un fournisseur de micro-processeurs

Un fournisseur de micro-processeurs, MECARILS, est en relation depuis 2007 avec un constructeur de téléphones, NICEGRAHAM, qui lui confie l'intégralité de la réalisation des processeurs équipant ses terminaux. En octobre 2017, le constructeur l'informe qu'il aura recours à une procédure d'appel d'offres concernant son approvisionnement en micro-processeurs pour sa nouvelle gamme de modèles de téléphones, et que cette procédure sera mise en place dès janvier 2018.

MECARILS réalise 72% de son chiffre d'affaires avec NICEGRAHAM.

Durant le mois d'octobre, le constructeur rassure son partenaire sur le déroulement de cette procédure et lui laisse entendre qu'il y a de fortes chances qu'il soit retenu.

En mars 2018, à la suite de la procédure d'appel d'offres, MECARILS n'est retenu que pour la réalisation de 3 projets les 11 proposés.

A la suite de ce désaveu, MECARILS est obligée de rompre des relations de plus de 20 ans qu'elle entretenait avec une société de cybersécurité, en lui accordant un préavis de 2 mois. Cette société, qui réalisait 25% de son chiffre d'affaires avec MECARILS, a trouvé un nouveau partenaire dans le mois suivant cette rupture.

De plus, MECARILS a été obligé de licencier 59 de ses salariés. Elle a également mis fin à sa relation avec un fournisseur de matériaux depuis plus de 10 ans, en accordant un préavis qu'elle juge, après coup, manifestement trop court. Elle décide ainsi de prolonger le préavis initialement notifié, étant persuadée que cette démarche lui évitera la mise en jeu de sa responsabilité.

Par ailleurs, votre client vous informe d'une autre situation sur laquelle il souhaiterait avoir votre analyse. Il vous révèle qu'il a eu pour fournisseur, à partir de 1983, la société X., puis les sociétés Y. et Z., venues aux droits de la première et avec lesquelles il a, à partir de 1998, conclu des contrats écrits renouvelés annuellement. Le 8 juin 2015, les fonds de commerce de ces deux dernières sociétés ont été acquis, dans le cadre d'un plan de cession, par la société C., avec laquelle il a signé en 2015 un nouveau contrat qui n'était que la reprise, à quelques modifications près, du contrat conclu l'année précédente avec les sociétés Y. et Z. Votre client, le 8 mai 2016, a informé la société C. de son souhait de ne pas renouveler le contrat qui les liait, en lui accordant un délai de préavis écrit de 1 mois au regard de la durée de leur relation qu'il estime à 1 année.

MECARILS, souhaiterait connaître l'ensemble des recours qui seraient susceptibles d'être engagés au regard de sa situation personnelle, mais aussi au regard de la situation de ses partenaires.

La société PENTASYS, détenue à hauteur de 29% par MECARILS, est une entreprise établie à Montpellier spécialisée dans la distribution de produits informatiques. Elle entre en relation, en 2011 avec la société allemande NICEGRAHAM, fabricant de tels produits, avec laquelle elle conclut un contrat de distribution exclusive, en ce sens que PENTASYS dispose d'une exclusivité territoriale (sur l'Hérault) et qu'elle s'engage auprès de NICEGRAHAM à ne s'approvisionner qu'en produits de cette dernière.

Le contrat est prévu pour durer dix ans, il comprend les clauses suivantes (on supposera donc qu'aucune autre clause du contrat ne vient perturber la compréhension de ces clauses) :

« Article 5 durée : le contrat est prévu pour une durée de dix ans, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013, il se renouvellera à cette date pour une nouvelle durée identique, sauf à ce que l'une des parties ne dénonce ce renouvellement, six mois, au moins, avant son échéance ».

(...)

Article 6 Fin du contrat : après la rupture du contrat, quelle qu'en soit la cause, Alpha s'engage à respecter un engagement de non-concurrence, l'empêchant d'exercer une activité de distribution de produits de literie concurrent, pour une durée de un an, et pour le territoire contractuel »..

(...)

Article 12 : loi applicable, litiges : la loi allemande est applicable au contrat, en cas de litige, les tribunaux compétents de Munich pourront seuls connaître du litige. »

Le 12 septembre 2018, la société PENTASYS reçoit, de la société MECARILS, un courrier indiquant, en substance, que le contrat sera rompu, à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2018, en raison des mauvais résultats de la société Alpha, qui ne correspondent pas aux résultats attendus ».

La société PENTASYS entend porter le litige devant le tribunal de commerce de Montpellier, afin, entre autres, que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce lui soient reconnues.

La société PENTASYS vous consulte alors et, à cette occasion, vous prenez connaissance du livret (cf. infra) que l'un de vos associés vient de recevoir d'une formation assurée par un professeur de droit.

### **A consulter : Jurisprudence**

Com., 3 déc. 2002, pourvoi n° 00-16818  
Com., 2 déc. 2008, pourvoi n° 08-10731  
Com., 16 déc. 2008, pourvoi n° 07-15589  
Com., 10 nov. 2009, pourvoi n° 08-18337  
Com. 18 mai 2010, pourvoi n° 08-21681  
Com., 18 jan. 2011, pourvoi n° 10-11885  
Com., 28 juin 2011, pourvoi n° 10-16867  
Com., 6 sept. 2011, pourvoi n° 10-11975  
Com., 2 nov. 2011, pourvoi n° 10-25.323  
Com., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-10.544  
Com., 3 mai 2012, pourvoi n° 10-28.366  
Com. 12 février 2013, pourvoi n° 12-13.819  
Com. 12 février 2013, pourvoi n° 12-11.709  
Com. 16 avril 2013, pourvoi n° 12-15.591  
Cass. com., 11 juin 2013, pourvoi n° 12-21424  
CA Paris, 13 septembre 2012, RG n° 10/07699  
Com. 22 octobre 2013, pourvoi n° 12-19.500  
Com. 20 mai 2014, pourvoi n° 13-16.398  
Com. 20 mai 2014, pourvois n° 12-26.705, 12-26.970 et 12-29.281

## **Séance 5 : La rupture brutale de relations commerciales établies (II) : contexte international et processuel**

### **Exercice à réaliser**

**(lecture approfondie des documents joints absolument indispensable) :**

La société Alpha est une entreprise établie à Montpellier spécialisée dans la distribution de montres de luxe. Elle entre en relation, en 2013 avec la société suisse Kappa, fabricant de cette gamme de produits, avec laquelle elle conclut un contrat de distribution sélective, en ce sens que Alpha dispose désormais d'une gamme de produits maîtrisée et de réduire son nombre de fournisseurs grâce aux économies envisagées, elle s'engage donc auprès de Kappa à ne s'approvisionner qu'en produits de cette dernière.

Le contrat est conclu pour une durée de dix ans, il comprend les clauses suivantes (on supposera donc qu'aucune autre clause du contrat ne vient perturber la compréhension de ces clauses) :

« Article 5 durée : le contrat est prévu pour une durée de dix ans, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013, il se renouvellera à cette date pour une nouvelle durée identique, sauf à ce que l'une des parties ne dénonce ce renouvellement, six mois, au moins, avant son échéance ».  
(...)

Article 6 Fin du contrat : après la rupture du contrat, quelle qu'en soit la cause, Alpha s'engage à respecter un engagement de non-concurrence, l'empêchant d'exercer une activité de distribution de produits de literie concurrent, pour une durée de un an, et pour le territoire contractuel »..  
(...)

Article 12 : loi applicable, litiges : la loi allemande est applicable au contrat, en cas de litige, les tribunaux compétents de Munich pourront seuls connaître du litige. »

Le 12 septembre 2018, la société Alpha reçoit, de la société Kappa, un courrier indiquant, en substance, que le contrat sera rompu, à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2018, en raison des mauvais résultats de la société Alpha, qui ne correspondent pas aux prévisionnels envisagés ».

La société Alpha entend porter le litige devant le tribunal de commerce de Montpellier, afin, entre autres, que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5<sup>o</sup> du Code de commerce lui soient reconnues.

La société Alpha vous consulte alors et, à cette occasion, vous prenez connaissance du livret (cf. infra) que l'un de vos associés vient de recevoir d'une formation assurée par un professeur de droit.

# 1. CONTEXTE INTERNATIONAL

## I. DOCTRINE

### **Cyril NOURISSAT, Rupture brutale d'une relation commerciale établie : du curieux effet du franchissement d'une frontière sur la nature de l'action ! RLDA 2007, N° 19, p.67**

Une série d'arrêts et de jugements prononcés ces derniers mois permet d'illustrer combien une même situation juridique peut recevoir des qualifications différentes selon qu'elle est envisagée dans l'ordre interne ou dans l'ordre international. Est ici en cause la nature de l'action dont l'objet est de sanctionner la rupture brutale d'une relation commerciale établie telle qu'elle est envisagée aujourd'hui par l'article L. 442-6, I, du Code de commerce. Si la divergence – action de nature délictuelle dans l'ordre interne, action de nature contractuelle dans l'ordre international – a de quoi perturber, elle peut cependant probablement se justifier.

[Cass. com., 6 févr. 2007, no 04-13.178, P+B ; Cass. 1re civ., 6 mars 2007, no 06-10.946, P+B]

Première espèce : la société A entretient avec la société B des relations commerciales suivies, cette dernière vendant à des tarifs préférentiels ses produits destinés à la grande distribution. L'augmentation sans préavis des tarifs jusque-là consentis est analysée par A comme un cas de rupture brutale et l'amène à agir sur le fondement de l'article L. 442-6, I-5° du Code de commerce. Quelle est la nature de l'action ? Réponse de la chambre commerciale : délictuelle. En conséquence de quoi la juridiction désignée par la clause attributive stipulée entre A et B – clause dont se prévalait B – n'était pas compétente pour connaître de l'action.

Deuxième espèce : la société A a confié en 2000 à la société B la distribution exclusive d'armes qu'elle fabrique. La société A a rompu les relations commerciales avec effet au 31 décembre 2003. B l'a alors assignée en réparation du préjudice subi du fait de cette rupture sur le fondement de l'article L. 442-6, I-5° du Code de commerce. Quelle est la nature de l'action ? Réponse de la première chambre civile : contractuelle. En conséquence de quoi seule la juridiction désignée par la clause attributive stipulée dans le contrat entre A et B était compétente pour connaître de l'action.

Mêmes faits ou presque ; même juridiction ou presque. Et pourtant, deux solutions diamétralement opposées. Simple contradiction de jurisprudence entre chambres qu'un arrêt d'Assemblée plénière pourra résoudre ? Peut-être... Plus fondamentalement, illustration de ce que l'extranéité peut bouleverser la donne et conduire à démontrer que ce qui est vrai dans l'ordre interne (l'action est de nature délictuelle) ne l'est pas dans l'ordre international (l'action est de nature contractuelle). La seule différence qui marquait en effet les deux espèces était que, dans le premier cas, A et B avaient l'une et l'autre leur siège social sur le territoire français alors que, dans le second cas, A avait son siège en Allemagne et B son siège en France !

Le lecteur n'ignore pas que la rupture brutale des relations commerciales telle qu'abordée par l'article L. 442-6, I-5° du Code de commerce est aujourd'hui le fondement très régulier d'actions entre opérateurs économiques. Il n'est pas le lieu dans ces colonnes de revenir sur les raisons d'être de cette disposition qui alimente abondamment la chronique à l'instar, d'ailleurs, de l'article L. 442-6, III, du Code de commerce dont l'avenir semble pour le moins problématique. Il est plus modestement proposé de tenter de comprendre la divergence si ce n'est la différence (I) avant que d'essayer d'identifier l'attitude que cela implique (II).

*« Mêmes faits ou presque ; même juridiction ou presque. Et pourtant, deux solutions diamétralement opposées. Simple contradiction de jurisprudence entre chambres qu'un arrêt d'Assemblée plénière pourra résoudre ? Peut-être... ».*

## I. – TENTATIVES D'EXPLICATION

Rappelons que, issu de la loi n° 96-588 du 1<sup>er</sup> juillet 1996 et modifié à de très nombreuses reprises depuis, l'article L. 442-6, I-5° du Code de commerce dispose qu'« 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, 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 ».*

Naturellement, et dans la perspective de qualification qui nous intéresse ici, deux expressions retiennent l'attention. Sachant que la question est celle de savoir pourquoi et comment l'on peut qualifier l'action de délictuelle dans l'ordre interne et de contractuelle dans l'ordre international, la logique commande de revenir sur les termes de « *rupture brutale* » et de « *relation commerciale établie* », espérant y trouver une source de réponse.

La première remarque concerne l'adjectif « *brutal* ». Il ne doit pas être confondu avec « *abusif* ». Certes, l'un n'exclut pas l'autre, comme l'atteste d'ailleurs un arrêt inédit du 6 mars 2007 (Cass. com., 6 mars 2007, n° 05-18.121). C'est peut-être là ce que l'on appellera la rupture fautive des relations commerciales établies (De Brosses A., La rupture fautive de relations commerciales établies, Dr. & patr. 2003, n° 116, p. 50). Mais alors que l'abus se rattache probablement avant tout à la logique contractuelle, l'on comprend que la brutalité est, elle, de l'ordre du délit (sur ces différents aspects, cf. Lamy droit économique 2006, n°s 1423 et s.). Ce que confirment d'ailleurs tant la lettre que la « *position* » de l'article L. 442-6 du Code de commerce.

La seconde remarque concerne l'adjectif « *établi* ». Sans entrer dans une analyse de l'abondante jurisprudence existante (pour des références, cf. Lamy droit économique 2006, n° 1426), il est net que celle-ci prend avant tout en compte la durée, la continuité et non la formalisation des relations. C'est ainsi notamment qu'il a été considéré que la rupture peut intervenir alors même qu'il n'y a pas ou il n'y a plus de contrat, par exemple à la suite d'une résiliation ou d'un non-renouvellement. C'est probablement là que siège le point essentiel de nature à expliquer la divergence de solution dans l'ordre interne et dans l'ordre communautaire. Il est en effet acquis que le droit communautaire a une vision plus « *généreuse* » du contrat, à tout le moins de la matière contractuelle. Est-il besoin de rappeler que cette dernière existe dès lors qu'apparaît un « *engagement librement assumé d'une partie envers une autre* » (CJCE, 17 juin 1992, aff. C-26/91, Jakob Handte, Rec. CJCE, I, p. 3967). Il est alors probable que le droit communautaire considérera que la poursuite de relations commerciales nonobstant tout contrat s'analyse bien en cet « *engagement librement assumé* ».

Au-delà de ces observations largement sémantiques, il paraît nécessaire d'insister aussi sur une donnée essentielle. Les deux arrêts mentionnés, les deux solutions retenues illustrent probablement le fait que les objectifs recherchés varient dans l'ordre interne et l'ordre international, spécialement parce que la qualification de l'action est intimement liée à sa nature judiciaire.

On ne peut s'empêcher de penser que la solution selon laquelle, au plan interne, l'action fondée sur la rupture brutale des relations commerciales établies présente une nature délictuelle, est dictée par l'existence de la règle de compétence selon laquelle elle peut être portée devant le tribunal.

On ne peut s'empêcher de penser que la solution selon laquelle, au plan international, l'action fondée sur la rupture brutale des relations commerciales établies présente une nature contractuelle, est dictée par l'existence de la faveur marquée à l'égard des clauses attributives de juridictions dans cette sphère.

Dans les deux cas, il est incontestable que la solution se présente comme favorable au demandeur. Dans le premier, c'est tout simplement le tribunal du domicile du demandeur victime qui sera compétent, facilitant incontestablement l'action en justice, ne serait-ce que pour des raisons purement matérielles tirées de la proximité géographique. Dans le second, c'est tout simplement le tribunal désigné – sous réserve que la clause soit valable, mais l'on sait le libéralisme en la matière du règlement « *Bruxelles I* » (cf. Règl. Cons. CE n° 44/2001, 22 déc. 2000) ou de la Convention de Bruxelles de 1968 (pour une présentation, cf., notamment, Nourissat C., Lamy procédures communautaires, fasc. n° 240) – qui sera compétent, facilitant incontestablement l'action en justice, ne serait-ce que pour des raisons de prévisibilité, au combien essentielles dans l'ordre intracommunautaire ou international. Relevons, d'ailleurs, que la nature délictuelle de l'action, si elle avait aussi été retenue dans l'ordre intracommunautaire, aurait permis le jeu de l'article 5, paragraphe 3, et ainsi *mutatis mutandis* rejoint l'avantage mis en avant dans l'ordre interne. Mais, outre que la notion même de matière délictuelle présente une autonomie à l'instar de celle de matière contractuelle susceptible d'engendrer un débat de

qualification, le recours à l'article 5, paragraphe 3, du règlement « *Bruxelles I* » ne se présente que comme une option pouvant possiblement engendrer débat. Tel n'est pas le cas de la clause attributive dont, tant la Cour de justice des Communautés européennes que la Cour de cassation, ont clairement et nettement affirmé la « *suprématie* » sur tous les autres chefs de compétence comme en atteste la jurisprudence la plus récente, y compris parfois non sans surprise quant aux conséquences qui en découlent (*cf.* en ce sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 janv. 2007, n° 05-17.741, P+B, RLDA 2007/19, En bref, p. 71).

Où l'on a en définitive le sentiment assez net que des considérations purement matérielles ne sont pas étrangères aux qualifications divergentes retenues dans les deux arrêts ici commentés, illustrant au passage le fait que l'intégration de l'espace judiciaire européen n'est pas encore totalement réalisée en ce que le contentieux intracommunautaire civil et commercial par certains aspects s'identifie à son homologue interne (par exemple au travers de la disparition de l'*exequatur*), par d'autres aspects maintient l'idée des frontières.

## II. – PROPOSITIONS DE PRÉCONISATION

La divergence entre l'ordre interne et l'ordre international mise en lumière, il reste à en tirer les conséquences. La mise en garde s'impose dès lors que l'on retient que les « *cessions* » de contrat constituent des hypothèses fréquentes, à tout le moins que la substitution de contractants se rencontre régulièrement. Il ne faut donc pas exclure qu'un contrat puisse se transformer dans le temps, se métamorphosant de contrat interne en contrat international et réciproquement.

Dans une affaire qui, en son temps, avait retenu l'attention, la Cour de cassation avait pu en donner une illustration assez obscure qui avait amené à s'interroger sur la question toujours débattue de l'internationalité du contrat (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 oct. 2005, n° 02-12.959, Bull. civ. I, n° 352, Procédures 2006, comm. 79, obs. Nourissat C.). Pour faire simple, rappelons qu'à l'occasion de cette affaire, amenée à devoir se prononcer sur l'opposabilité de la clause attributive en raison de l'internationalité de la situation, la Haute Juridiction, après avoir affirmé que cette internationalité doit s'apprécier « *pour des motifs de sécurité juridique, au moment de la conclusion de la clause attributive de juridiction* » avait, ensuite, relevé que « *dans la commune volonté des parties, la situation n'avait pas de caractère international* » et, dès lors, considéré que la clause était inopposable... D'internationale (le contrat avait été rédigé et conclu par deux parties ayant leur siège respectif dans des États membres différents), la situation avait évolué vers le national (le contrat avait été exécuté en France par la filiale française de la société de droit allemand).

Si l'on relie ce dernier arrêt à ceux ici commentés, l'on en vient à s'intéresser au sort de la clause attributive de juridiction en cas de rupture brutale de la relation commerciale établie. En présence d'un contrat liant deux opérateurs en relations commerciales, la stipulation de la clause est-elle souhaitable ou non, sachant donc que dans l'ordre interne, la clause sera probablement paralysée dans ses effets alors que, dans l'ordre international, au contraire, elle produira pleinement son office ? Sauf à devoir immédiatement préciser que, à la lumière de l'arrêt du 4 octobre 2005 (*cf.* Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 oct. 2005, n° 02-12.959) l'internationalité pose question.

En effet, si l'on combine les différentes décisions, il est clair qu'un contrat commercial international mettant en présence deux parties ayant leur siège dans des États membres différents et contenant une clause attributive qui se transformerait en contrat commercial interne, s'il venait à être l'objet d'une rupture brutale, n'autorisera pas la victime à se prévaloir de la clause attributive. Bien que la clause ait été stipulée dans les conditions du règlement « *Bruxelles I* », on devra considérer que désormais, la situation, dans la commune volonté des parties, n'a pas de caractère international et appliquer l'arrêt du 6 février 2007 (Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-13.178) : la rupture sera portée devant le juge du tribunal où se trouve leur siège social. Il est en revanche moins clair que si le contrat commercial est interne et contient une clause attributive de juridiction et qu'il se transforme en contrat international par l'effet, par exemple, d'une substitution de contractant, sa rupture brutale puisse permettre la mise en œuvre de la compétence du juge désigné par la clause stipulée. En effet, ne devrait-on pas considérer que l'arrêt du 4 octobre 2005 précité, fait échec à la solution retenue par l'arrêt du 6 mars 2007 (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mars 2007, n° 06-10.946), car l'on ne saurait considérer que l'internationalité puisse exister «

au moment de la conclusion de la clause attributive de juridiction » ? En d'autres termes, la nature délictuelle devrait prévaloir et le jeu de la clause attributive serait paralysé !

Chacun concédera que tout ceci n'est pas très satisfaisant et pose très simplement la question même de l'intérêt de stipuler une telle clause attributive, du moins en cas de rupture brutale de la relation commerciale. Mais aussi, que cela amène à s'interroger sur le sort d'une éventuelle clause compromissoire... Nul n'ignore que Madame le Ministre de l'économie, des finances et de l'emploi a, le 26 juillet dernier, lancé une consultation publique autour du bilan et de la réforme de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des PME et que le questionnaire pour la consultation publique contient une question 20 libellée comme suit : « *La réécriture du L. 442-6 du Code de commerce vous semble-t-elle nécessaire et si oui dans quel sens ?* ». Très probablement, la réponse sera positive. D'aucuns n'hésiteront pas à soutenir que c'est avant tout la jurisprudence qui devrait être réécrite... Pour notre part, nous nous bornerons à souligner combien la pollution des actions par des débats *in limine litis* est préjudiciable et que dès lors que les textes concernent des actions, les doigts de celui qui frappent sur son clavier pour les écrire doivent trembler !

**Recueil Dalloz 2011 p.1495**

### **La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre**

**Daniel Mainguy, Professeur à la Faculté de droit de Montpellier**

« *Les contrats ont certes besoin de droit, il n'est pas sûr qu'ils aient besoin de loi* » (P. Rémy, Droit des contrats : questions, positions, propositions, in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 271).

Le très fameux article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce illustre cette aporie : loi de circonstances, loi de transition, voire loi de Murphy. Il est devenu le support majeur de pratiquement tout le contentieux de la rupture des contrats (d'affaires), supplantant l'analyse prétorienne de l'abus du droit de rompre un contrat, en raison de l'attraction qu'offre, dans une tradition légicentriste, un texte de loi et du renfort de la désormais fameuse « action du ministre » du § III, autonome, conforme à la CEDH et à la Constitution (Cons. const. n° 2010-85 QPC, 13 janv. 2011, D. 2011. 392, chron. M. Chagny, et 415 , note Y. Picod ; JCP E 2011. 1136, note D. Mainguy ; AJ pénal 2011. 191 , obs. J.-B. Perrier ; RTD civ. 2011. 121 , obs. B. Fages). Au-delà, cependant, l'une des difficultés majeures repose sur le régime de responsabilité qui sanctionne ce

texte et les conséquences qui s'y attachent.

La question est apparue à l'occasion d'un arrêt de la chambre commerciale du 6 février 2007 qui avait affirmé que la responsabilité liée à la mise en oeuvre de ce texte était une responsabilité délictuelle (Bull. civ. IV, n° 21 ; D. 2007. 653 , obs. E. Chevrier, et 1694, obs. A. Ballot-Léna ; JCP G 2007. II. 10108, note F. Marmoz ; RDC 2007. 731, obs. J.-S. Borghetti ; JCP E 2008. 1638, obs. D. Mainguy ; RTD civ. 2007. 343 , obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2008. 210 , obs. P. Delebecque). La solution est abrupte, sans que soient peut-être exactement mesurées toutes ses conséquences sur les clauses relatives aux litiges, à moins que l'on se range du côté des décisions contraires rendues par la première chambre civile. Une telle divergence n'est ni souhaitable ni utile.

Une partie des arrêts rendus écartent les clauses relatives au litige sur le fondement que le régime de responsabilité de l'article L. 442-6, I, 5°, est délictuel ; d'autres n'écartent pas ces clauses, notamment dans un contexte international, ce dont on peut déduire que la responsabilité ressortit à l'ordre contractuel.

La première série peut être illustrée par trois arrêts de la chambre commerciale, celui du 6 février 2007 précité, l'un du 21 octobre 2008 (n° 07-12.336, JCP E 2009. 1479, obs. D. Mainguy) et enfin un arrêt du 13 janvier 2009 (n° 08-13.971, RDC 2009. 1016, obs. D. Mazeaud, et 1147, obs. M. Béhar-Touchais ; D. 2009.

295 , obs. E. Chevrier, et 2892, obs. D. Ferrier) : la responsabilité est délictuelle, les clauses relatives au litige sont écartées.

La seconde série est également illustrée par trois arrêts émanant de la première chambre civile, en raison de leurs aspects internationaux. Dans ces trois arrêts (Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mars 2007, n° 06-10.946, D. 2007. 951 , obs. E. Chevrier ; JCP E. 2008. 1638, obs. D. Mainguy ; RTD com. 2008. 210 , obs. P. Delebecque ; 22 oct. 2008, n° 07-15.823, D. 2009. 200 , note F. Jault-Seseke, 684, chron. A. Huet, et 2384, obs. S. Bollée ; CCC 2008, n° 270, obs. M. Malaurie-Vignal ; RDC 2009. 691, obs. M. Béhar-Touchais ; JCP E 2009. 1479, obs. D. Mainguy ; Rev. crit. DIP 2009. 1, étude D. Bureau et H. Muir Watt , RTD com. 2009. 646, obs. P. Delebecque , 8 juill. 2010, n° 09-67.013, D. 2010. 2884 , note M. Audit et O. Cuperlier, 2544, obs. C. Dorandeu, et 2937, obs. T. Clay ; Rev. crit. DIP 2010. 743, note D. Bureau et H. Muir Watt ) étaient en jeu une clause relative au litige, une clause attributive de compétence ou une clause compromissoire. Dans chacun de ces arrêts, la Cour, sans se prononcer expressément sur la nature de la responsabilité, conclut cependant que la clause devait s'appliquer, ce dont on peut estimer qu'il en résulte que la responsabilité est contractuelle, écartant en outre la discussion d'un autre argument, celui du caractère éventuel de loi de police de l'article L. 442-6, I, 5°.

Ces six arrêts illustrent une division très nette qui jette une ombre sur la position de principe de la jurisprudence de la Cour de cassation, s'agissant de la nature de la responsabilité et du sort des clauses relatives au litige, mais également de celui du degré d'impérativité de ce texte.

Ou bien, alors, l'une des chambres se rangera à la position de l'autre, à l'occasion d'un nouveau pourvoi - et l'on peut estimer que l'opposition existant depuis quatre ans augure mal d'une telle solution - ou bien la Cour sera rassemblée en chambre mixte ou en assemblée plénière pour trancher un conflit particulièrement désorientant mais qui fait les délices de la doctrine qui l'observe, en général, de manière non neutre, en proposant des éléments de solution, dans un sens ou dans l'autre.

La doctrine se rallie plutôt majoritairement à l'opinion selon laquelle la responsabilité de l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce est toujours délictuelle avec un ensemble d'arguments qui sont censés répondre à un « *principe de cohérence élémentaire* » (D. Mazeaud, obs. préc., RDC 2009. 1016). Les arguments présentés sont articulés autour de trois ensembles (J.-S. Borghetti, obs. préc., RDC 2007. 731). En premier, la lettre même de la formule d'attaque de l'article L. 442-6, I, 5° (« *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé, le fait (...)* ») évoquerait une ambiance de responsabilité civile délictuelle, argument peu décisif sinon par un attachement désuet à une exégèse d'autrefois. Ensuite, vient l'idée selon laquelle les objectifs poursuivis par l'article L. 442-6, I, 5°, s'inscrivent dans une logique qui n'est pas celle du contrat (J.-S. Borghetti, obs. préc.). Ce texte a vocation à s'appliquer à des situations aussi bien contractuelles que non contractuelles, certaines négociations commerciales, par exemple. Par conséquent, ce seraient des pratiques qui seraient visées, indépendamment de leur « *vêtement contractuel* ». « *C'est un peu comme si le législateur avait jugé la notion de « contrat » non pertinente* » (J.-S. Borghetti, obs. préc.). Par ailleurs, la nature délictuelle de la responsabilité résulterait de la nature du préjudice, le caractère brutal de la rupture, c'est-à-dire les conséquences d'un acte illicite, indépendamment du contexte contractuel dans lequel il s'inscrit.

On peut raisonnablement estimer que ces arguments ne sont pas dirimants pour éviter une position tranchée, radicale : la responsabilité serait toujours délictuelle ou toujours contractuelle. Elle pourrait être autonome, ni contractuelle, ni délictuelle. On pourrait surtout observer la situation factuelle pour apporter une solution plus nuancée, relative. Certaines relations commerciales établies ne sont pas formalisées : c'est le cas d'une négociation informelle ou bien d'une série de contrats qui se succèdent dans le temps. Sa rupture se traduit par la non-conclusion d'un contrat à venir. Aucun élément contractuel extérieur ne structure la relation commerciale établie. La responsabilité qui en découle peut ainsi être considérée comme relevant d'un régime de responsabilité délictuelle (Comp. Com. 28 févr. 1995, Cah. dr. entr. 1995/6. 28, note D. Mainguy ; D. 1997. 64 , obs. D. Ferrier ; RTD civ. 1995. 885, obs. J. Mestre ). Certaines de ces relations commerciales établies sont au contraire formalisées, contractualisées, contrats de longue durée, contrats-cadres notamment. Il semble alors assez artificiel de distinguer la rupture de sa brutalité. Qu'il s'agisse d'une

faculté de résiliation unilatérale ou de non-renouvellement d'un contrat, on voit, vraiment, mal comment cela pourrait échapper au régime de la sanction du contrat. La décision de rompre le contrat est bien dans le contrat et le fait que cette décision soit efficace ou inefficace, abusive ou brutale n'y change rien : elle est préjudiciable et sa source se trouve dans une faute de comportement, point dans l'illicite.

L'enjeu, c'est donc bien la question des clauses relatives au litige, clauses attributives de compétence ou clauses compromissaires. Dans un contrat international, les intérêts en cause dépassent les seules contingences françaises, et touchent au respect des obligations internationales de la France, notamment en présence de clauses désignant une loi étrangère et ou attribuant compétence à un juge étranger : la loi étrangère s'applique devant le juge étranger compétent, écartant alors l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce, au profit de la loi étrangère, aussi légitime que le droit français, sauf une surestimation du moi juridique. L'invocation de l'article L. 442-6, I, 5°, comme présentant les caractères d'une loi de police n'y peut rien changer. D'une part, il semble qu'il y ait une confusion. Une loi de police est, dans l'ordre international, celle qui fait échec aux techniques de désignation de la loi applicable au profit exclusif de la loi française. Les règles du droit de la concurrence sont certes considérées comme des lois de police mais cela ne concerne que les pratiques anticoncurrentielles, point (encore ?) les pratiques restrictives de concurrence. D'autre part, quand bien même l'article L. 442-6 serait considéré comme une loi de police, c'est au juge étranger compétent d'en décider, et point le juge français qui ne devient pas compétent pour autant. De la même manière, une clause compromissoire doit s'appliquer en application du principe « compétence-compétence », même si l'article L. 442-6 est une loi de police, emportant alors un autre débat, propre au droit de l'arbitrage, sur l'obligation ou la faculté des arbitres d'invoquer, éventuellement d'office, une loi de police.

C'est peu dire que les praticiens du droit des contrats, et notamment des contrats internationaux, sont muets de stupéfaction devant cette incertitude jurisprudentielle. C'est typiquement la question qu'une assemblée plénière ou une chambre mixte aurait intérêt à trancher urgemment, en tenant compte de l'ensemble de la situation : l'article L. 442-6 est-il une loi de police, d'une part, et la responsabilité qui s'en dégage est-elle une responsabilité qui appelle une réponse radicale, toujours délictuelle ou toujours contractuelle, ou bien relative, tantôt délictuelle tantôt contractuelle ?

**Mots clés :**  
**CONCURRENCE** \* Transparence \* Pratique restrictive \* Rupture brutale d'une relation commerciale établie \* Responsabilité \* Nature

## II. Jurisprudence

### **Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-13178**

D. 2007. 653, obs. E. Chevrier, et 1694, obs. A. Ballot-Léna ; JCP G 2007. II. 10108, note F. Marmoz ; RDC 2007. 731, obs. J.-S. Borghetti ; JCP E 2008. 1638, obs. D. Mainguy

La Cour (...)

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 442-6-I 5° du code de commerce ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que les sociétés Idéal France et Dudule entretenaient des relations commerciales suivies avec la société Guiot qui leur vendait à des tarifs préférentiels ses produits destinés à la vente aux grandes surfaces ; que, se plaignant de la brutalité de la rupture de ces relations résultant, selon elles, d'une augmentation sans préavis des tarifs qui leur étaient jusqu'alors consentis par la société Guiot, les sociétés Idéal France et Dudule l'ont assignée, sur le fondement de l'article L. 442-6-I 5° du code de commerce, en paiement de dommages-intérêts ; que la société Guiot a soulevé l'incompétence territoriale de la juridiction saisie ;

Attendu que, pour dire que le tribunal de commerce de Libourne n'était pas compétent territorialement pour connaître de l'action en responsabilité engagée par les sociétés Idéal France et Dudule, l'arrêt retient que les relations habituelles et stables entre les parties depuis plusieurs années ont créé une situation contractuelle que l'une d'elle ne peut unilatéralement modifier sans préavis sans engager sa responsabilité

contractuelle, ce dont il déduit qu'en raison du lieu du siège social de la société Guiot et de la clause attributive de compétence figurant dans ses tarifs, le tribunal de commerce de Nantes était seul compétent ;

**Attendu qu'en statuant ainsi, alors 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 la responsabilité délictuelle de son auteur, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;**

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 janvier 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Agen ;

Condamne la société Guiot aux dépens ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

### **Cass. civ.1ère, 6 mars 2007, n° 06-10946**

D. 2007. 951, obs. E. Chevrier ; JCP E. 2008. 1638, obs. D. Mainguy

La Cour (...)

Sur le moyen unique, pris en ses quatre branches :

Attendu que la société allemande Blaser Jagdwaffen (Blaser) a confié en 2000 à la société française Nemrod Frankonia (Frankonia), la distribution exclusive en France des armes, qu'elle fabrique en Allemagne ; que la société allemande ayant rompu les relations commerciales avec effet au 31 décembre 2003, la société Frankonia, l'a assignée, le 22 janvier 2005, devant la chambre commerciale du tribunal de grande instance de Colmar, en réparation du préjudice subi du fait de cette rupture sur le fondement de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce, et de celui subi pour atteinte à son image de marque ; que la société Blaser a soulevé l'incompétence de la juridiction saisie en invoquant une clause attributive de juridiction au profit du tribunal de Ravensburg (Allemagne) ;

Attendu que la société Frankonia fait grief à l'arrêt attaqué (Colmar, 24 novembre 2005) d'avoir accueilli le contredit de compétence et de l'avoir renvoyée à mieux se pourvoir alors, selon le moyen :

1°/ qu'en affirmant qu'il fallait retenir qu'il existait bien une convention cadre pour en déduire que l'action en responsabilité engagée par la société Nemrod Frankonia, contre la société Blaser Jagdwaffen était de nature contractuelle et exclure la compétence du tribunal de grande instance de Colmar, la cour d'appel a méconnu les termes du litige en violation des articles 4 et 7 du nouveau code de procédure civile ;

2°/ bien que l'action engagée fondée sur l'article L. 442-6 5 du code de commerce ait eu une nature délictuelle au sens de l'article 5 3° du Règlement communautaire du 22 décembre 2000, en affirmant néanmoins que cette action était de nature contractuelle, pour en déduire que le tribunal de grande instance de Colmar était incompétent, la cour d'appel a violé les articles L. 442-6 I 5° du code de commerce ;

3°/ qu'en affirmant que la clause attributive de compétence stipulée sur la confirmation de commande et les factures de la société Blaser Jagdwaffen devait recevoir application, après avoir relevé que la société Nemrod Frankonia avait assigné la société Blaser en réparation du préjudice provoqué par la rupture brutale d'une relation commerciale établie, la cour d'appel a violé les articles L. 442-6 I 5° du code de commerce et 23 du Règlement (CE) du Conseil n° 44/2001 du 22 décembre 2000

4°/ qu'en affirmant que les dispositions de police de la concurrence invoquée par la société Frankonia n'étaient pas applicables à des fournisseurs situés à l'étranger la cour d'appel a violé l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce ;

**Mais attendu qu'après avoir souverainement relevé, sans dénaturation, que la clause attributive de juridiction, figurant dans la confirmation de commande et les factures de la société Blaser qui avait été acceptée par la société Frankonia, 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'Etat contractant désigné ; que par ce seul motif l'arrêt est légalement justifié**

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

**Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-12336**

JCP E 2009. 1479, obs. D. Mainguy

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Auramo France s'approvisionnait depuis 1988 auprès de la société allemande GmbHSeithFödertechnik en éléments terminaux d'appareils de manutention, fourches et pinces diverses ; que la société GMBH SeithFödertechnik qui n'était pas le seul fournisseur de la société Auramo France lui conférait des avantages importants constitués par des remises de 32 à 35 % ; que le 20 octobre 2000, la société SeithFödertechnik a notifié à la société Auramo la rupture des relations commerciales directes au 1er décembre 2000 et l'a invitée à adresser ses nouvelles commandes à la société Seith France et à négocier avec cette dernière des tarifs ainsi que le prix des études spéciales ; qu'après décembre 2000, la société Auramo France n'a plus acquis de matériel Seith ; qu'elle a assigné la société GmbHSeithFödertechnik et la société Seith France pour rupture brutale des relations commerciales et concurrence déloyale ;

Sur le moyen unique, pris en ses quatrième et cinquième et branches :

Attendu que ce moyen ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Mais sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 442-6-1-5 du code de commerce, ensemble l'article l'article 5 du règlement n° 44/2001 ;

Attendu que pour rejeter la demande de dommages-intérêts de la société Auramo France fondée sur la rupture brutale des relations commerciales établies, la cour d'appel retient que l'article L. 442-6 du code de commerce ne peut pas s'appliquer aux relations commerciales internationales, quels que puissent être les raisonnements sur la loi applicable ou sur son caractère plus ou moins impératif ;

**Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement une relation commerciale établie engage la responsabilité délictuelle de son auteur et que la loi applicable à cette responsabilité est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;**

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les deuxième, troisième et sixième branches du moyen :

CASSE ET ANNULE ( ...)

**Cass. civ. 1ère, 22 oct. 2008, n° 07-15823**

D. 2009. 200, note F. Jault-Seske, 684, chron. A. Huet, et 2384, obs. S. Bollée ; CCC 2008, n° 270, obs. M. Malaurie-Vignal ; RDC 2009. 691, obs. M. Béhar-Touchais ; JCP E 2009. 1479, obs. D. Mainguy ; Rev. crit. DIP 2009. 1, étude D. Bureau et H. Muir Watt

La Cour (...)

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 3 du code civil et les principes généraux du droit international privé ;

Attendu que la société américaine Monster CableProductsInc (ci-après Monster Cable) a conclu le 22 octobre 1986, puis le 18 septembre 1995, avec la société française Audio marketing services (ci-après AMS) un contrat de distribution exclusive de ses produits sur le territoire français ; que l'article 7.5 du dernier contrat désigne les juridictions de San Francisco pour toute action découlant du contrat ; que la société Monster Cable a résilié le contrat le 2 août 2002 ; que la société AMS a assigné le 3 janvier 2003 la société Monster Cable devant le tribunal de commerce de Bobigny en application de l'article L. 442-6 du code de commerce pour abus de dépendance économique ;

Attendu que pour écarter la clause attributive de juridiction et reconnaître la compétence des juridictions françaises, l'arrêt retient qu'il s'agit d'appliquer des dispositions impératives relevant de l'ordre public économique constitutives de lois de police et de sanctionner des pratiques discriminatoires assimilées à des délits civils qui ont été commises sur le territoire national ;

**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 oeuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige, la cour d'appel a violé le texte et les principes susvisés ;**

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE (...)

**Cass. com., 13 janv. 2009 , n° 08-13971**

D. 2009, 2892, obs. D. Ferrier, RDC 2009, 1016, obs. Mazeaud, et 1147, obs. M. Béhar-Touchais  
La Cour (...)

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Delor Vincent était le concessionnaire exclusif dans le département de la Lozère de la société Renault Agriculture; que se plaignant de la brutalité de la rupture de leurs relations par cette dernière, la société Delor Vincent l'a assignée, sur le fondement de l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce, en paiement de dommages-intérêts ; que la société Renault Agriculture a soulevé l'incompétence territoriale de la juridiction saisie ;

Attendu que, pour déclarer le tribunal de commerce de Versailles incompétent territorialement pour connaître de l'action en responsabilité engagée par la société Delor Vincent, l'arrêt retient que le litige qui porte sur le point de savoir si la rupture des relations contractuelles entre les parties est intervenue dans le respect des dispositions du contrat de concession, revêt une nature contractuelle, ce dont il déduit qu'en raison de la clause attributive de compétence figurant dans ce contrat, le tribunal de commerce de Paris est compétent ;

**Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la société Delor Vincent avait assigné la société Renault agriculture exclusivement sur le fondement de l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce et 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 la responsabilité délictuelle de son auteur, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;**

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche :

CASSE ET ANNULE ( ...)

**Cass. com., 8 juil. 2010, n° 09-67013**

D. 2010, p. 2884, note M. Audit et O. Cuperlier, p. 2544, obs. C. Dorandeu, et p. 2937, obs. T. Clay ;  
Rev. crit. DIP 2010, 743, note D. Bureau et H. Muir Watt)

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 9 avril 2009) que la société suédoise HTC a conclu le 19 novembre 1999 avec la société française Doga, un contrat de distribution exclusive de ses produits sur le territoire français ; que ce contrat contenait une clause compromissoire ; que, le 26 mars 2007, la société HTC a résilié le contrat ; que la société Doga a assigné la société HTC devant un tribunal de commerce en paiement de dommages-intérêts sur le fondement de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce pour rupture abusive du contrat; que la société HTC a soulevé l'incompétence de la juridiction étatique en se prévalant de la clause compromissoire ;

Sur le premier moyen, pris en ses trois branches, ci-après annexé :

Attendu que ce grief n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Sur le second moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que la société Doga fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son contredit et dit le tribunal de commerce de Versailles incompétent au profit de la juridiction arbitrale pour statuer sur le litige, alors, selon le moyen :

1°/ qu'après avoir relevé que la société Doga avait "introduit le présent litige sur le fondement des dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° en faisant valoir que HTC avait rompu de manière brutale les relations commerciales établies", ce dont il résultait qu'était en cause l'application d'une loi de police, la cour d'appel, qui a néanmoins écarté la compétence, pourtant impérative en ce cas, des juridictions étatiques françaises revendiquée par la société Doga, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, violant ainsi l'article 3 du code civil, ensemble les principes généraux du droit international privé ;

2°/ Alors, en tout état de cause et subsidiairement, que la rupture brutale d'une relation commerciale établie, en violation des dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, constitue un délit civil, qui engage la responsabilité délictuelle de son auteur ; que même si cet agissement illicite a été commis à l'occasion d'un contrat, l'action en réparation intentée par la victime pour voir sanctionner la méconnaissance par l'autre partie d'une obligation légale est en elle-même sans lien avec le contrat, de sorte que la clause compromissoire qu'il contient est manifestement inapplicable au litige ;

qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble l'article 1458 du code de procédure civile ;

**Mais attendu qu'ayant relevé que la clause compromissaire visant tout litige ou différend né du contrat ou en relation avec celui-ci n'était pas manifestement inapplicable dès lors que la demande de Doga présentait un lien avec le contrat puisqu'elle se rapportait notamment aux conditions dans lesquelles il y avait été mis fin et aux conséquences en ayant résulté pour Doga, peu important que des dispositions d'ordre public régissent le fond du litige dès lors que le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait que des dispositions impératives, fussent-elles constitutives d'une loi de police, sont applicables, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il appartenait à l'arbitre de se prononcer par priorité sur sa propre compétence ; que le moyen ne peut être accueilli ;**

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

**Cass. com. 18 janvier 2011, n°10-11885**

LA COUR (...) :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur contredit, que, s'estimant victime d'une rupture brutale des relations commerciales qu'elle entretenait depuis plusieurs années avec la société de droit espagnol Comercio de Primeras Materias (la société Coprima), ainsi que de divers actes de concurrence déloyale ou illicite, la société de droit français Sochibo, aux droits de laquelle vient la société de droit français Safic-Alcan, a assigné celle-ci en indemnisation de son préjudice, devant le tribunal de commerce de Nanterre, désigné par une clause attributive de juridiction ;

Sur le moyen unique, pris en ses deux dernières branches :

Attendu que la société Safic-Alcan fait grief à l'arrêt d'avoir accueilli le contredit de la société Coprima, formé à l'encontre du jugement par lequel le tribunal saisi s'était déclaré compétent pour connaître du litige, et de l'avoir renvoyée à mieux se pourvoir, alors, selon le moyen :

1°/ que la convention attributive de juridiction conclue entre deux parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne, peut être conclue soit par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, soit sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, soit dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance ; qu'en retenant l'absence d'acceptation, par la société Coprima, de la clause attributive de compétence figurant dans les conditions générales d'achat de la société Safic Alcan, avec laquelle elle entretenait des relations d'affaires suivies, après avoir relevé que lesdites conditions générales d'achat figuraient au verso des bons de commande adressés à la fois par télécopie et par courrier simple à la société Coprima, ce dont il résultait que la clause litigieuse avait été conclue conformément aux habitudes établies entre les parties, la cour d'appel a violé l'article 23 du règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 ;

2°/ qu'en toute hypothèse, en se déterminant ainsi, sans rechercher comme elle y était invitée (conclusions de la société Safic Alcan, p. 19-21) si la clause litigieuse avait été conclue conformément aux habitudes établies entre les parties, en l'absence de toute contestation émise par la société Coprima, durant plus de cinq années de relations commerciales continues avec la société Safic Alcan, sur les conditions générales d'achat figurant au verso des bons de commande émises par la société Safic Alcan et auxquelles il était expressément renvoyé par une mention figurant au recto de ces documents, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 23 du règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 ;

Mais attendu qu'après avoir rappelé les termes de l'article 23 du règlement n° 44/2001, l'arrêt relève qu'il n'est pas démenti que les bons de commande ont été envoyés par télécopie ; qu'il ajoute que, si ces commandes ont été, ainsi que le prétend la société Safic-Alcan, doublées d'un courrier simple contenant le verso de la commande précisant ses conditions générales d'achat, il n'en demeure pas moins qu'au fondement des dispositions du règlement communautaire précitées, il n'est pas démontré l'acceptation par la société Coprima d'une clause attributive de compétence ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a souverainement retenu l'absence, dans les relations d'affaires suivies entre les parties, d'une acceptation préalable de cette clause par la société à laquelle celle-ci était opposée, et qui a procédé par là-même à la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision d'en écarter l'application ;

Mais, sur le moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce, ensemble l'article 5, 3, du règlement du Conseil n°

44/2001, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ;

Attendu 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 la responsabilité délictuelle de son auteur ;

Attendu que, pour accueillir le contredit et renvoyer la société Safic-Alcan à mieux se pourvoir, l'arrêt, après avoir indiqué que la demande d'indemnisation formée par cette société vise à obtenir la réparation du dommage qui aurait été causé par la rupture brutale de relations commerciales établies, en déduit que cette demande relève d'un fondement contractuel au sens de l'article 5, 1, a, du règlement n°44/2001 ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 10 décembre 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles, autrement composée ;

### **ARRÊT DE LA COUR (deuxième chambre)**

**14 juillet 2016 (Granarolo, C-196/15)**

D. 2016, p. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; RTD civ. 2016, p. 814, obs. L. Usunier ; RTD civ. 2016, p. 837, obs. H. Barbier

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par la cour d'appel de Paris (France), par décision du 7 avril 2015, parvenue à la Cour le 29 avril 2015, dans la procédure

**Granarolo SpA contre Ambrosi Emmi France SA,**

LA COUR (deuxième chambre) (...)

#### **Arrêt**

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 5, points 1 et 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 (JO 2001, L 12, p. 1, ci-après le « règlement Bruxelles I »).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Granarolo SpA, société de droit italien, à Ambrosi Emmi France SA (ci-après « Ambrosi »), société de droit français, au sujet d'une action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de relations commerciales établies de longue date.

#### **Le cadre juridique**

##### *Le droit de l'Union*

3 L'article 2, paragraphe 1, du règlement Bruxelles I prévoit :

« Sous réserve des dispositions du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre. »

4 L'article 5, points 1 et 3, de ce règlement se lit comme suit :

« Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attirée, dans un autre État membre :

1) a) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée ;

b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est :

– pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées,

– pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis ;

c) le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas ;

[...]

3) en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ;

[...] »

### *Le droit français*

5 Aux termes de l'article L. 442-6 du code de commerce :

« I. 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 :

[...]

5° [d]e 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 les 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. 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. 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. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas. »

#### **Le litige au principal et les questions préjudicielles**

6 Il ressort de la décision de renvoi que Ambrosi, établie à Nice (France), distribuait en France les produits alimentaires élaborés par Granarolo, établie à Bologne (Italie), depuis environ 25 ans, sans contrat-cadre ni stipulation d'exclusivité.

7 Par lettre recommandée du 10 décembre 2012, Granarolo a informé Ambrosi que, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013, ses produits seraient distribués en France et en Belgique par une autre société française.

8 Considérant que cette lettre était constitutive d'une rupture brutale des relations commerciales établies, au sens de l'article L. 442-6 du code de commerce, qui ne respectait pas un délai minimal de préavis tenant compte de la durée de leur relation commerciale, Ambrosi a saisi le tribunal de commerce de Marseille (France) d'une action indemnitaire contre Granarolo, sur le fondement de ladite disposition.

9 Par jugement du 29 juillet 2014, cette juridiction s'est déclarée compétente, au motif que l'action avait un caractère délictuel et le lieu de survenance du dommage, au sens de l'article 5, point 3, du règlement Bruxelles I, était situé au siège d'Ambrosi, à Nice.

10 Par acte déposé le 12 août 2014, Granarolo a formé contredit devant la cour d'appel de Paris (France), en vue de contester la compétence territoriale du tribunal de commerce de Marseille, au motif que l'action en cause relevait de la matière contractuelle, au sens du règlement Bruxelles I, dont l'article 5, point 1, prévoit, en tant que critère de rattachement, le lieu où les marchandises ont été ou auraient dû être livrées en vertu des contrats successifs conclus pour chaque livraison. Or, ce lieu serait l'usine de Bologne, conformément à l'indication « *Ex works* » (« Départ Usine »), figurant sur les factures établies par Granarolo et correspondant à l'un des termes normalisés (Incoterms) établis par la Chambre de commerce internationale en vue de préciser les droits et les obligations des parties en matière d'échanges commerciaux internationaux.

11 Ambrosi soutient, à titre principal, que les juridictions françaises sont compétentes, étant donné que le litige relève de la matière délictuelle et que le lieu du fait dommageable se situe en France où sont commercialisés les produits alimentaires de Granarolo. À titre subsidiaire, cette société fait valoir qu'il n'est pas démontré que tous les contrats successifs aient été conclus selon l'Incoterm « *Ex works* ».

12 La juridiction de renvoi observe que, dans l'ordre juridique français, une action telle que celle en cause dans l'affaire au principal, fondée sur l'article L. 442-6 du code de commerce, est une action délictuelle et cite à cet égard plusieurs arrêts récents de la Cour de cassation (France).

13 Considérant, toutefois, que les notions de matières « délictuelle » et « contractuelle », au sens du règlement Bruxelles I, sont des notions autonomes du droit de l'Union, cette juridiction estime nécessaire d'interroger la Cour à cet égard.

14 Dans ces conditions, la cour d'appel de Paris a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) 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 ?

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] ? »

### **Sur les questions préjudicielles**

#### *Sur la première question*

15 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 5, point 3, du règlement Bruxelles I doit être interprété en ce sens qu'une action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de relations commerciales établies de longue date, telle que celle en cause dans l'affaire au principal, relève de la matière délictuelle ou quasi délictuelle, au sens de ladite disposition.

16 À titre liminaire, il y a lieu de rappeler que le règlement Bruxelles I vise à unifier les règles de conflit de juridictions en matière civile et commerciale au moyen de règles de compétence qui présentent un haut degré de prévisibilité et poursuit ainsi un objectif de sécurité juridique qui consiste à renforcer la protection juridique des personnes établies dans l'Union européenne, en permettant à la fois au demandeur d'identifier facilement la juridiction qu'il peut saisir et au défendeur de prévoir raisonnablement celle devant laquelle il peut être attiré (voir, en ce sens, arrêt du 23 avril 2009, Falco Privatstiftung et Rabitsch, C-533/07, EU:C:2009:257, points 21 et 22).

17 Conformément à une jurisprudence constante de la Cour, le système des attributions de compétences communes prévues au chapitre II du règlement Bruxelles I est fondé sur la règle générale, énoncée à l'article 2, paragraphe 1, de celui-ci, selon laquelle les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées devant les juridictions de cet État, indépendamment de la nationalité des parties. Ce n'est que par dérogation à la règle générale de la compétence des juridictions du domicile du défendeur que le chapitre II, section 2, du règlement Bruxelles I prévoit un certain nombre de règles de compétence spéciales, parmi lesquelles figure celle de l'article 5, point 3, de ce règlement (voir, en ce sens, notamment arrêts du 16 juillet 2009, Zuid-Chemie, C-189/08, EU:C:2009:475, points 20 et 21, ainsi que du 18 juillet 2013, ÖFAB, C-147/12, EU:C:2013:490, point 30).

18 La Cour a déjà jugé que ces règles de compétence spéciales sont d'interprétation stricte, ne permettant pas une interprétation allant au-delà des hypothèses envisagées de manière explicite par ledit règlement (arrêt du 18 juillet 2013, ÖFAB, C-147/12, EU:C:2013:490, point 31).

19 Il importe également de rappeler que les termes de « matière contractuelle » et de « matière délictuelle ou quasi délictuelle », au sens, respectivement, du point 1, sous a), et du point 3 de l'article 5 du règlement Bruxelles I, doivent être interprétés de façon autonome, en se référant principalement au système et aux objectifs de ce règlement, en vue d'assurer l'application uniforme de celui-ci dans tous les États membres. Ils ne sauraient, dès lors, être compris comme renvoyant à la qualification que la loi nationale applicable donne au rapport juridique en cause devant la juridiction nationale (arrêt du 13 mars 2014, Brogsitter, C-548/12, EU:C:2014:148, point 18).

20 S'agissant de la notion de « matière délictuelle ou quasi délictuelle », au sens de l'article 5, point 3, du règlement Bruxelles I, celle-ci comprend 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, point 1, sous a), de ce règlement (voir arrêt du 28 janvier 2015, Kolassa, C-375/13, EU:C:2015:37, point 44 et jurisprudence citée).

21 La Cour a déjà jugé que 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, du règlement Bruxelles I. 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 (arrêt du 13 mars 2014, Brogsitter, C-548/12, EU:C:2014:148, points 23 et 24).

22 Il s'ensuit que, dans une affaire telle que celle au principal, afin de déterminer la nature de l'action en responsabilité civile portée devant la juridiction nationale, il importe pour cette dernière de vérifier d'emblée si cette action revêt, indépendamment de sa qualification en droit national, une nature contractuelle.

23 Il y a lieu de relever que, dans une partie importante des États membres, les relations commerciales de longue date qui se sont nouées en l'absence d'un contrat écrit peuvent, en principe, être considérées comme relevant d'une relation contractuelle tacite, dont la violation est susceptible de donner lieu à une responsabilité contractuelle.

24 À cet égard, il convient d'observer que, si l'article 5, point 1, du règlement Bruxelles I n'exige pas la conclusion d'un contrat écrit, l'identification d'une obligation contractuelle est néanmoins

indispensable à l'application de cette disposition. Il convient de préciser qu'une telle obligation peut être considérée comme étant née tacitement, notamment lorsque cela résulte des actes non équivoques exprimant la volonté des parties.

25 En l'occurrence, il appartient, partant, à la juridiction nationale d'examiner, tout d'abord, si, dans les circonstances particulières de l'affaire dont elle est saisie, la relation commerciale de longue date ayant existé entre les parties se caractérise par l'existence d'obligations convenues tacitement entre celles-ci, de telle sorte qu'il existait entre elles une relation pouvant être qualifiée de contractuelle.

26 L'existence d'une telle relation tacite ne se présume toutefois pas et doit, par conséquent, être démontrée. Par ailleurs, cette démonstration 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.

27 C'est au regard d'une telle appréciation globale qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier l'existence d'un tel faisceau d'éléments concordants pour décider si, même en l'absence d'un contrat écrit, il existe, entre ces parties, une relation contractuelle tacite.

28 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que l'article 5, point 3, du règlement Bruxelles I doit être interprété en ce sens qu'une action indemnitaire fondée sur une 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 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.

#### *Sur la seconde question*

29 Par sa seconde question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 5, point 1, sous b), du règlement Bruxelles I 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 » ou plutôt de « contrat de fourniture de services », au sens de cette disposition.

30 À titre liminaire, il convient de préciser que les critères de rattachement à la juridiction compétente prévus à l'article 5, point 1, sous b), du règlement Bruxelles I sont applicables uniquement dans la mesure où la juridiction nationale, saisie du litige survenu entre les parties ayant établi entre elles des relations commerciales de longue date, viendrait à conclure que ces relations sont fondées sur un « contrat de vente de marchandises » ou un « contrat de fourniture de services », au sens de cette disposition.

31 Une telle qualification exclurait l'application de la règle de compétence prévue au point a) dudit article 5, point 1, dans l'affaire au principal. En effet, compte tenu de la hiérarchie que le point c) de cette disposition établit entre les points a) et b) de celle-ci, la règle de compétence prévue à ce point a) n'a vocation à intervenir que de façon alternative et par défaut par rapport aux règles de compétence figurant audit point b) (voir, en ce sens, arrêt du 19 décembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, point 42).

32 La Cour a relevé, en ce qui concerne le lieu d'exécution des obligations découlant tant de contrats de vente de marchandises que de contrats de fourniture de services, que le règlement Bruxelles I définit, à son article 5, point 1, sous b), de manière autonome ce critère de rattachement, afin de renforcer les objectifs d'unification des règles de compétence judiciaire et de prévisibilité (arrêt du 19 décembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, point 32).

33 La Cour a également jugé que l'article 5, point 1, sous b), du règlement Bruxelles I retient pour les contrats de vente de marchandises et ceux de fourniture de services l'obligation caractéristique de ces contrats en tant que critère de rattachement à la juridiction compétente (arrêt du 25 février 2010, Car Trim, C-381/08, EU:C:2010:90, point 31 et jurisprudence citée).

34 Il s'ensuit qu'un contrat dont l'obligation caractéristique est la livraison d'un bien doit être qualifié de « vente de marchandises », au sens de l'article 5, point 1, sous b), premier tiret, du règlement Bruxelles I (arrêt du 25 février 2010, Car Trim, C-381/08, EU:C:2010:90, point 32).

35 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 marchandises. En revanche, elle ne correspond pas à l'économie d'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 économiques (voir, par analogie, arrêt du 19 décembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, point 36).

36 En l'occurrence, si un éventuel contrat conclu oralement ou tacitement était qualifié de « vente de marchandises », il reviendrait ensuite à la juridiction de renvoi de vérifier si la mention « *Ex Works* », dont il est question au point 10 du présent arrêt, figure bien de manière systématique dans les contrats successifs entre les parties. Si tel est le cas, il faudra considérer que les marchandises étaient livrées à l'usine de Granarolo en Italie et non pas en France, au siège d'Ambrosi.

37 Quant au point de savoir si un contrat peut être qualifié de « contrat de fourniture de services », au sens de l'article 5, point 1, sous b), second tiret, du règlement Bruxelles I, il convient de rappeler que la Cour a déjà jugé que la notion de « services », au sens de cette disposition, implique, pour le moins, que la partie qui les fournit effectue une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération (voir, en ce sens, arrêt du 19 décembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, point 37 et jurisprudence citée).

38 En ce qui concerne le premier critère figurant dans cette définition, à savoir l'existence d'une activité, il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'il requiert l'accomplissement d'actes positifs, à l'exclusion de simples abstentions. Ainsi que la Cour l'a déjà jugé à propos d'une situation factuelle en apparence assez proche de celle en cause dans l'affaire au principal, ce critère correspond dans le cas d'un contrat ayant pour objet la distribution des produits de l'une des parties par l'autre partie, à la prestation caractéristique fournie par la partie qui, en assurant une telle distribution, participe au développement de la diffusion des produits concernés.

39 Grâce à la garantie d'approvisionnement dont il peut en bénéficier en vertu d'un tel contrat et, le cas échéant, à sa participation à la stratégie commerciale du fournisseur, notamment aux opérations promotionnelles, éléments dont la constatation relève de la compétence du juge national, 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 (voir, en ce sens, arrêt du 19 décembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, point 38 et jurisprudence citée).

40 Quant au second critère, à savoir la rémunération accordée en contrepartie d'une activité, il convient de souligner qu'il ne saurait être entendu au sens strict du versement d'une somme d'argent. Une telle restriction n'est en effet ni commandée par le libellé très général de l'article 5, point 1, sous b), second tiret, du règlement Bruxelles I ni en harmonie avec les objectifs de proximité et d'uniformisation que poursuit cette disposition (arrêt du 19 décembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, point 39).

41 À cet égard, il convient de prendre en considération le fait qu'un contrat de distribution repose, en règle générale, sur une sélection des distributeurs par le fournisseur. Cette sélection peut conférer aux distributeurs un avantage concurrentiel en ce que ceux-ci auront seuls le droit de vendre les produits du fournisseur sur un territoire déterminé ou, à tout le moins, en ce qu'un nombre limité de distributeurs bénéficieront de ce droit. En outre, un contrat de distribution prévoit souvent une aide aux distributeurs en matière d'accès aux supports de publicité, de transmission d'un savoir-faire au moyen d'actions de formation, ou encore de facilités de paiements. L'ensemble de ces avantages, dont il incombe au juge du fond de vérifier l'existence, représente, pour les distributeurs, une valeur économique qui peut être considérée comme étant constitutive d'une rémunération (voir, en ce sens, arrêt du 19 décembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, point 40).

42 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 (arrêt du 19 décembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, point 41).

43 Il revient, en l'occurrence, à la juridiction de renvoi d'apprécier l'ensemble des circonstances et des éléments caractérisant l'activité déployée en France par Ambrosi aux fins de vendre, sur le marché de cet État membre, les produits de Granarolo.

44 Au vu des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la seconde question que l'article 5, point 1, sous b), du règlement Bruxelles I 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 services » si cette obligation est une prestation de services, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer.

#### **Sur les dépens**

45 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (deuxième chambre) dit pour droit :

1) **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 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 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.**

2) **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 services » si cette obligation est une prestation de services, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer.**

**Cass. civ. 1ère, 18 janvier 2017, n°15-26105**

JCP E ; 2018, 1131, obs. D. Mainguy

LA COUR (...)

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 3 septembre 2015), qu'assignée devant la juridiction française par la société Riviera Motors, la société Aston Martin Lagonda Limited a soulevé une exception d'incompétence fondée sur la clause attributive de juridiction aux tribunaux anglais contenue dans le contrat de concession signé entre elles ;

Attendu que la société Riviera Motors fait grief à l'arrêt de déclarer la juridiction judiciaire française incompétente, alors, selon le moyen :

1°/ que si les articles 18, 20 et 26 du contrat du 30 septembre 2003 organisaient, en cas de différend relatif à l'exécution des obligations contractuelles, une procédure de règlement optionnel permettant aux parties de recourir à un tiers expert ou d'intenter une action judiciaire dans les conditions prévues par l'article 26, lequel soumettait le contrat au droit anglais et à la « compétence exclusives des juridictions anglaises », il était expressément prévu, par l'annexe 5 D, alinéa 2, que « en cas de différends relatifs à la résiliation, chaque partie peut recourir aux juridictions étatiques compétentes en vertu de la législation nationale, quand bien même l'expert aurait été saisi et rendu une décision » ; qu'en retenant que cette disposition se serait bornée « à renvoyer à la compétence de la juridiction étatique compétente - laquelle se définit, par référence à l'article 26, comme la juridiction anglaise », et qu'elle ne dérogeait « donc en rien à la clause attributive de l'article 26 », sans faire aucune référence à la locution « en vertu de la législation nationale », laquelle signifiait nécessairement que la juridiction étatique compétente au sens de l'annexe 5 D était le tribunal interne compétent selon le droit interne, la cour d'appel en a dénaturé les termes clairs et précis, et a violé l'article 1134 du code civil ;

2°/ qu'en déclarant la clause attributive de compétence prévue par l'article 26 du contrat applicable à la rupture brutale de la relation établie entre les parties, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si cette clause, qui liait indissociablement la compétence du juge anglais et l'application du droit anglais et désignait ainsi un ordre juridique globalement compétent, n'aboutissait pas à faire échec aux dispositions impératives de l'article L. 442-6-I, 5°, qui relèvent de l'ordre public économique, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de ces dispositions ;

3°/ qu'à défaut de viser les différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit

de la concurrence, la clause attributive de compétence internationale figurant dans un contrat de distribution n'est pas applicable à une action en responsabilité délictuelle fondée sur la rupture brutale d'une relation commerciale établie ; qu'en déclarant applicable, en l'espèce, la clause attributive de compétence prévue par l'article 26 du contrat, aux motifs que « le rapport de droit en cause » ne se limitait « aux obligations contractuelles », mais qu'il devait « s'entendre des litiges découlant de la relation contractuelle », là où cette clause ne comportait aucune référence aux différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence, la cour d'appel a violé l'article 23 du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 ;

Mais attendu 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 contrat ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

**Cass. com., 1er mars 2017, n° 15-22675**

JCP G 2017, 406, note D. Mouralis ; CCC 2017, n°99, note M. Malaurie-Vignal, JCP E ; 2018, 1131, obs. D. Mainguy

LA COUR (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur contredit, que la société de droit canadien Lavalin Inc, appartenant au groupe international Lavalin, spécialisé dans l'ingénierie et la construction d'infrastructures, dispose de trois filiales de droit français, respectivement la société Lavalin Ile-de-France, aux droits de laquelle est venue la société Lavalin, la société Lavalin international et la société Lavalin Europe ; que par un contrat du 10 octobre 2005 comportant une clause attributive de juridiction au profit du tribunal de commerce de Créteil, M. Y..., qui s'est substitué ensuite la société Le Cabinet de maîtrise d'oeuvre (la société CMO), a confié à la société Lavalin une mission de développement, prospection, relations publiques ou coordination technique sur l'ensemble du territoire français ; qu'en 2011 et 2012, la société CMO a conclu avec la société Lavalin international cinq contrats d'assistance technique pour la réalisation de projets immobiliers au Maroc, comportant une clause compromissoire ; que le 11 février 2014, la société Lavalin international a résilié ces contrats ; que M. Y... et la société CMO ont assigné les sociétés Lavalin, Lavalin international et Lavalin Europe devant le tribunal de commerce de Paris pour rupture brutale d'une relation commerciale établie ; que la société Lavalin international a soulevé l'incompétence de la juridiction sur le fondement de la clause compromissoire, tandis que la société Lavalin a soulevé une exception d'incompétence territoriale en se prévalant de la clause attributive de juridiction ; que le tribunal de commerce de Paris s'est déclaré compétent ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société CMO et M. Y... font grief à l'arrêt de déclarer le tribunal de commerce de Paris incompétent pour connaître de leurs demandes à l'encontre de la société Lavalin international alors, selon le moyen :

1°/ qu'en présence d'une convention d'arbitrage manifestement inapplicable, le juge étatique est compétent ; qu'en déclarant le tribunal de commerce de Paris incompétent pour connaître des demandes de la société CMO et de M. Y... à l'encontre de la société Lavalin international, après avoir constaté que la société CMO et M. Y... avaient saisi le tribunal de commerce de Paris sur le fondement de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce en raison de la rupture brutale de la relation commerciale établie entre la société CMO et les sociétés du groupe Lavalin, trouvant son origine dans un contrat signé le 10 octobre 2005 avec la société Lavalin Ile-de-France, devenue SNC Lavalin et que la clause compromissoire litigieuse n'était insérée que dans des contrats particuliers, conclus à partir de 2011, propres à des projets spécifiques réalisés au Maroc, unissant uniquement la société CMO à la société Lavalin international et qu'elle limitait expressément l'arbitrage aux différends relatifs à l'interprétation et l'exécution de ces contrats, la cour d'appel a violé les articles 4, 5 et 1448 du code de procédure civile ;

2°/ qu'engage la responsabilité de son auteur la rupture, même partielle, de relations commerciales établies constituées par une succession de contrats conclus avec diverses sociétés d'un même groupe et

trouvant son origine dans un contrat cadre ; qu'en refusant de qualifier de contrat cadre la convention du 10 octobre 2005 en exécution de laquelle avaient pourtant été conclus l'ensemble des contrats avec les sociétés du groupe Lavalin et tout particulièrement les cinq contrats signés en 2011-2012, l'ensemble constituant une relation commerciale établie, quand il était acquis au débat et non contesté que le contrat du 10 octobre 2005 comportait une clause d'exclusivité au profit de la société Lavalin Ile-de-France, devenue SNC Lavalin, de sorte que les contrats subséquents, conclus avec d'autres entités du groupe Lavalin s'inscrivaient nécessairement dans le cadre de ce contrat, sauf à le violer, la cour d'appel a méconnu les dispositions des articles 1134 du code civil et L. 442-6, I, 5°, du code de commerce ;

3°/ qu'engage la responsabilité de son auteur la rupture même partielle de relations commerciales établies constituées par une succession de contrats conclus avec diverses sociétés d'un même groupe et trouvant son origine dans un contrat cadre ; qu'en retenant, pour exclure l'existence d'une relation commerciale établie, que le contrat du 10 octobre 2005 et les contrats conclus ultérieurement ne l'avaient pas été par les mêmes parties - la société Lavalin Ile-de-France, devenue SNC Lavalin pour le premier, la société Lavalin international pour les autres - motif impropre à exclure l'existence de relations commerciales établies entre la société CMO et les sociétés du groupe Lavalin, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce ;

4°/ que toute rupture brutale, même partielle, de relations commerciales établies, engage la responsabilité de son auteur ; qu'en considérant qu'il importerait de retenir que le contrat du 10 octobre 2005 n'aurait pas fait l'objet de résiliation, seuls les cinq contrats signés ultérieurement l'ayant été, motif impropre à exclure la rupture brutale de relations commerciales établies, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, que, par une appréciation souveraine des éléments soumis au débat contradictoire, l'arrêt retient, d'un côté, que le contrat du 10 octobre 2005 conclu entre la société Lavalin et la société CMO n'était ni un contrat cadre des cinq contrats conclus postérieurement entre cette dernière et la société Lavalin international, ni un contrat à l'origine de ceux-ci, dès lors qu'ils n'ont pas été conclus entre les mêmes parties, portent sur un objet distinct et s'exécutent dans des zones géographiques différentes et, de l'autre, que l'autonomie de la société Lavalin international, admise par la société CMO à l'occasion d'un litige arbitral relatif à un paiement de factures, excluait la confusion entre les sociétés du groupe Lavalin ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu déduire que la rupture en cause ne portait que sur la relation commerciale entre ces sociétés résultant des seuls contrats conclus en 2011 et 2012 ;

Et attendu, en second lieu, que selon le principe compétence-compétence, il appartient à l'arbitre de statuer, par priorité, sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage; qu'ayant constaté que les contrats de 2011 et 2012 comportaient une clause d'arbitrage et justement énoncé que 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 incompétent ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le second moyen, pris en sa première branche :

Vu les articles L. 442-6 et D. 442-3 du code de commerce;

Attendu que les dispositions du premier texte attribuant le pouvoir juridictionnel, pour les litiges relatifs à son application, aux juridictions désignées par le second ne peuvent être mises en échec par une clause attributive de juridiction ;

Attendu que pour déclarer le tribunal de commerce de Paris incompétent et renvoyer les parties devant le tribunal de commerce de Créteil, l'arrêt retient que s'il ne peut être procédé à un examen au fond des demandes fondées sur la rupture alléguée d'une relation commerciale, force est de constater en l'espèce, qu'en l'absence de toute rupture desdits contrats, le litige ne peut s'analyser comme étant relatif à l'application des dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce et qu'il ne peut, dès lors, être valablement fait référence aux articles désignant des juridictions spécialisées pour connaître d'un différend fondé sur cet article et soutenir la compétence du tribunal de commerce de Paris ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la société CMO et M. Y... avaient saisi le tribunal de commerce de Paris sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce et que cette juridiction était désignée pour statuer sur l'application de cet article pour le ressort de la cour d'appel de Paris, la cour d'appel a violé les dispositions des textes susvisés ;

Et vu l'article 627 du code de procédure civile, dont l'application est proposée par la défense ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déclare le contredit bien fondé en ce qui concerne les demandes formées par la société Cabinet maîtrise d'oeuvre et M. Y... contre la société Lavalin, déclare incompetent le tribunal de commerce de Paris au profit du tribunal de commerce de Créteil pour connaître de ces demandes, et en ce qu'il statue sur les dépens et l'article 700 du code de procédure civile, l'arrêt rendu le 18 juin 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

**Cass. com. 21 juin 2017, n°16-11828**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Bugaboo International (la société Bugaboo), dont le siège est aux Pays-Bas, a confié à la société Gamin tout terrain ( la société GTT), à compter du 10 juin 2002, la distribution exclusive en France de ses produits, selon trois contrats successifs à durée déterminée, le dernier, conclu le 22 mars 2007 à échéance du 31 décembre 2007, prévoyant que, passé cette date, le contrat se terminerait automatiquement et que les parties seraient alors libres de négocier les conditions d'un nouveau contrat ; que par lettre du 12 novembre 2007, la société Bugaboo a indiqué à la société GTT qu'elle ne renouvelerait pas l'accord exclusif de distribution après la date du 31 décembre 2007 ; qu'assignée en paiement de factures devant le tribunal de commerce par la société Bugaboo, la société GTT a demandé, à titre reconventionnel, le paiement de dommages-intérêts pour rupture brutale d'une relation commerciale établie, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Bugaboo fait grief à l'arrêt de sa condamnation alors, selon le moyen, que le juge ne peut statuer que sur les dernières conclusions déposées ; qu'en l'espèce, les dernières conclusions de la société Bugaboo sont en date du 8 juin 2015 ; que pour condamner la société Bugaboo à verser à la société GTT la somme de principale de 316 398 euros, la cour d'appel s'est prononcée au visa de conclusions de la société Bugaboo déposées le 31 décembre 2013 ; qu'en statuant ainsi sans qu'il résulte de ses motifs qu'elle ait pris en considération les dernières écritures de la société Bugaboo, la cour d'appel a violé les articles 455, alinéa 1er et 954, alinéa 2, du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'en dépit du visa erroné des conclusions de la société Bugaboo, la cour d'appel a statué sur toutes les prétentions de cette société et au vu de tous les moyens formulés dans ses dernières conclusions ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le deuxième moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 3 du code civil et les principes généraux du droit international privé ;

Attendu que pour retenir que la loi française est applicable et condamner la société Bugaboo sur le fondement de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce, l'arrêt, après avoir relevé que cette société soutenait que le contrat du 22 mars 2007 prévoyait en son article 25 qu'il était soumis au droit néerlandais et qu'ainsi il dérogeait à l'application de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce, retient que la responsabilité encourue sur le fondement de cet article est de nature délictuelle et non contractuelle et que la loi applicable à la responsabilité extra contractuelle est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit, en l'occurrence, la France, puisque la société GTT était distributeur exclusif de la société Bugaboo ;

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 a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS et, sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu, le 8 octobre 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

**Cass. com. 5 juillet 2017, n°16-13862**

LA COUR (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 19 janvier 2016), rendu sur contredit, que la société DSL Distribution (la société DSL), spécialisée dans le commerce de gros, était en relation d'affaires depuis 2005 avec la société de droit allemand Wiesenhof International (la société Wiesenhof) qui produit et commercialise des volailles ; que par courriel du 25 avril 2012, cette dernière lui a annoncé la cessation de la fourniture de

volailles à compter du 1er juillet 2012 ; que lui reprochant la rupture brutale d'une relation commerciale établie, la société DSL l'a assignée devant le tribunal de commerce de Paris en réparation de son préjudice ; que la société Wiesenhof a soulevé l'incompétence des juridictions françaises au profit des tribunaux allemands, en se fondant sur une clause attributive de juridiction ; que le tribunal s'étant déclaré incompétent, la société DSL a formé contredit ;

Sur les premier et second moyens, réunis :

Attendu que la société DSL fait grief à l'arrêt de décliner la compétence des juridictions françaises alors, selon le moyen :

1°/ que la clause attributive de juridiction invoquée par la société Wiesenhof était insérée dans les conditions générales visant la vente, la livraison et le paiement, accessoirement les difficultés liées aux traites ou aux chèques ; qu'en s'abstenant de rechercher, comme le demandait la société DSL, si la clause attributive de juridiction, insérée dans les conditions générales de vente, n'avait pas un champ d'application matériel identique aux conditions générales dont elles constituaient l'une des composantes, les juges du fond ont privé leur décision de base légale au regard de l'article 23 du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 ;

2°/ que selon les constatations mêmes des juges du fond, la clause attributive de juridiction était conçue de la manière suivante : « dans toutes les relations contractuelles dans lesquelles l'acheteur est intervenu en tant qu'intermédiaire ou dans lesquelles l'acheteur n'est pas soumis à la compétence des tribunaux en Allemagne, la compétence est attribuée aux tribunaux de Drechterfeld/Allemagne » ; qu'eu égard aux termes clairs et précis de cette stipulation, telle qu'elle résulte de l'analyse des juges du fond, et sachant que l'article 23 du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 impose que la clause attributive de juridiction vise un rapport de droit déterminé, les juges du fond, en retenant l'application de la clause à propos d'une rupture brutale, de nature quasi délictuelle, au sens de l'article L. 442-6 I, 5e du code de commerce, n'ont pas tiré les conséquences légales de leurs propres constatations et ont violé l'article 23 du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 ;

3°/ que si une clause attributive de juridiction peut recevoir application, quand bien même le contentieux a un fondement quasi délictuel, autant qu'il présente un lien avec les rapports contractuels, lorsque le libellé de la clause montre que la convention concerne, non seulement les rapports contractuels, mais également les rapports quasi délictuels en lien avec ces rapports contractuels, il en va autrement, en revanche, lorsque la clause, comme c'est le cas en l'espèce, vise exclusivement les relations contractuelles ; qu'en décidant le contraire, au cas d'espèce, les juges du fond ont violé l'article 23 du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 ;

4°/ que vainement objecterait-on que la cour d'appel aurait justifié sa solution en retenant que la clause « est conçue en des termes extensifs qui incluent tous les litiges découlant du rapport contractuel » ; qu'en statuant de la sorte, quand la clause ne visait que les « relations contractuelles », la cour d'appel a entaché sa décision d'une dénaturation et violé l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu qu'après avoir rappelé la clause relative au domaine d'application des conditions générales (article 1.1) et celle relative au tribunal compétent en cas de litige (article 11.2) et souverainement relevé, sans dénaturation, que les termes de la clause attributive de juridiction incluent tous les litiges découlant du rapport contractuel, la cour d'appel, qui a effectué la recherche prétendument omise et tiré les conséquences légales de ses constatations en retenant que ces litiges relevaient du rapport de droit déterminé par la clause a, à bon droit, rejeté le contredit ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

**Cass. com. 20 septembre 2017, n°16-14812**

LA COUR (...)

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 15 décembre 2015), rendu sur contredit, que la société de droit belge AVR BVBA (la société AVR), qui conçoit et fabrique du matériel agricole, était en relation d'affaires depuis l'année 2003 avec la société Etablissements Proutheau-Laboute (la société Proutheau), distributeur ; que cette relation ayant cessé en janvier 2010, la société Proutheau a assigné devant le tribunal de commerce de Paris la société AVR en réparation de son préjudice, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce ; que la société AVR a soulevé une exception d'incompétence au profit des juridictions belges ; que le tribunal de commerce de Paris s'est dit compétent ;

Attendu que la société Proutheau fait grief à l'arrêt de déclarer le tribunal de commerce de Paris incompetent et de renvoyer les parties à mieux se pourvoir alors, selon le moyen :

1°/ qu'une action indemnitaire pour rupture brutale d'une relation commerciale établie est, à tout le moins lorsque les relations ne sont pas régies par un contrat cadre, de nature délictuelle, tant en droit français qu'en droit de l'Union européenne ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que les relations commerciales entre les parties n'étaient pas régies par ce contrat cadre ; qu'en considérant, pour déclarer le tribunal de commerce de Paris incompetent, que la demande indemnitaire de la société Etablissements Proutheau-Laboute à l'encontre de la société AVR BVBA, pour rupture de relation commerciale établie, relevait de la matière contractuelle, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce, ensemble l'article 5, 3°, du règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 ;

2°/ que l'action de la société Etablissements Proutheau-Laboute était fondée sur la rupture brutale, par la société AVR BVBA, d'une relation commerciale établie et non sur la rupture d'un contrat ; qu'en considérant, pour accueillir le contredit, que la "rupture des relations contractuelles" relevait de la matière contractuelle au sens de l'article 5.1 du règlement n° 44/2001, la cour d'appel a méconnu les termes du litige et violé les articles 4 et 5 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article 7, point 2, du règlement (UE) 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, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE 14 juillet 2016 aff. C-196/15 Granolo SpA c. Ambroisi Emmi France SA), une action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de relations commerciales établies de longue date 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 reposant 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; que l'arrêt relève que la société AVR a vendu pendant plusieurs années, soit de 2003 à 2010, du matériel agricole à la société Proutheau que cette dernière distribuait en France ; qu'il ajoute que l'article 5 des conditions générales des contrats de vente conclus entre les parties, intitulé "Lieu de livraison", précisait "les marchandises sont censées être livrées à partir de nos magasins avant expédition" ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir l'existence d'une relation contractuelle tacite, la cour d'appel, qui n'a pas méconnu les termes du litige, a pu retenir que l'action relevait de la matière contractuelle et, les marchandises étant livrées en Belgique, déclarer le tribunal de commerce de Paris incompetent ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

### **Cass. com. 8 juillet 2020, n°17-31.536**

LA COUR (...)

#### **Faits et procédure**

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 21 juin 2017), la société Expedia Inc. et les sociétés Expedia France, Travelscape LLC, Vacationspot SL ainsi que Hotels.com LP (les sociétés du groupe Expedia) exploitent plusieurs agences de voyage en ligne qui proposent aux internautes de réserver, via leurs moteurs de recherche, des hébergements dans un grand nombre d'hôtels en France et à l'étranger.

2. Les relations commerciales entre les sociétés du groupe Expedia et les hôteliers pour les ventes de nuitées sont régies par des contrats organisant la mise en ligne de l'offre des hôteliers sur les canaux de réservation des sociétés du groupe Expedia.

3. En février 2011, dans le cadre d'une enquête diligentée par les services de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (la DGCCRF), cinquante-trois contrats conclus entre 2008 et 2011 par les sociétés Travelscape LLC, Hotels.com LP et Vacationspot SL avec des hôteliers ont été communiqués aux enquêteurs, à leur demande.

4. En 2013, le ministre chargé de l'économie a assigné les sociétés Expedia Inc., Travelscape LLC, Vacationspot SL, Expedia France et Hotels.com LP en annulation des clauses de parité

tarifaires, non tarifaires et promotionnelles présentes dans quarante-sept des contrats précités sur le fondement de l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce et, subsidiairement, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2°, du même code, en annulation de la clause dite « de la dernière chambre disponible » présente dans quarante-sept de ces contrats sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce, et aux fins qu'il soit enjoint aux sociétés en cause de faire cesser les pratiques consistant à mentionner de telles clauses dans leurs contrats et qu'elles soient condamnées au paiement d'une amende civile de deux millions d'euros.

### **Examen des moyens**

Sur le troisième moyen, pris en ses deux premières branches, et le quatrième moyen, ci-après annexés

5. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le premier moyen

Énoncé du moyen

6. Les sociétés du groupe Expedia font grief à l'arrêt de confirmer le jugement en ce qu'il a rejeté leur demande tendant à voir écarter de la procédure les contrats retenus comme pièces à la procédure alors :

« 1°/ que le principe de loyauté impose à la DGCCRF d'indiquer précisément à la société visée par une enquête l'objet de celle-ci ; qu'il en résulte que des pièces recueillies à l'occasion d'une enquête portant sur un contexte donné ne peuvent être utilisées dans un contexte différent ; qu'au cas présent, les contrats ont été recueillis par la DGCCRF dans le cadre d'une enquête portant sur de prétendues pratiques trompeuses à l'égard des consommateurs ; qu'elles ne pouvaient donc être utilisées dans le cadre de la présente procédure, qui portait exclusivement sur de prétendues pratiques restrictives de concurrence ; qu'en admettant la recevabilité des contrats, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble le principe de loyauté de la preuve ;

2°/ que le principe de loyauté impose à la DGCCRF d'indiquer précisément à la société visée par une enquête l'objet de celle-ci ; qu'au cas présent, la cour d'appel a observé que le procès-verbal de 2011 ne comportait pas la mention écrite littérale de l'objet de l'enquête, mais une mention pré-imprimée selon laquelle les enquêteurs ont justifié de leur qualité et indiqué l'objet de l'enquête ; que la cour d'appel a considéré que cette mention "faisait foi jusqu'à preuve contraire" ; qu'en statuant ainsi cependant que si une telle mention pouvait faire foi de l'existence d'une information donnée par les enquêteurs, elle ne fournissait aucun élément quant au contenu de ladite information, de laquelle dépendait la recevabilité des pièces recueillies par les enquêteurs de la DGCCRF ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble le principe de loyauté de la preuve ;

3°/ que le principe de loyauté impose à la DGCCRF d'indiquer précisément à la société visée par une enquête l'objet de celle-ci ; que la simple mention, dans le procès-verbal de la DGCCRF, de l'article L. 450-3 du code de commerce, qui concerne de manière absolument générale les pouvoirs d'enquête de la DGCCRF, n'était pas de nature à satisfaire cette obligation ; qu'en estimant que la mention de l'article L. 450-3 du code de commerce dans le procès-verbal aurait permis aux personnes destinataires de déterminer l'objet de l'enquête, la cour d'appel a méconnu l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble le principe de loyauté de la preuve ;

4°/ que le principe de loyauté impose à la DGCCRF d'indiquer précisément à la société visée par une enquête l'objet de celle-ci ; que ce principe exclut donc une enquête à objet indéterminé ; qu'au cas présent, en considérant par motifs éventuellement adoptés des premiers juges que l'objet de l'enquête diligentée par la DGCCRF en 2011 portait sur la conformité des contrats "à l'ensemble des textes en vigueur", la cour d'appel a violé l'article 6

§ 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, ensemble le principe de loyauté de la preuve. »

Réponse de la Cour

7. Après avoir rappelé que les enquêteurs de la DGCCRF mettent en oeuvre, pour la recherche des infractions et manquements au livre IV du code de commerce constitués par des pratiques anticoncurrentielles ou des pratiques restrictives de concurrence, les pouvoirs prévus à l'article L. 450-3 du même code et qu'ils disposent par ailleurs de pouvoirs d'enquête pour rechercher des infractions au code de la consommation sur le fondement des articles L. 215-1 et suivants du code de la consommation, la cour d'appel a constaté que c'est l'article L. 450-3 du code de commerce qui est mentionné sur le procès-verbal d'audition du 28 février 2011 de représentants de la société Expedia France et d'une société Expedia.com LTD. Le grief de la première branche, qui soutient que l'enquête portait sur des pratiques contraires au droit de la consommation, procède donc d'un postulat erroné.

8. L'arrêt relève également que, si le procès-verbal de déclaration du 28 février 2011 et de prise de copie de documents ne comporte pas la mention écrite littérale de l'objet de l'enquête, il indique, par une mention pré-imprimée, que les enquêteurs ont justifié de leur qualité et indiqué l'objet de l'enquête et en déduit que les deux personnes entendues étaient parfaitement informées qu'elles étaient interrogées sur le modèle marchand des plate-formes en ligne, concernant leurs relations tant avec les clients finals qu'avec les hôtels partenaires, ainsi que sur la répartition des diverses responsabilités au sein du groupe. De cette appréciation, faisant ressortir que ces personnes connaissaient le contenu concret de l'objet de l'enquête, et abstraction faite des motifs surabondants critiqués par la quatrième branche, la cour d'appel a pu déduire que l'obtention, à la demande d'un des enquêteurs ayant procédé à l'audition et postérieurement à celle-ci, des conditions générales de la société Expedia adressées aux hôteliers ainsi que des contrats signés avec ces derniers, transmis par les personnes ainsi entendues, n'était pas déloyale.

9. Le moyen, pour partie inopérant, n'est donc pas fondé pour le surplus.

Sur le deuxième moyen

Énoncé du moyen

10. Les sociétés du groupe Expedia font grief à l'arrêt de dire que la loi française est applicable alors :

« 1°/ que si l'action du ministre, fondée sur de prétendues pratiques restrictives de concurrence, visant au retrait de clauses contractuelles et à la mise en jeu de la responsabilité d'un des contractants, relève d'une qualification délictuelle, l'appréciation des clauses contractuelles en cause relève d'une qualification contractuelle ; qu'au cas présent, en soumettant la question de la licéité des clauses contestées incluses dans les contrats litigieux à une qualification délictuelle et donc au règlement Rome II, cependant que cette question, tributaire d'une qualification contractuelle, relevait du règlement Rome I, la cour d'appel a méconnu l'article 1er du règlement CE n° 593/2008 dit Rome I ;

2°/ que subsidiairement, à supposer que la question aurait relevé d'une qualification délictuelle, la loi applicable à une obligation non contractuelle n'est la loi du lieu du dommage que si une autre loi n'entretient pas des liens manifestement supérieurs avec la situation ; que de tels liens peuvent se fonder, notamment, sur une relation contractuelle sous-jacente ; qu'au cas présent, les prétendus dommages résultaient de clauses insérées dans des contrats qui étaient tous soumis à la loi anglaise ; qu'à supposer que la question relevait d'une qualification non contractuelle, la loi anglaise, qui régissait les relations contractuelles sous-jacentes entretenait donc des liens manifestement plus étroits et devait donc être appliquée à la place de la loi du lieu du dommage ; qu'en appliquant la loi française en tant que loi du lieu du dommage, la cour d'appel a violé l'article 4 § 3 du règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 (dit Rome II) ;

3°/ qu'une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application ; que l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce n'a pas pour objet de défendre un intérêt public du pays, mais uniquement d'organiser des intérêts catégoriels, et que son application n'est pas cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, économique et sociale ; qu'il ne s'agit par conséquent pas d'une loi de police ; qu'au cas présent, pour dire l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce applicable, la cour d'appel l'a qualifié de loi de police ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil, ensemble l'article 9 § 1 du règlement Rome I ;

4°/ qu'une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application ; que l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce n'a pas pour objet de défendre un intérêt public du pays, mais uniquement d'organiser des intérêts catégoriels, et que son application n'est pas cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, économique et sociale ; qu'il ne s'agit par conséquent pas d'une loi de police ; qu'au cas présent, pour dire l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce applicable, la cour d'appel l'a qualifié de loi de police ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil, ensemble l'article 9 § 1 du règlement Rome I ;

5°/ que, en tout état de cause, les lois de police ne s'appliquent qu'aux situations entrant dans leur champ d'application, déterminé en considération de l'objectif qu'elles poursuivent ; qu'au cas présent, pour dire les articles L. 442-6, I, 2°, et L. 442-6, II, d) du code de commerce applicables, la cour d'appel s'est bornée à relever leur nature de lois de police ; qu'en statuant ainsi, sans caractériser l'existence d'un lien de rattachement de la situation avec la France au regard de l'objectif poursuivi par ces deux textes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 3 du code civil, ensemble l'article 9 § 1 du règlement Rome I. »

Réponse de la Cour

11. 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 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.

12. Ayant ensuite relevé que les hôtels signataires des contrats en cause et victimes des pratiques alléguées étaient situés sur le territoire français, la cour d'appel a caractérisé un lien de rattachement de l'action du ministre au regard de l'objectif de préservation de l'organisation économique poursuivi par les lois de police en cause.

13. Le moyen n'est donc pas fondé.

Sur le troisième moyen, pris en sa troisième branche

Énoncé du moyen

14. Les sociétés du groupe Expedia font grief à l'arrêt de dire que la clause de parité de tarifs et de conditions ainsi que la clause de disponibilité et de dernière chambre disponible sont

contraires à l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce, mais seulement en tant qu'elles visent l'alignement sur les meilleures conditions consenties aux concurrents tiers et non pratiquées par l'hôtelier lui-même, de dire que la clause de parité et la clause de disponibilité des chambres, par leurs effets cumulés, constituent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, de dire que les sociétés Expedia France et Expedia Inc. sont également responsables de la violation de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce, de prononcer la nullité de ces clauses dans les quarante-sept contrats du dossier, d'enjoindre aux sociétés Expedia France, Expedia Inc., Hotels.com LP, Vacationspot SL et Travelscape LLC de cesser les pratiques consistant à mentionner les clauses précitées dans leurs contrats signés avec les hôteliers adhérents de leur plate-forme et de condamner les sociétés Expedia France, Expedia Inc., Hotels.com LP, Vacationspot SL et Travelscape LLC in solidum, au paiement d'une amende d'un million d'euros au ministre de l'économie alors « que les clauses de disponibilité de la dernière chambre insérées dans les quarante-sept contrats litigieux prévoient uniquement que l'hôtelier devra nécessairement proposer aux plates-formes cocontractantes (Hotels.com, Vacationspot SL et Travelscape) sa dernière chambre disponible, qu'il n'est en aucun cas prévu qu'il devra la lui réserver, que, pour retenir le caractère fautif de cette clause, la cour d'appel a jugé que "cette clause dite "de la dernière chambre disponible" prévoit que, quel que soit le nombre de chambres disponibles à la vente, l'hôtel doit réserver à Expedia la dernière chambre qui serait disponible sur son site", qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a méconnu la loi des parties, en violation de l'article 1134 du code civil dans sa version applicable en la cause. »

Réponse de la Cour

15. L'article L. 442-6, I, d) du code de commerce, dans sa version antérieure à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, dispose que sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant. La cour d'appel a prononcé l'annulation de la clause dite « de disponibilité de la dernière chambre » sur le fondement de ce texte, après avoir retenu qu'elle instituait une garantie d'alignement des conditions faites aux sociétés du groupe Expedia sur les meilleures conditions en terme d'accès à la dernière chambre disponible. Ainsi, il importe peu que la clause litigieuse ait pour objet de permettre la réservation de la dernière chambre disponible de l'hôtel partenaire par le biais des sociétés du groupe Expedia comme par d'autres canaux, mais aux meilleures conditions de ceux-ci, ou de contraindre les hôteliers partenaires à réserver à ces sociétés leur dernière chambre disponible, dès lors que, dans les deux cas, elle les fait bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes en matière de disponibilité des chambres, ce qui suffit à justifier son annulation en application du texte précité.

16. Le moyen est donc inopérant.

Mais sur le cinquième moyen, pris en sa première branche :

Enoncé du moyen

17. Les sociétés du groupe Expedia font le même grief à l'arrêt alors « que les clauses de disponibilité de la dernière chambre insérées dans les quarante-sept contrats litigieux prévoient uniquement que l'hôtelier devra nécessairement proposer aux plates-formes cocontractantes (Hotels.com, Vacationspot et Travelscape) sa dernière chambre disponible ; que ces clauses n'imposent aucunement aux hôteliers de la vendre par l'intermédiaire d'Expedia ; que, pour retenir l'existence d'un déséquilibre significatif, la cour d'appel a jugé que "la clause de la dernière chambre disponible impose aux hôteliers de la vendre par l'intermédiaire d'Expedia et donc de payer une commission sur elle ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a méconnu la loi des parties, en violation de l'article 1134 du code civil dans sa version applicable en la cause. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 :

18. Selon ce texte, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

19. Pour retenir que la clause dite « de la dernière chambre disponible », corrélée à la clause de parité tarifaire, non tarifaire et promotionnelle, entraîne un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, l'arrêt retient que cette clause oblige l'hôtelier qui dispose de chambres encore disponibles à les vendre par l'intermédiaire des sociétés du groupe Expedia.

20. En statuant ainsi, alors que les clauses relatives à la dernière chambre disponible imposaient seulement aux hôteliers de permettre la réservation de cette chambre par le canal des sociétés du groupe Expedia dans les conditions prévues pour d'autres canaux, la cour d'appel, qui a méconnu la volonté exprimée par les parties dans les clauses litigieuses, a violé le texte susvisé.

Portée de la cassation

21. Il résulte du rejet du troisième moyen que l'annulation de la clause de parité de tarifs et de conditions et de la clause dite « de la dernière chambre disponible » est justifiée sur le fondement des dispositions de l'article L. 442-6, II, d) du code de commerce, avec les conséquences qui en résultent en termes d'injonction. La cassation encourue sur le cinquième moyen ne porte donc que sur les chefs de dispositif de l'arrêt disant que ces clauses, par leurs effets cumulés, constituent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, que les sociétés Expedia Inc. et Expedia France sont responsables de la violation de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce et les condamnant, in solidum, au paiement d'une amende d'un million d'euros au ministre de l'économie.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour : CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit que la clause de parité et la clause de disponibilité des chambres, par leurs effets cumulés, constituent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, dit que les sociétés Expedia France et Expedia Inc. sont également responsables de la violation de l'article L. 442-6, I, 2°, du code du commerce et les condamne, in solidum avec les sociétés Hotels.com LP, Vacationspot SL et Travelscape LLC, au paiement d'une amende d'un million d'euros au ministre de l'économie, l'arrêt rendu le 21 juin 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Remet, en conséquence, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Paris autrement composée ;

Condamne le ministre chargé de l'économie aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;  
Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du huit juillet deux mille vingt.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, avocat aux Conseils, pour les sociétés Expedia France, Expedia Inc., Travelscape LLC, Hôtels.com LP et Vacationspot SL

## 2. CONTEXTE PROCESSUEL

**Cass. com. 24 septembre 2013, n°12-21089**

LA COUR (...)

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Lyon, 6 avril 2012), que la société Delachaux a interjeté appel, devant la cour d'appel de Lyon, d'un jugement du tribunal de commerce de Lyon qui, s'étant déclaré compétent en application de l'article D. 442-3 du code de commerce, l'a condamnée à payer à la société Licat des factures ainsi que des dommages-intérêts pour résistance abusive et pour rupture brutale d'une relation commerciale établie ; que, saisi d'un incident par la société Licat, le conseiller de la mise en état a déclaré l'appel irrecevable ; que la société Delachaux a déféré l'ordonnance à la cour d'appel ;

Attendu que la société Delachaux fait grief à l'arrêt de confirmer l'ordonnance en ce qu'elle déclare son appel irrecevable, alors, selon le moyen :

1°/ que, lorsque, conformément à l'acte de signification du jugement qui lui a été délivré, l'appelant saisit la cour d'appel désignée et que celle-ci est compétente pour statuer sur les appels formés contre les jugements du tribunal de commerce situés dans son ressort, cette cour d'appel ne peut, sans excéder ses pouvoirs, déclarer cet appel irrecevable et ce, même si quand bien même en application de l'article L. 442-6 du code de commerce la compétence de la cour d'appel de Paris serait réservée ; qu'en l'espèce, dès lors que l'intimée avait elle-même désigné la cour d'appel de Lyon comme compétente dans l'acte de signification du jugement à partie et que certains points en litige ne relevaient pas de l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce, la cour d'appel de Lyon, qui a fait droit à l'incident de procédure soulevé par l'intimée et a déclaré irrecevable l'appel en son entier, en refusant le renvoi demandé par l'appelante à la cour d'appel de Paris, a privé celle-ci d'un procès équitable et a violé ensemble, l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, les articles L. 442-6, L. 721-3, D. 442-3 du code de commerce, L. 311-1, R. 311-3, D. 311-1 du code de l'organisation judiciaire et l'article 680 du code de procédure civile ;

2°/ que, conformément à l'article D. 442-3 du code de commerce, la cour d'appel compétente pour connaître de l'appel des décisions rendues en application de l'article L. 442-6 désignée comme compétente par ce texte, est la cour d'appel de Paris, que dès lors, conformément à l'article 96 du code de procédure civile, lorsqu'une autre cour d'appel est saisie, elle doit se déclarer incompétente et renvoyer l'affaire à la cour d'appel de Paris ; qu'en l'espèce, en refusant de renvoyer l'affaire à la cour d'appel de Paris et en déclarant irrecevable l'appel formé devant la cour d'appel de Lyon contre le jugement du tribunal de commerce de Lyon, statuant, entre autres, sur l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs et a violé les textes précités et les articles 96, 97 du code de procédure civile, et par fausse application, l'article 122 dudit code ;

3°/ que la cour d'appel de Lyon est compétente rationae loci et rationae materiae pour statuer sur les jugements du tribunal de commerce de Lyon, statuant sur un litige afférent au paiement de factures opposant deux commerçants ; qu'en déclarant irrecevable l'appel en son entier, peu important que certaines demandes ne relèvent pas de l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce, la cour d'appel de Lyon a excédé ses pouvoirs en violation des articles L. 311-1, R. 311-3, D. 311-1, L. 721-3 et suivants du code de l'organisation judiciaire et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Mais attendu qu'il résulte de la combinaison des articles L. 442-6, III, alinéa 5, et D. 442-3 du code de commerce que la cour d'appel de Paris est seule investie du pouvoir de statuer sur les appels formés contre les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 du même code et que l'inobservation de ces textes est sanctionnée par une fin de non-recevoir ; que c'est à bon droit et sans méconnaître le droit à un procès équitable que la cour d'appel, qui n'était pas saisie d'une demande de disjonction, a retenu que le fait que la société Licat avait également formé des demandes non fondées sur l'article L. 442-6 du code de commerce ne lui permettait pas de déroger à cette règle et qu'elle a déclaré l'appel irrecevable pour le tout ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

**Cass. Com. 12 avril 2016, n°14-21247**

Contrats, conc. consom. 2016, comm. 143, N. Mathey, JCP? E, 2017, 1079, obs. D. Mainguy

LA COUR (...)

Sur la recevabilité du pourvoi, contestée par la défense :

Attendu que l'instance ayant été reprise par M. X..., nommé liquidateur de la société Autocaravans Rimor SpA (la société Rimor) par ordonnance du 27 mars 2015 du Tribunal de Sienne, la procédure est régulière ;

Sur le moyen unique :

Vu les articles 2 et 8 du décret n° 2009-1384 du 11 novembre 2009 et l'article D. 442-3 du code de commerce ;

Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces textes qu'une procédure introduite par une assignation délivrée antérieurement au 1er décembre 2009, date de l'entrée en vigueur du décret n° 2009-1384 du 11 novembre 2009, n'est pas soumise aux dispositions de l'article D. 442-3 du code de commerce qui en sont issues et ne relève pas du pouvoir juridictionnel exclusif dévolu à la cour d'appel de Paris ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Ypo Camp-Sublet et fils, s'estimant victime de la rupture brutale d'une relation commerciale établie, a assigné la société Rimor devant le tribunal de commerce de Lyon sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce ; que cette dernière a interjeté appel de la décision la condamnant au paiement de dommages-intérêts auprès de la cour d'appel de Lyon ;

Attendu que pour confirmer l'ordonnance du conseiller de la mise en état ayant retenu l'irrecevabilité de l'appel et le dessaisissement de la cour d'appel de Lyon, l'arrêt relève que l'article D. 442-3 du code de commerce, issu du décret 2009-1384 du 11 novembre 2009, entré en vigueur le 1er décembre 2009, définit le siège et le ressort des juridictions commerciales compétentes pour l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce et que la cour d'appel compétente pour connaître des décisions rendues par ces juridictions est celle de Paris ; qu'il retient que les voies de recours sont régies par les textes en vigueur à la date de celles-ci, de sorte que le conseiller de la mise en état a retenu à juste titre, en présence d'une déclaration d'appel postérieure au 1er décembre 2009, que seule la cour d'appel de Paris était compétente, peu important que le tribunal de commerce de Lyon ait été saisi le 2 octobre 2009, à une date à laquelle il n'était pas encore désigné en tant que juridiction spécialisée pour connaître de ce contentieux spécifique ; Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 1er octobre 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon, autrement composée ;

Condamne la société Ypo Camp-Sublet et fils aux dépens ;

**Cass. com. 26 mars 2013, n°12-12685**

LA COUR (...)

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 29 novembre 2011), que la société Rétif, qui avait conclu avec la société BMW France (la société BMW), un contrat d'audit en vue de son agrément en tant que réparateur automobile, l'a assignée à bref délai devant le tribunal de commerce de Paris, pour lui voir enjoindre de formaliser cet agrément, et la voir condamner à des dommages-intérêts ; que ce tribunal ayant accueilli l'exception d'incompétence soulevée par la société BMW, la société Rétif a formé contredit ;

Attendu que la société BMW fait grief à l'arrêt d'avoir dit le tribunal de commerce de Paris compétent, alors, selon le moyen :

1°/ qu'il résulte des dispositions de l'article L. 442-6-4 du code de commerce qu'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'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ; que la demande de la société Rétif portait sur sa nomination en qualité de réparateur agréé et sur des dommages-intérêts pour perte d'exploitation du fait du refus d'agrément ; que la demande de la société Rétif ne portait donc aucunement sur une menace de rompre des relations commerciales qui n'avaient été aucunement encore établies ; que dès lors, en se bornant à énoncer qu'il

n'appartient pas à la cour d'appel de préjuger du caractère fondé ou non des demandes de la société Réatif au regard du texte susvisé, qu'il soit invoqué à titre principal ou accessoire, sans rechercher précisément, pour justifier la compétence du tribunal de commerce de Paris, si l'article L. 442-6 du code de commerce était applicable au litige, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de cet article ;

2°/ que la demande de la société Réatif portait exclusivement sur sa nomination en qualité de réparateur agréé et sur des dommages-intérêts pour perte d'exploitation du fait du refus d'agrément ; qu'en conséquence le litige ne portait aucunement sur une menace de rompre des relations commerciales qui n'avaient été aucunement encore établies ; que dès lors, en se fondant sur l'article L. 442-6 du code de commerce pour en déduire que le tribunal de commerce de Paris était compétent, la cour d'appel a violé par fausse application cet article ;

Mais attendu qu'après avoir d'abord constaté que le litige était né d'un refus de la société BMW d'agréer la société Réatif et que celle-ci fondait ses demandes sur l'article L. 442-6 du code de commerce, l'arrêt énonce que, pour l'application de ce texte, en vertu de l'article D. 442-3 du même code, le tribunal de commerce de Paris est compétent pour le ressort de la cour d'appel de Versailles, où la société BMW a son siège ; que, par suite, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu qu'au regard de l'article L. 442-6 précité, la détermination du tribunal compétent n'était pas subordonnée à l'examen du bien-fondé des demandes ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

### **Cass. com. 29 mars 2017, n°15-24241**

JCP, 2018, éd. G, 2017, 498, note M. Béhar-Touchais, éd. E, 2018, 1131, n°12, obs. D. Mainguy, CCC 2017, n°98, obs. N. Methéy, n°126, obs. M. Malaurie-Vignal. Adde R. Loir, « Les cours d'appel et l'article L. 442-6 du Code de commerce » : JCP E 2017, 1238

LA COUR (...)

Sur le moyen relevé d'office, après avertissement délivré aux parties :

Vu les articles L. 442-6 et D. 442-3 du code de commerce, ensemble les articles 122, 125 et 620 du code de procédure civile et R. 311-3 du code de l'organisation judiciaire ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Sodisco, imputant à Mme Y... la rupture brutale de la relation commerciale établie qu'elles entretenaient depuis plusieurs années, l'a assignée, le 14 février 2012, en réparation de son préjudice sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce ; que sa demande ayant été rejetée, la société Sodisco a formé appel devant la cour d'appel de Bastia ;

Attendu qu'en application de l'article L. 442-6, III du code de commerce, les litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 du même code sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret ; que l'article D. 442-3 du code de commerce, issu du décret du 11 novembre 2009, fixe la liste des juridictions de première instance appelées à connaître de ces litiges et désigne la cour d'appel de Paris pour connaître des décisions rendues par ces juridictions ;

Attendu qu'à l'instar de ce que retient, en application de l'article R. 311-3 du code de l'organisation judiciaire, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation lorsqu'un appel est formé devant une cour d'appel dans le ressort de laquelle ne se trouve pas la juridiction ayant rendu la décision attaquée (2e Civ, 9 juillet 2009, n° 06-46.220, Bull II, n° 186 et 15 octobre 2015, n° 14-20.165), la chambre commerciale, financière et économique de cette Cour juge, depuis plusieurs années, que, la cour d'appel de Paris étant seule investie du pouvoir de statuer sur les recours formés contre les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce, la méconnaissance de ce pouvoir juridictionnel exclusif est sanctionnée par une fin de non-recevoir, de sorte qu'est irrecevable l'appel formé devant une autre cour d'appel (Com. 24 septembre 2013, n° 12-21.089, Bull.IV, n° 138), et que cette fin de non-recevoir doit être relevée d'office (Com., 31 mars 2015, n° 14-10.016, Bull. IV, n° 59) ; que cette règle a été appliquée à toutes les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'article L. 442-6 du code de commerce, même lorsqu'elles émanaient de juridictions non spécialement désignées ;

Attendu que cette dernière solution est source, pour les parties, d'insécurité juridique quant à la détermination de la cour d'appel pouvant connaître de leur recours, eu égard aux termes mêmes de l'article D. 442-3 du code de commerce ; qu'elle conduit en outre au maintien de décisions rendues par des juridictions non spécialisées, les recours formés devant les autres cours d'appel que celle de Paris étant déclarés irrecevables, en l'état de cette jurisprudence ;

Attendu qu'il apparaît donc nécessaire d'amender cette jurisprudence, tout en préservant l'objectif du législateur de confier l'examen des litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 du code de

commerce à des juridictions spécialisées ; qu'il convient, pour y parvenir, de retenir qu'en application des articles L. 442-6, III, et D. 442-3 du code de commerce, seuls les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions du premier degré spécialement désignées sont portés devant la cour d'appel de Paris, de sorte qu'il appartient aux autres cours d'appel, conformément à l'article R. 311-3 du code de l'organisation judiciaire, de connaître de tous les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions situées dans leur ressort qui ne sont pas désignées par le second texte ; qu'il en est ainsi même dans l'hypothèse où celles-ci auront, à tort, statué sur l'application du premier, auquel cas elles devront relever, d'office, l'excès de pouvoir commis par ces juridictions en statuant sur des demandes qui, en ce qu'elles ne relevaient pas de leur pouvoir juridictionnel, étaient irrecevables ;

Attendu, qu'en l'espèce, l'arrêt rejette la demande de la société Sodisco en retenant que la durée du préavis de deux mois dont a bénéficié cette société est suffisant au regard des dispositions de l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce ;

Qu'en statuant ainsi, sans relever d'office l'irrecevabilité des demandes fondées sur l'article L. 442-6 du code de commerce formées devant le tribunal de commerce de Bastia, juridiction non spécialisée, la cour d'appel, qui était elle-même dépourvue de tout pouvoir juridictionnel pour statuer sur un litige portant sur l'application de cet article, a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le moyen du pourvoi :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 24 juin 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Bastia ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Bastia, autrement composée ;

**Cass. com. 21 mars 2018, n°16-28412**

JCP, éd. G, 2018, 541 note P. Demuier, JCP, E, 1220 note R. Loir,

LA COUR (...)

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 28 septembre 2016), qu'assignée par la société Best automobile (la société Best) en responsabilité contractuelle devant le tribunal de grande instance de Nanterre, la société Toyota France (la société Toyota) a, au soutien d'une demande reconventionnelle, invoqué les dispositions de l'article L. 442-6, I, 6°, du code de commerce ; que la cour d'appel de Versailles ayant déclaré irrecevable l'appel formé par la société Best, celle-ci a relevé appel devant la cour d'appel de Paris ; que la société Toyota a contesté la recevabilité de l'appel ;

Attendu que la société Toyota fait grief à l'arrêt de rejeter le déferé contre l'ordonnance du conseiller de la mise en état disant l'appel de la société Best devant la cour d'appel de Paris recevable alors, selon le moyen, qu'en application des articles L. 442-6, III, et D. 442-3 du code de commerce, seuls les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions du premier degré spécialement désignées sont portés devant la cour d'appel de Paris, de sorte qu'il appartient aux autres cours d'appel, conformément à l'article R. 311-3 du code de l'organisation judiciaire, de connaître de tous les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions situées dans leur ressort qui ne sont pas désignées par le second texte, fut-ce pour dire que le premier juge irrégulièrement saisi a excédé ses pouvoirs ; qu'il en est ainsi même dans l'hypothèse où celles-ci auront, à tort, statué sur l'application du premier ; qu'en disant l'appel formé devant la cour d'appel de Paris contre le jugement du tribunal de grande instance de Nanterre du 17 mai 2013 recevable, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé les articles L. 442-6 et D. 442-3 du code de commerce, ensemble les articles R. 311-3 du code de l'organisation judiciaire et 620 du code de procédure civile ;

Mais attendu que, par plusieurs arrêts rendus le 29 mars 2017 (pourvois n° 15-17.659, 15-24.241 et 15-15.337), la chambre commerciale, financière et économique, amendant sa jurisprudence selon laquelle la cour d'appel de Paris était seule investie du pouvoir juridictionnel de statuer sur les recours formés contre les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce, même lorsqu'elles émanaient de juridictions non spécialement désignées par l'article D. 442-3 du même code, a jugé qu'en application des articles L. 442-6, III et D. 442-3 du code de commerce, seuls les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions du premier degré spécialement désignées relevaient de la cour d'appel de Paris ;

Que l'arrêt attaqué, rendu le 28 septembre 2016, se conformant à la jurisprudence ancienne, retient la recevabilité de l'appel, formé le 16 septembre 2015 par la société Best ;

Que l'application, à la présente instance, de la règle issue du revirement de jurisprudence, qui conduirait à

retenir l'irrecevabilité de l'appel formé devant la cour d'appel de Paris, aboutirait à priver la société Best, qui ne pouvait ni connaître, ni prévoir, à la date à laquelle elle a exercé son recours, la nouvelle règle jurisprudentielle limitant le pouvoir juridictionnel de la cour d'appel de Paris, d'un procès équitable, au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que la censure de l'arrêt n'est, dès lors, pas encourue ; que le moyen ne peut être accueilli ;  
PAR CES MOTIFS :  
REJETTE le pourvoi ;

## **Doctrine (Commentaire de l'arrêt Cass. com. 21 mars 2018-09-27**

### **1. Note de Romain Loir JCP, éd. G, 2018, 1220**

À l'origine d'une jurisprudence très nourrie (F. Buy, *Les grands arrêts du petit droit* : D. 2017, p. 1481), la rupture brutale des relations commerciales établies ne soulève pas seulement d'importantes questions de fond : elle pose aussi de délicats problèmes de procédure. La spécialisation des juridictions voulue par le législateur en est pour partie la cause. On sait en effet que la loi de modernisation de l'économie, dite LME, du 4 août 2008 (L. n° 2008-776, 4 août 2008 : JO 5 août 2008, p. 12471) a réservé le contentieux des pratiques restrictives de concurrence visées par l'article L. 442-6 du Code de commerce à certaines juridictions de première instance et, au second degré, à la seule cour d'appel de Paris (C. com., art. D. 442-3 et D. 442-4). Ces règles ne sont pas seulement des règles de compétence : elles attribuent aux juridictions désignées un « pouvoir juridictionnel », sanctionné par une fin de non-recevoir tirée de la méconnaissance d'une règle d'ordre public (Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-10.016 : JurisData n° 2015-006995 ; JCP E 2015, act. 319). C'est en particulier l'étendue du pouvoir juridictionnel ainsi attribué aux juges d'appel parisiens qui a engendré une épineuse question procédurale : lorsqu'un litige relatif à l'article L. 442-6 du Code de commerce (la plupart du temps, à la rupture brutale des relations commerciales établies) a été soumis en première instance à une juridiction spécialisée, il est acquis que seule la cour d'appel de Paris disposera du pouvoir de juger l'appel ; mais lorsque le litige a été porté devant une juridiction non spécialisée et que celle-ci a (à tort et au mépris des règles de spécialisation), statué sur le fond de l'affaire, devant quelle juridiction convient-il d'interjeter l'appel ? Deux analyses s'opposent : selon la première, seule la cour d'appel de Paris peut connaître du litige ; selon la seconde, il faudrait porter le recours devant la cour dans le ressort de laquelle est situé le tribunal qui a, par erreur, statué en application de l'article L. 442-6. La Cour de cassation avait adopté la première thèse (Cass. com., 24 sept. 2013, n° 12-21.089 : JurisData n° 2013-020544 ; Cass. com., 6 sept. 2016, n° 14-27.085 et n° 15-15.328, F-P+B, *Sté Ingénieurs de Paris c/ Sté Établissement Vraquier de l'Atlantique* : JurisData n° 2016-018112 ; *Contrats, conc. consom.* 2016, comm. 234, note N. M.) avant d'opérer un net revirement de jurisprudence : « en application des articles L. 442-6, III, et D. 442-3 du Code de commerce, seuls les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions du premier degré spécialement désignées sont portés devant la cour d'appel de Paris, de sorte qu'il appartient aux autres cours d'appel, conformément à l'article R. 311-3 du Code de l'organisation judiciaire, de connaître de tous les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions situées dans leur ressort qui ne sont pas désignées par le second texte ; qu'il en est ainsi même dans l'hypothèse où celles-ci auront, à tort, statué sur l'application du premier » (Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-24.241, FS-P+B+I : JurisData n° 2017-005680 ; Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-17.659, FS-P+B+R+I : JurisData n° 2017-005681 ; V. sur ces arrêts, JCP E 2017, 1238, note R. Loir ; JCP E 2017, act. 263 ; D. 2017, p. 756 ; D. 2017, p. 1075, chron. S. Tréard ; AJ Contrat 2017, p. 217, obs. B. Ruy ; *Concurrences* 2-2017, art. 83737, obs. M.-C. Mitchell ; *Contrats conc. consom.* 2017, comm. 97, obs. N. Mathey ; *Procédures* 2017, comm. 121, obs. H. Croze ; JCP G 2017, 498, note M. Behar-Touchais. - V. aussi Cass. com., 26 avr. 2017, n° 15-26.780 : JurisData n° 2017-007741 ; *Contrats, conc. consom.* 2017, comm. 126). Dit autrement, à partir du moment où une juridiction non spécialisée a rendu la décision de première instance, l'appel ne peut être interjeté que devant la cour dans le ressort de laquelle est située cette juridiction ; l'appel formé devant la cour d'appel de Paris serait au contraire irrecevable. Pour autant, la cour « provinciale » ne pourra statuer que « dans les limites de son propre pouvoir juridictionnel », ce qui signifie qu'elle ne pourra pas juger de la demande fondée sur l'article L. 442-6 (V. par ex. notre commentaire, JCP E 2017, 1238).

À peine un an plus tard, la chambre commerciale confirme cette solution, mais pour en moduler l'application dans le temps. En l'espèce, la société Best avait assigné la société Toyota en responsabilité contractuelle devant le tribunal de grande instance de Nanterre (qui ne fait pas partie des juridictions spécialisées). Le défendeur formula une demande reconventionnelle fondée sur l'article L. 442-6 du Code de commerce, ce qui ne dissuada pas les magistrats nanterrois de statuer sur le fond de l'affaire. La société Best interjeta appel devant la cour de Versailles et celle-ci, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation d'alors (l'appel était bien antérieur au 29 mars 2017), déclara le recours irrecevable. Le 16 septembre 2015, la société Best décida donc cette fois de relever appel devant la cour d'appel de Paris, suivant le sens de la jurisprudence de l'époque. Le conseiller de la mise en état ayant jugé l'appel recevable, l'intimé déféra son ordonnance devant la cour qui, par arrêt du 28 septembre 2016, rejeta le déféré. Quelques mois plus tard, dans d'autres affaires, la Cour de cassation opéra son revirement de jurisprudence : allait-il s'avérer salutaire pour Toyota qui en invoqua les termes dans son pourvoi en cassation ? La réponse est négative. Bien que rappelant la teneur de la solution issue des arrêts du 29 mars 2017, la chambre commerciale retient que « l'application, à la présente instance, de la règle issue du revirement de jurisprudence, qui conduirait à retenir l'irrecevabilité de l'appel formé devant la cour d'appel de Paris, aboutirait à priver la société Best, qui ne pouvait ni connaître, ni prévoir, à la date à laquelle elle a exercé son recours, la nouvelle règle jurisprudentielle limitant le pouvoir juridictionnel de la cour d'appel de Paris, d'un procès équitable, au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (Cass. com., 21 mars 2018, n° 16-28.412, préc.).

L'arrêt confirme indirectement que les règles de « compétence » spécifiques prévues par le Code de commerce s'appliquent aussi lorsque le fondement de l'article L. 442-6 n'est invoqué que dans le cadre d'une demande reconventionnelle (V. déjà Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-27.811, FS-P+B+I, Sté Pyxis pharma et a. c/ Sté Coopération pharmaceutique française : JurisData n° 2017-005679). Il en résulte surtout que sont recevables tous les appels formés devant la cour d'appel de Paris, avant le revirement de jurisprudence, contre des jugements émanant de tribunaux non spécialisés. Mais la Cour de cassation ne remet nullement en cause la solution dégagée le 29 mars 2017, qui s'impose à tous les appels postérieurs au revirement de jurisprudence. C'est dire qu'il faut bien distinguer les appels formés avant le revirement de ceux formés après : bref, il faut distinguer le passé (1) de l'avenir (2).

### 1. Le passé

Depuis plus de dix ans, la Cour de cassation se reconnaît le droit, dans certaines circonstances exceptionnelles, de moduler l'application dans le temps de sa propre jurisprudence (Cass. ass. plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493 : JurisData n° 2006-036604 ; Bull. civ., ass. plén., n° 15 ; ; JCP G 2007, II, 10040, note E. Dreyer ; JCP G 2007, II, 10111, note X. Lagarde). Elle peut ainsi écarter la rétroactivité d'un revirement lorsque les effets de la règle nouvelle conduiraient à priver un justiciable de l'accès au juge (ibid ; Cass. Ire civ., 11 juin 2009, n° 08-16.914 : JurisData n° 2009-048474 : Resp. civ. et assur. 2009, comm. 259). Les faits à l'origine de l'arrêt du 21 mars 2018 constituent une illustration topique de ce cas de figure : la société Best n'avait pas pu porter l'affaire devant la cour d'appel de Versailles puisque celle-ci avait, suivant la jurisprudence de l'époque, jugé l'appel irrecevable ; mais l'application rétroactive du revirement opéré en mars 2017 aurait également dû conduire la Cour de cassation à juger que l'appel formé devant la cour d'appel de Paris était irrecevable. Autrement dit, quelle que soit la cour d'appel saisie, l'appelant se heurterait à l'irrecevabilité de son recours, aussi bien par application de la jurisprudence antérieure que par celle de la solution nouvelle issue du revirement. Il serait donc privé du droit d'accéder à un juge au sens de l'article 6, § 1 de la CEDH, ce qui justifie d'écarter en l'espèce l'application rétroactive de la solution nouvelle. La situation était bien différente dans les affaires tranchées en mars 2017 puisqu'au contraire, l'application rétroactive du revirement permettait de déclarer recevables les appels formés respectivement devant la cour d'appel de Bastia et la cour d'appel de Saint-Denis. L'accès au juge n'était donc pas menacé.

Si le fondement du droit au procès équitable est tout à fait pertinent, la référence au fait que la société Best « ne pouvait ni connaître, ni prévoir » la nouvelle règle jurisprudentielle est moins heureuse. Bien que l'appelant n'ait effectivement pas pu connaître ou prévoir le revirement, tout s'est en pratique passé comme s'il l'avait fait puisqu'il a, dans un premier temps, saisi la cour d'appel de Versailles (solution imposée par

le revirement). Or cela n'a rien changé puisqu'il s'est de toute façon heurté à l'irrecevabilité de son appel. L'absence de connaissance ou de prévisibilité du revirement est donc ici assez inopérante : le seul constat de l'absence d'accès au juge n'aurait-il pas suffi ?

Quoi qu'il en soit, la position adoptée par la Cour de cassation le 21 mars 2018 est parfaitement logique. Elle l'est d'autant plus qu'elle ne s'avère nullement incompatible avec les objectifs essentiels du revirement opéré un an plus tôt. On se souvient que la solution pouvait se recommander de la lettre du texte de l'article D. 442-3 du Code de commerce, mais qu'elle s'appuyait aussi sur d'autres considérations. Au-delà d'un vraisemblable souci de désengorgement de la cour d'appel de Paris, la chambre commerciale avait ainsi invoqué le fait que la jurisprudence antérieure, en frappant d'irrecevabilité l'appel interjeté devant une cour d'appel autre que la cour d'appel parisienne, conduisait à maintenir dans l'ordre juridique des décisions de première instance rendues par des juridictions non spécialisées qui avaient, à tort, statué en application de l'article L. 442-6. Or précisément, dès lors qu'elle admet la recevabilité de l'appel dirigé devant la cour d'appel de Paris, la Cour de cassation fait en sorte, en l'espèce, que la décision du tribunal de grande instance de Nanterre ne puisse être maintenue, tant il semble évident que les conseillers parisiens reconnaîtront l'excès de pouvoir commis par les premiers juges. Et ce n'est pas tout : le 29 mars 2017, la Cour de cassation avait aussi affirmé sa volonté de préserver l'objectif du législateur de confier les litiges relatifs à l'article L. 442-6 du Code de commerce aux seules juridictions spécialisées. Par conséquent, si une cour d'appel autre que celle de Paris devait déclarer l'appel recevable, elle ne pouvait statuer que dans les limites de son propre pouvoir juridictionnel, ce qui lui interdisait de connaître des prétentions fondées sur l'article L. 442-6. De ce point de vue, l'arrêt du 21 mars 2018 est bien loin de heurter l'objectif du législateur puisqu'il conduit, précisément, à confier à la cour d'appel de Paris le soin de juger de la demande fondée sur la rupture brutale des relations commerciales établies.

En tout état de cause, la portée de l'arrêt est limitée aux appels formés devant la cour d'appel de Paris contre des jugements de tribunaux non spécialisés avant le revirement de mars 2017.

## 2. L'avenir

Pour l'avenir, la Cour de cassation ne remet nullement en cause les termes de sa position : la cour d'appel (autre que celle de Paris) saisie d'un recours contre une décision rendue par une juridiction non spécialisée dans un litige relatif à l'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce doit déclarer l'appel recevable ; constater l'excès de pouvoir commis par les premiers juges ; statuer dans les litiges de son propre pouvoir juridictionnel, c'est-à-dire ne pas statuer sur la demande fondée sur l'article L. 442-6. Une telle solution conforte l'efficacité du mécanisme de spécialisation voulu par le législateur (M. Behar-Touchais, note sous Cass. com., 29 mars 2017, préc.). Elle n'en soulève pas moins plusieurs interrogations.

On peut d'abord s'interroger sur le recours à ce mystérieux « pouvoir juridictionnel », dont la notion et la sanction sont assez énigmatiques (P. Théry, obs. sous Cass. com., 29 mars 2017 in RTD civ. 2017, p. 722). Il est ensuite possible de se demander si la solution n'est pas trop sévère : lorsque l'action est engagée sur le seul fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce, est-il bien satisfaisant de dire à un plaideur que son appel est recevable mais que la cour d'appel ne pourra pas juger, faute de « pouvoir juridictionnel » ? Ce justiciable pourra-t-il alors engager une nouvelle action devant les juridictions spécialisées ? Rien n'est moins sûr, de sorte que le « déni de justice » ne serait pas loin (P. Théry, obs. préc.).

Et puis, une application rigoureuse des règles de spécialisation conduit, plus fondamentalement, à remettre en question leur pertinence même : sont-elles réellement justifiées (V. par ex. C. Nourissat, Les juges lyonnais sont-ils bêtes : Procédures 2010, alerte 6 ; M. Chagny, Restrictions de compétence matérielle et droit de la concurrence : Procédures 2011, comm. 10) ? On a pu invoquer pour la défense du pouvoir juridictionnel exclusif confié à la cour d'appel de Paris le souci d'harmoniser la jurisprudence, mais n'est-ce pas le rôle de la Cour de cassation ? Et d'ailleurs, pourquoi ce souci d'harmonisation s'imposerait-il davantage en matière de pratiques restrictives de concurrence qu'en d'autres domaines ? On a pu invoquer aussi la technicité de la matière, qui rendrait nécessaire la spécialisation des juridictions. L'argument est, là encore, assez peu convaincant. A vrai dire, les questions procédurales engendrées par la spécialisation

paraissent bien plus épineuses que celles soulevées, sur le fond, par le contentieux de la rupture brutale des relations commerciales établies. Cette spécialisation est en outre à l'origine de grandes difficultés pour certains plaideurs implantés à plusieurs milliers de kilomètres des juridictions spécialisées.

Cela conduit forcément à s'interroger, enfin, sur la marge de manœuvre des parties qui souhaiteraient échapper à la compétence des tribunaux spécialisés. Dans l'ordre interne, l'efficacité des clauses attributives de juridiction semble très limitée mais pas celle des clauses compromissaires (Cass. com., 1er mars 2017, n° 15-22.675 : JurisData n° 2017-003313 ; JCP G 2017, 406). En outre, il n'est pas exclu qu'un demandeur puisse invoquer le droit commun au soutien d'une action visant à faire sanctionner une rupture brutale de relations commerciales établies (V. not. N. Dissaux, R. Loir, Droit de la distribution : LGDJ, coll. Domat, 2017, n° 599 ; V. en dernier lieu Cass. com., 21 juin 2017, n° 16-12.955, F-D, Sté Speedy France c/ Sté GTM services : JurisData n° 2017-012249 ; Contrats, conc. consom. 2017, comm. 204). Si la chose était réellement envisageable, la « compétence » des juridictions spécialisées ne serait pas inéluctable. Mais le débat sur l'articulation entre le droit commun et celui des pratiques restrictives de concurrence est complexe. Le nouvel article 1171 du Code civil devrait prochainement alimenter la jurisprudence sur cette question bien appétissante (sur laquelle V. par ex. D. Fenouillet, Le juge et les clauses abusives : RDC 2016, 358 ; X. Lagarde, Questions autour de l'article 1171 du Code civil : D. 2016, p. 2180).

## **2. D. Mainguy, L'effet dans le temps des décisions de jurisprudence (après Cass. com. 21 mars 2018, n°16-28.412), JCP E, 2018, 1391**

1. - La question de l'effet dans le temps des décisions de jurisprudence est l'un des plus grands défis que la théorie moderne du droit offre à l'image légaliste du droit que se font, ou se faisaient, bien des juristes français. Qu'il s'agisse d'une jurisprudence nouvelle, d'une avancée de jurisprudence ou, de manière plus spectaculaire d'un revirement de jurisprudence, cette question est souvent articulée autour du problème de l'éventuelle rétroactivité de ses effets. De très nombreux travaux, depuis une trentaine d'années, se fondent sur le traitement de cette difficulté, qui elle-même se présente de manière plus globale autour du problème de la prévisibilité des règles juridiques, dans le temps, face à l'extraordinaire mutabilité de ces règles dans le contexte de l'interprétation jurisprudentielle Note 1. Le problème se pose de deux manières. La première est la question de savoir comment se présente l'effet dans le temps d'une décision de jurisprudence et la seconde la question de l'éventuelle modulation dans le temps de cet effet, ce qui aboutit à considérer de manière plus générale la question du besoin de modulation de la jurisprudence dans le temps **(1)** et observer ensuite la mise en œuvre de ce besoin **(2)**.

Si on considère que la jurisprudence est effectivement une norme rétroactive, alors se pose la seconde question : celle de savoir si cet effet rétroactif est acceptable et s'il ne doit pas faire l'objet d'une modulation dans le temps

### **1. L'EXPRESSION DU BESOIN DE MODULATION DE LA JURISPRUDENCE DANS LE TEMPS**

2. - Ce besoin de modulation s'exprime à travers les deux questions plus haut évoquées. S'agissant de la première question, la plupart des auteurs considèrent que les décisions de jurisprudence, et notamment les revirements, présentent un effet rétroactif, selon l'idée que les décisions de jurisprudence sont interprétatives, en ce qu'elles interprètent des textes de lois. Quelques auteurs considèrent cependant qu'il s'agit là d'une confusion Note 2. S'il ne fait pas de doute que la jurisprudence rend des décisions sur la base d'une interprétation, il s'agit d'une activité qui relève d'un acte de volonté (ou de connaissance) d'une norme préalable à interpréter et qui ne préjuge pas de la nature de celle-ci. Il pourrait s'agir d'un texte légiféré, ou plus largement de type législatif, c'est-à-dire relevant de la catégorie des actes de volonté gouvernementale, traité, convention internationale, décret, loi, etc., ou bien d'un texte décisionnel, notamment une décision de jurisprudence. C'est dire que l'interprétation est une activité intellectuelle en soi, indépendante de l'objet de celle-ci. En outre, l'interprétation normative est celle qui est réalisée par un juge souverain, la Cour de cassation par exemple, de sorte que la norme « jurisprudence » est alors le sens donné par celle-ci à la norme à interpréter. Deux types de normes se succèdent dans le temps, la norme à interpréter, quelle qu'en soit la source, et la norme interprétée, de source jurisprudentielle. Or, ces normes

sont souvent comparées aux normes de sources légales, du point de vue de leur effet dans le temps et notamment aux lois interprétatives. Dès lors, si les décisions de jurisprudence interprètent des normes légales, et que l'interprétation qui en résulte est un acte de connaissance du sens de la norme à interpréter, qui lui préexisterait, alors la norme de source jurisprudentielle est interprétative, entendons rétroactive. « Interprétatif », « interprétation », la proximité sémantique est tentante mais ne suffit pas : la considération traditionnelle de la primauté de la loi invite assez aisément, culturellement en quelque sorte, à cette conclusion. Pour autant, on peut considérer au contraire, sans développer ici, que l'interprétation judiciaire est un acte de volonté du juge qui ne dépend en rien de la norme à interpréter mais en tout de la volonté des juges composant la formation souveraine. Dès lors, la norme de source jurisprudentielle est une création de norme, qui ne fait pas corps avec la norme à interpréter mais se présente comme une norme nouvelle. En ce cas l'effet dans le temps des décisions de jurisprudence serait l'effet ordinaire des normes, un effet immédiat, y compris aux situations en cours, y compris les situations contractuelles, ce qui laisserait l'illusion d'une rétroactivité, et donc le besoin, éventuel, de modulation Note 3. Or, ce point est d'autant plus essentiel que l'observation de l'activité jurisprudentielle comme une activité d'interprétation de la loi est en passe de disparaître. En effet, on peut observer en premier que pratiquement toutes les normes légales n'ont pas de sens normatif évident : il est impossible, à sa simple lecture, de mesurer le sens de la formule de l'ex-article 1384, alinéa 1er du Code civil, et ce que nous en savons est le résultat d'une interprétation, saluée comme originale depuis 1896 emportant une construction jurisprudentielle connue de tous. À la limite, quelques textes sont peu susceptibles d'interprétation, du type de l'article L. 278 du CGI selon lequel « *Le taux normal de la taxe sur la valeur ajoutée est fixé à 20 %.* ». Et encore : il suffit de recourir à une interprétation des faits pour considérer que telle opération qui pourrait être imposée au taux normal doit relever d'un taux réduit. C'est l'application bien connue de la situation des juges anglais, au XIXe siècle, qui devaient appliquer une règle, un taux, selon laquelle le vol d'une chose de plus de 2 livres était puni de mort, jusqu'à ce qu'un jeune garçon soit pris à voler un portefeuille contenant plusieurs billets de 10 livres ; et les juges de considérer que le vol reposait sur une somme de 39 shillings pour éviter l'application de la peine. On peut observer ensuite qu'une fois qu'une règle légale est interprétée, par exemple l'ex-article 1384, alinéa 1er, l'interprétation suivante ne recommence pas à zéro, mais à partir de la dernière interprétation : toute la logique hiérarchique, voire disciplinaire, de la Cour de cassation repose sur le primat de la dernière interprétation. C'est donc non point la règle légale qui est ensuite interprétée, mais la norme prise comme résultat de l'interprétation elle-même, l'arrêt de principe, et ainsi de suite. Or, la forme prise par les solutions en droit, qui ressemble à s'y méprendre à l'expression de règle légiférée, et le réflexe visant à, systématiquement, viser une règle légiférée ou un « principe » Note 4 comme fondement de leur décision conduit naturellement, et culturellement toujours, à saisir l'interprétation jurisprudentielle comme le résultat nécessaire de la loi, tellement parfaite qu'elle contiendrait les germes - le « cadre », affirme Kelsen - de l'interprétation à venir, comme si donc la norme de jurisprudence ne faisait que « révéler » (le caractère miraculeux de la révélation pouvant être ici comparé) le sens, absent mais latent, de la loi. Et ceci, même si le lien entre l'interprétation et le texte visé est particulièrement ténu voire illusoire : il suffit d'observer les principales décisions du droit des obligations, fondées sur les ex-articles 1128, 1131, 1134, 1147, 1165, etc., pour se rendre compte que les constructions jurisprudentielles étaient des actes de volonté, de politique judiciaire, et non des actes de connaissance dérivés de la loi. On peut observer, enfin que « l'expérimentation » méthodologique assumée par la Cour de cassation aboutit de ce point de vue à une véritable révolution : la Cour de cassation utilise en effet ses propres décisions de jurisprudence pour fonder ses avancées, ses revirements de jurisprudence ou encore ses modulations. On peut donc considérer que la Cour de cassation assure une forme, assumée, d'interprétation de ses propres décisions. Le changement est considérable en ce qu'il ne permet plus alors, de confondre les formules « interprétation » et « interprétatif » dans la mesure où le lien existant entre la loi (qui invite à la considération du terme « interprétatif ») et le résultat de l'interprétation, le jugement ou l'arrêt, est sinon rompu du moins bien écorné.

3. - Par conséquent, si on considère que la jurisprudence est effectivement une norme rétroactive, alors se pose la seconde question : celle de savoir si cet effet rétroactif est acceptable et s'il ne doit pas faire l'objet d'une modulation dans le temps. Cependant, le caractère rétroactif supposé ne peut se fonder sur le caractère interprétatif de la jurisprudence, de sorte qu'il convient de considérer que, comme toute norme nouvelle, l'article 2 du Code civil implique que l'effet de la jurisprudence dans le temps soit un effet immédiat, aux situations juridiques ou aux procédures en cours. Or, paradoxalement, ce changement de fondement au lieu de le résoudre amplifie le besoin de modulation de la jurisprudence dans le temps, ce

qui est une autre manière d'évoquer la question de la mise en œuvre de règles de droit transitoire à la jurisprudence.

4. - La question s'est posée à plusieurs égards, et notamment dans le cas des décisions relatives à un « droit à une jurisprudence figée ». Le cas est très connu et illustre le problème posé par l'effet d'une décision de jurisprudence sur des faits antérieurs à celle-ci mais jugée postérieurement Note 5. Avec un effet de rétroviseur et en un temps où la considération du caractère rétroactif de la jurisprudence ne faisait pas débat, la situation pouvait sembler ubuesque et c'est d'ailleurs cette situation, ajoutée à celle créée par un revirement célèbre de 2002 sur les clauses de non-concurrence en droit du travail qui a motivé le rapport commandé à Nicolas Molfessis en 2004. Or, le caractère ubuesque de cette situation ne résultait pas de celle-ci mais de l'inexistence de techniques permettant de moduler, dans le temps, les effets d'une jurisprudence nouvelle ; c'est en ce sens d'ailleurs que le rejet d'un « droit à une jurisprudence figée » a créé l'ambiguïté. Ce droit n'existe pas pour le futur, reste à mesurer s'il vaut pour l'immédiat. Toutefois, depuis un arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2006 Note 6 dans une affaire de mise en œuvre d'une prescription en matière de délit de presse, la Cour de cassation avait rendu une décision saisissante : « Mais attendu que les dispositions de l'article 65-1 de la loi du 29 juillet 1881 instaurent, pour les actions fondées sur une atteinte au respect de la présomption d'innocence, un délai de prescription particulier qui déroge au droit commun de la prescription des actions en matière civile ; que ces dispositions, d'ordre public, imposent au demandeur, non seulement d'introduire l'instance dans les trois mois de la publication des propos incriminés, mais aussi d'accomplir tous les trois mois un acte de procédure manifestant à l'adversaire son intention de poursuivre l'instance ; que si c'est à tort que la cour d'appel a écarté le moyen de prescription alors qu'elle constatait que Mme X... n'avait accompli aucun acte interruptif de prescription dans les trois mois suivant la déclaration d'appel faite par les parties condamnées, la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge ». Depuis, dans un certain nombre de situations, choisies par la Cour elle-même, se développe une logique de modulation de la jurisprudence, en ce qu'il s'agit d'avancées jurisprudentielles ou de revirements de jurisprudence, dans le temps, visant à retarder l'effet d'une jurisprudence nouvelle, décidée par la Cour elle-même. Comme l'observe Pascale Deumier Note 7, la technique de modulation, telle que la met en œuvre la Cour de cassation, se fonde principalement sur le principe de l'accès à la justice, du droit à un recours, par priorité sur d'autres considérations, telles que le raisonnement conséquentiel, la balance des intérêts Note 8 ou l'existence d'un motif particulier par exemple s'opposant à l'effet immédiat (ou rétroactif) de la décision. La fin de non-recevoir, inéluctable, se révèle une sanction particulièrement radicale

## **2. LA MISE EN ŒUVRE DU BESOIN DE MODULATION DE LA JURISPRUDENCE DANS LE TEMPS**

5. - Les décisions qui illustrent cette logique ne sont pas légions, et deux arrêts récents, du 21 mars 2018 Note 9 et du 29 mars 2017 Note 10 en offrent un exemple très explicite Note 11. Ces deux arrêts sont de ceux par lesquels la Cour de cassation expérimente sa nouvelle technique de motivation de ses arrêts, qui commence à être de moins en moins une expérimentation d'ailleurs, notamment à l'occasion de revirements de jurisprudence, avec force citation de ses propres décisions antérieures et des raisons de la solution nouvelle.

6. - L'arrêt du 29 mai 2017 concernait la situation d'une rupture brutale de contrat, relevant des dispositions de l'article L. 442-6, autour duquel, outre des questions substantielles majeures, s'articulent un certain nombre de difficultés processuelles. En effet, la combinaison des articles L. 442-6 et D. 442-3 du Code de commerce réserve le traitement des contentieux relevant de ces règles à un tout petit nombre de juridictions spécialisées en première instance, huit Note 12, et à la cour d'appel de Paris, en voie d'appel. S'il peut résulter de cette spécificité des stratégies judiciaires, à la limite parfois de manœuvres dilatoires dans la mesure où, par exemple, une action engagée pour une question ordinaire de droit des contrats peut comporter une partie, ou une demande reconventionnelle, fondée sur un débat relevant de l'article L. 442-6. Dès lors, la question se pose de savoir si ce débat doit être isolé pour être débattu devant le juge spécialisé compétent (à supposer que le principal soit présenté devant une autre juridiction) voire que l'entier litige y soit déplacé, sur le fondement d'une exception d'incompétence. La question est d'autant plus importante que les règles substantielles de l'article L. 442-6 du Code de commerce sont souvent des

extrapolations, dans le domaine du droit de la concurrence, de règles ordinaires du droit des contrats ou de concurrence déloyale. C'est le cas notamment des deux points les plus fameux de cet ensemble, les 2° et 5° de l'article L. 442-6, I, promettant l'engagement de la responsabilité d'un professionnel en cas de déséquilibre significatif ou pour rupture brutale d'une relation commerciale établie, qui font, notamment depuis l'ordonnance du 10 février 2016 Note 13, l'objet de règles qui pourraient, très largement, les concurrencer, voire limiter leur portée à des situations strictement concurrentielles. On peut raisonnablement penser en effet que l'une des raisons du succès de ces règles tenait à l'absence de règle légiférée dans le Code civil de telle manière que, par un effet mécanique, l'existence de l'article L. 442-6 du Code de commerce, régulièrement enrichi d'ailleurs, et notamment de l'article L. 442-6, I, 5°, offrait un support textuel à des écritures présentées dans le cadre d'un litige, plus percutant et efficace, dans la logique légaliste française, qu'une succession de décisions de jurisprudence et de raisonnements juridiques articulés autour de références doctrinales, relevant d'une tradition plus anglo-américaine. Par ailleurs, la jurisprudence considère que lorsqu'une clause attributive de compétence est prévue, celle-ci ne saurait faire obstacle à la compétence particulière prévue par l'article D. 442-3 Note 14. Or, la jurisprudence était particulièrement sévère s'agissant de la mise en œuvre des règles processuelles en la matière. Ainsi avait-elle considéré que l'entier litige relevait de la compétence spéciale de la cour d'appel de Paris Note 15 de sorte que si un litige était porté devant une juridiction dont l'appel ordinaire relève d'une autre cour que celle de Paris, l'appel formé contre celle-là devait aboutir à une fin de non-recevoir, qui devait être relevée d'office, solution redoutable Note 16. La Cour de cassation considérait donc que « la cour d'appel de Paris est seule investie du pouvoir de statuer sur les appels formés contre les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce ; que l'inobservation de ce texte est sanctionnée par une fin de non-recevoir ; que la société l'ayant formé une seule demande en paiement de dommages-intérêts, fondée indistinctement sur les articles 1134 et 1184 du Code civil et L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, c'est à bon droit que la cour d'appel de Poitiers a déclaré la demande irrecevable » Note 17. Dès lors on mesure la difficulté lorsque le litige est engagé, sur le fondement de l'article L. 442-6 devant une juridiction non spécialisée, au sens de l'article D. 442-3 du Code de commerce, et que l'incompétence de cette juridiction n'est pas soulevée et qu'un appel est développé devant la cour compétente, qui ne serait pas, par hypothèse ici, la cour de Paris ? La fin de non-recevoir, inéluctable, se révèle une sanction particulièrement radicale.

7. - Telle était la situation dans l'arrêt du 29 mars 2017. Il s'agissait d'une situation de rupture brutale d'une relation commerciale établie, dans laquelle étaient invoquées les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, ayant fait l'objet d'une décision de première instance de Bastia, qui ne fait pas partie des juridictions spécialisées de l'article D. 442-3 du Code de commerce et contre laquelle un appel était interjeté devant la cour d'appel de Bastia. La Cour présente alors une solution nouvelle, particulièrement équilibrée, au rebours de la solution qu'elle avait retenue jusqu'à présent : « cette dernière solution est source, pour les parties, d'insécurité juridique quant à la détermination de la cour d'appel pouvant connaître de leur recours, eu égard aux termes mêmes de l'article D. 442-3 du code de commerce ; qu'elle conduit en outre au maintien de décisions rendues par des juridictions non spécialisées, les recours formés devant les autres cours d'appel que celle de Paris étant déclarés irrecevables, en l'état de cette jurisprudence » et « qu'il apparaît donc nécessaire d'amender cette jurisprudence, tout en préservant l'objectif du législateur de confier l'examen des litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce à des juridictions spécialisées ; qu'il convient, pour y parvenir, de retenir qu'en application des articles L. 442-6, III, et D. 442-3 du code de commerce, seuls les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions du premier degré spécialement désignées sont portés devant la cour d'appel de Paris, de sorte qu'il appartient aux autres cours d'appel, conformément à l'article R. 311-3 du Code de l'organisation judiciaire, de connaître de tous les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions situées dans leur ressort qui ne sont pas désignées par le second texte ; qu'il en est ainsi même dans l'hypothèse où celles-ci auront, à tort, statué sur l'application du premier, auquel cas elles devront relever, d'office, l'excès de pouvoir commis par ces juridictions en statuant sur des demandes qui, en ce qu'elles ne relevaient pas de leur pouvoir juridictionnel, étaient irrecevables ». D'un point de vue technique, désormais, les choses deviennent assez simples : l'action engagée devant un juge spécialisé doit en appel se développer devant la cour de Paris, sauf irrecevabilité de l'appel : les actions (mal) engagées devant un juge non spécialisé doivent se poursuivre devant la Cour normalement compétente, sauf irrecevabilité de l'appel mal formé, avec, dans les deux cas, une irrecevabilité à titre de sanction.

8. - Le deuxième arrêt, du 21 mars 2018, s'inscrit alors dans la mise en œuvre de cette solution, face à des faits assez voisins. Il s'agissait d'un litige de fin de contrat où un ancien concessionnaire automobile avait

engagé une action contre son concédant, devant le tribunal de grande instance de Nanterre, alors que ce dernier invoquait les dispositions de l'article L. 442-6, I, 6° du Code de commerce, qui fonde le principe d'une action en responsabilité en cas de tierce complicité de la violation d'un contrat de distribution, mais alors que cette juridiction n'est pas une juridiction spécialisée au sens de l'article D. 442-3 du Code de commerce. On peut observer à nouveau d'ailleurs que cet argument aurait parfaitement pu s'engager sur le fondement du droit des contrats, mais que le texte visé offre un support textuel aisé pour un plaideur. Appel était interjeté devant la cour d'appel de Paris, en septembre 2015, soit entre l'arrêt d'appel de 2013 et celui du 31 octobre 2015 qui imposait comme sanction d'un tel appel la sanction de l'irrecevabilité et avant l'arrêt du 29 mars 2017. On saisit alors la difficulté de l'effet dans le temps des décisions de justice. Si l'on résume : depuis 2015, l'appel interjeté devant une autre juridiction que la cour de Paris doit être considéré comme irrecevable, mais, depuis 2017, la rigidité de cette solution rend inextricable la situation d'un appel interjeté, contre un jugement rendu par un juge non spécialisé, devant la cour d'appel ordinairement compétente, de sorte que la cour d'appel ordinairement compétente doit statuer (soit la cour de Versailles et non celle de Paris saisie en l'espèce). L'arrêt de 2018 présente alors cet intérêt de moduler, dans le temps, la solution qu'avait retenue l'arrêt de 2017, en suivant la même méthode que celle retenue dans l'arrêt d'assemblée plénière de 2006, c'est-à-dire en refusant de sanctionner l'arrêt d'appel qui avait rendu une solution non conforme à la jurisprudence (ici l'arrêt de 2017), au nom du droit à un procès équitable : « Mais attendu que, par plusieurs arrêts rendus le 29 mars 2017 (pourvois n° 15-17.659, 15-24.241 et 15-15.337), la chambre commerciale, financière et économique, amendement sa jurisprudence selon laquelle la cour d'appel de Paris était seule investie du pouvoir juridictionnel de statuer sur les recours formés contre les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce, même lorsqu'elles émanaient de juridictions non spécialement désignées par l'article D. 442-3 du même code, a jugé qu'en application des articles L. 442-6, III et D. 442-3 du Code de commerce, seuls les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions du premier degré spécialement désignées relevaient de la cour d'appel de Paris ; que l'arrêt attaqué, rendu le 28 septembre 2016, se conformant à la jurisprudence ancienne, retient la recevabilité de l'appel, formé le 16 septembre 2015 par la société Best ; que l'application, à la présente instance, de la règle issue du revirement de jurisprudence, qui conduirait à retenir l'irrecevabilité de l'appel formé devant la cour d'appel de Paris, aboutirait à priver la société Best, qui ne pouvait ni connaître, ni prévoir, à la date à laquelle elle a exercé son recours, la nouvelle règle jurisprudentielle limitant le pouvoir juridictionnel de la cour d'appel de Paris, d'un procès équitable, au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que la censure de l'arrêt n'est, dès lors, pas encourue ; que le moyen ne peut être accueilli ». À bien des égards, on peut considérer que tout ceci est affreusement technique, pointu, et ce faisant insignifiant. En réalité, se joue ici une véritable révolution jurisprudentielle. En effet, l'arrêt de 2017 se présentait comme un revirement de jurisprudence visant à proposer une solution touchant à la cohérence de sa jurisprudence, dans une logique faisant prévaloir l'accès au juge, assez sensationnel en soi, en ce que la Cour validait l'erreur supposée liée à la saisine du mauvais juge et de ses conséquences. Or, l'arrêt de 2018 ajoute un argument tiré de l'article 6, § 1 de la CEDH et du droit à un procès équitable, plus exactement le principe de l'accès au juge, contre lequel se heurterait frontalement l'application mécanique de la règle de l'irrecevabilité issue de la jurisprudence nouvelle. Contre cette logique radicale et traditionnelle, la Cour utilise au contraire la technique de la modulation de l'effet immédiat de la jurisprudence nouvelle, celle de 2017, aux situations juridiques en cours, y compris aux procédures en cours, au nom d'un droit au recours. La solution n'est d'ailleurs pas isolée. Un arrêt du 6 avril 2016 [Note 18](#) proposait une solution voisine en matière de délits de presse. Ce qui est original ici tient en premier lieu au vocabulaire utilisé par la Cour. L'arrêt de 2017 évoquait la nécessité « d'amender » la jurisprudence passée, au nom de l'insécurité juridique liée à la mise en œuvre d'un texte assez rigide, celui de l'article D. 442-3 du Code de commerce. À l'inverse l'arrêt de 2018 propose d'amender l'amendement à la situation factuelle : l'appelant ne pouvait prévoir la règle jurisprudentielle à venir. À bien des égards d'ailleurs, l'arrêt de 2018 se présente, au nom de l'article 6, § 1 de la CEDH, comme une réfutation de la jurisprudence fondée sur l'absence de droit à une jurisprudence établie, elle-même dégagée dans le contexte de l'effet dans le temps de la jurisprudence. On a le sentiment que la Cour de cassation tente désespérément d'offrir une légitimité à ses décisions dans un contexte dans lequel celle-ci, précisément, est discutée

9. - Dès lors comment, pour les plaideurs, faire la différence entre les situations, celles dans lesquelles il doit subir l'effet immédiat de la jurisprudence nouvelle, figurée par l'absence de droit à une jurisprudence figée, et au contraire, celles dans lesquelles il peut invoquer la modulation de l'effet dans le temps d'une

règle de jurisprudence nouvelle ? La question revient à considérer comment les plaideurs peuvent rendre prévisibles des situations par hypothèse imprévisibles ? Disons-le de manière nette, la réponse à cette question est particulièrement difficile, pour ne pas dire impossible. La Cour de cassation retient une solution fondée sur la bonne foi processuelle du plaideur, face à l'impossibilité pour celui-ci d'envisager, au moment où il engage une action ou exerce un recours, de mesurer l'effet d'une jurisprudence future Note 19. La solution, de ce point de vue, est très différente de la bonne foi, que l'on pourrait considérer comme substantielle, associée aux décisions de jurisprudence fondée sur l'absence de droit à une jurisprudence figée et qui de fait serait davantage sujette à caution. En l'espèce, il s'agissait de situations dans lesquelles un médecin avait subi une action en responsabilité, fondée sur une évolution de jurisprudence qui lui était très défavorable, mais à propos de faits antérieurs à celle-ci. Ces faits remontaient à 1974 tandis que la jurisprudence défavorable avait été établie en 1999 : la Cour de cassation en 2001 avait appliqué celle-ci, et donc avait mis en œuvre l'effet immédiat de la jurisprudence de 1999, ne reconnaissant donc pas de droit à une jurisprudence figée, celle prévalant avant 1999 Note 20. Cette césure, appliquée par ailleurs *in concreto* comme l'arrêt du 21 mars 2018 le montre très expressément Note 21 peut sembler finalement assez simple. L'est-elle véritablement ? C'est vraisemblable mais l'effort déployé est ici considérable, à la fois pour les conseillers de la Cour de cassation et pour les plaideurs. On a le sentiment que la Cour de cassation tente désespérément d'offrir une légitimité à ses décisions dans un contexte dans lequel celle-ci, précisément, est discutée, notamment en doctrine, mais aussi dans un contexte de connaissance de plus en plus rapide des règles jurisprudentielles nouvelles et ce faisant, d'incertitude dont rend compte la jurisprudence des juridictions du fond.

10. - Au final toutefois, on peut constater que la jurisprudence affirme puissamment, enfin, la réalité du pouvoir normatif dont elle est la dépositaire et des conséquences de celui-ci dans le temps, en adaptant celles-ci comme pour tout effet des normes dans le temps ; on peut simplement regretter que la Cour n'ait pas pu, voulu ou su anticiper cette question dans l'arrêt rendu en 2017. C'est sans doute la limite de l'exercice : ne reprocherait-on pas à la Cour de cassation de procéder par arrêt de règlement en tranchant, par anticipation, un litige hypothétique et futur ? Dans le même temps, c'est bien la Cour de cassation qui est le gardien du respect de l'article 5, y compris pour considérer qu'il ne s'agirait pas, alors, d'un arrêt de règlement. Ce qui se joue, donc, c'est bien l'élaboration d'un droit, jurisprudentiel, de l'effet dans le temps des normes, éventuellement jurisprudentielles.

Note 1 Comp. *La bibliographie in N. Molfessis (dir.), Les revirements de jurisprudence. - Rapp. remis à M. le premier Président Guy Canivet : Litec, coll. Cour de cassation, 2005.* - Mais aussi, N. Molfessis, *La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des arrêts de jurisprudence sous Cass. Ire civ., 11 juin 2009 : D. 2009, p. 2567.* - V. aussi Th. Revet, *La législation, Mél. Ph. Malaurie : Defrénois, 2005, p. 377.* - P. Morvan, *Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon : D. 2005, p. 247.* - Cass. ass. plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493 : *JurisData* n° 2006-036604 ; P. Morvan, *Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable : D. 2007, p. 835.* - C. Radé, *De la rétroactivité des revirements de jurisprudence : D. 2005, p. 988.* - X. Lagarde, *Jurisprudence et insécurité juridique : D. 2006, p. 678.* - Adde V. Heuzé, *À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence : JCP G 2005, I, 130.* - P. Sargos, *L'horreur économique dans la relation de droit (libres propos sur le rapport sur les revirements de jurisprudence) : Dr. soc. 2005, p. 123.*

Note 2 D. Mainguy, *L'interprétation de l'interprétation : JCP G 2011, doctr. 603.*

Note 3 Comp. P. Deumier, *note sous Cass. com., 21 mars 2018, n° 16-28.412, SAS Toyota France c/ SARL Best automobile : JurisData n° 2018-004093 ; JCP G 2018, 541, P. Deumier : « Si le principe est l'application immédiate de la jurisprudence aux instances en cours, des exceptions, connues sous le terme de « modulation », sont acceptées [...] ».*

Note 4 Comp. D. Mainguy, *À propos d'un principe préexistant à une loi : D. 2015, p. 246.*

Note 5 Cass. Ire civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.564, C. c/ C. : *JurisData* n° 2001-011237 ; *Bull. civ. I, n° 249 ; JCP G 2002, II, 10045, O. Cachard ; Contrats, conc. consom. 2002, comm. 22, L. Leveneur ; D. 2001, p. 3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin.* - Cass. Ire civ., 11 juin 2009, n° 07-14.932, M. c/ H. S. : *JurisData* n° 2009-048473 ; *JCP G 2009, 41.* - Cass. Ire civ., 11 juin 2009, n° 08-16.914, M. c/ S. G. : *JurisData* n° 2009-048474 ; *JCP G 2009, 237, X. Lagarde ; Resp. civ. et assur. 2009, comm. 259, C. Radé ; Contrats, conc. consom. 2009, comm. 240, L. Leveneur.* - Et pour les deux, V. D. 2009, p. 2567, N. Molfessis, *préc.*

Note 6 Cass. ass. plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493, *préc.* : *JCP G 2007, II, 10111, X. Lagarde ; D. 2007, p. 835, P. Morvan.* - Adde Cass. 2e civ., 8 juill. 2004, n° 01-10.426, SA Sté nationale de radiodiffusion Radio France c/ C. : *JurisData* n° 2004-024681 ; *Resp. civ. et assur. 2004, comm. 316, H. Groutel ; RTD civ. 2005, p. 176, Ph. Théry ; D. 2005, p. 247, P. Morvan, préc.*

Note 7 P. Deumier, *obs. sous Cass. Ire civ., 6 avr. 2016, n° 16-10.552 : RTD civ. 2017, p. 77.* - P. Deumier, *note sous Cass. com., 21 mars 2018, n° 16-28.412, préc.* ; *JCP G 2018, 541, préc.* - Plus généralement et pour comparer les techniques utilisées par les différentes cours souveraines, V. P. Deumier, *Les différentes figures de la modulation de jurisprudence : RDP 2016, p. 815.*

Note 8 Cass. Ire civ., 6 avr. 2016, n° 16-10.552, *préc.*

Note 9 Cass. com., 21 mars 2018, n° 16-28.412, *préc.* : *JCP G 2018, 541, P. Deumier, préc.* ; *JCP G 2018, 544, M. Béhars-Touchais.*

Note 10 Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-24.241, Sté de distribution corse c/ V. : *JurisData* n° 2017-005680 ; *JCP G 2017, 498, M. Béhar-Touchais ; JCP E 2018, 1131, § 12, D. Mainguy ; Contrats, conc. consom. 2017, comm. 98, N. Mathey ; Contrats, conc. consom. 2017, comm. 126, M. Malaurie-Vignal.* - Adde R. Loir, *Les cours d'appel et l'article L. 442-6 du Code de commerce : JCP E 2017, 1238.*

Note 11 Pour d'autres exemples, V. à nouveau P. Deumier, *les figures de la modulation de jurisprudence* : JCP G 2018, 541, préc., note sous Cass. com., 21 mars 2018, n° 16-28.412, préc.

Note 12 Comp. JCP E 2017, 1079, § 13, D. Mainguy ; JCP E 2018, 1131, § 12, D. Mainguy, préc.

Note 13 Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO 11 févr. 2016, texte n° 25 ; JCP E 2016, act. 151 ; JCP E 2016, 1283 .

Note 14 Cass. com., 1er mars 2017, n° 15-22.675, V. et a. c/ Sté SNC Lavalin Europe et a. : JurisData n° 2017-003313 ; JCP G 2017, 406, D. Mouralis ; Procédures 2017, comm. 93, L. Weiler ; Contrats, conc. consom. 2017, comm. 99, M. Malaurie-Vignal. - Cass. com., 11 mai 2017, n° 15-21.913, Sté Eurofix c/ Sté Difeudis : JurisData n° 2017-008868 ; Contrats, conc. consom. 2017, comm. 175, N. Mathey.

Note 15 Cass. com., 24 sept. 2013, n° 12-21.089, Sté Delachaux c/ Sté Licat : JurisData n° 2013-020544 ; JCP E 2013, 1544 ; Contrats, conc. consom. 2013, comm. 267, N. Mathey ; D. 2013, p. 2819, N. Dorandeu. - Mais comp. Cass. com., 7 oct. 2014, n° 13-21.086, Sté Ovalis c/ SAS Sté européenne de production de plein air : JurisData n° 2014-023154 ; JCP E 2014, 1640, N. Mathey ; Resp. civ. et assur. 2015, comm. 6 ; D. 2014, p. 2329, note F. Buy ; AJCA 2015, p. 86, M. Ponsard.

Note 16 Cass. com., 24 sept. 2013, n° 12-21.089, préc. - Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-10.016, Sté Le quotidien c/ Sté Medianergie : JurisData n° 2015-006995 ; JCP E 2015, act. 319 ; Contrats, conc. consom. 2015, comm. 144, N. Mathey ; Procédures 2015, comm. 184, Y. Strickler.

Note 17 Cass. com., 6 sept. 2016, n° 14-27.085 et 15-15.328, Sté Ingénieurs de Paris c/ Sté Établissement Vraquier de l'Atlantique : JurisData n° 2016-018112 ; JCP E 2016, act. 738 ; JCP E 2016, 1509 ; JCP E 2016, 1079, § 13, obs. D. Mainguy ; Contrats, conc. consom. 2016, comm. 234, N. Mathey.

Note 18 Cass. Ire civ., 6 avr. 2016, n° 16-10.552, préc. ; JCP E 2016, 458 ; RTD civ. 2017, p. 77, P. Deumier, préc. : « la jurisprudence nouvelle s'applique de plein droit à tout ce qui a été fait sur la base et sur la foi de la jurisprudence ancienne, la mise en œuvre de ce principe peut affecter irrémédiablement la situation des parties ayant agi de bonne foi, en se conformant à l'état du droit applicable à la date de leur action, de sorte que le juge doit procéder à une évaluation des inconvénients justifiant qu'il soit fait exception au principe de la rétroactivité de la jurisprudence et rechercher, au cas par cas, s'il existe, entre les avantages qui y sont attachés et ses inconvénients, une disproportion manifeste ; que les assignations en cause, dont les énonciations étaient conformes à la jurisprudence de la première chambre civile, ont été délivrées à une date à laquelle la société et les consorts X... ne pouvaient ni connaître ni prévoir l'obligation nouvelle de mentionner le texte édictant la peine encourue ; que, dès lors, l'application immédiate, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, de cette règle de procédure dans l'instance en cours aboutirait à priver ces derniers d'un procès équitable, au sens de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en leur interdisant l'accès au juge ».

Note 19 Comp. Cass. Ire civ., 5 juill. 2012, n° 11-18.132 : JurisData n° 2012-015214. - Cass. com., 13 nov. 2007, n° 05-13.248, M. c/ Banque de Savoie : JurisData n° 2007-041387 ; JCP E 2008, 1155, D. Cholet ; Rev. proc. coll. 2008, comm. 65, G. Blanc.

Note 20 Cass. Ire civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.564, préc.

Note 21 Comp. P. Deumier, JCP G 2018, 541, préc. note sous Cass. com., 21 mars 2018, n° 16-28.412, préc.

## Séance 6 : Les pratiques commerciales déloyales

### Cas pratique n°1 :

M. Martin, distributeur, commercialise dans toute la région de Montpellier des huiles essentielles de lavande fabriquées en Provence. M. Jean est son fournisseur.

Le 11 mai 2018, leurs relations cessent.

Suite à cette cessation, M. Martin commercialise des huiles essentielles, sous la dénomination « *huile essentielle des Baux de Provence, made in Japan* ». Sur l'emballage des savons, la mention *BAUX DE PROVENCE* est inscrite en gros caractères, tandis que la mention « *Made in Japan* » figure au dos de l'étiquette, en caractères quasiment illisibles. Par ailleurs, la mention « *AOC* » figure ostentatoirement sur le haut de l'étiquette. Enfin, les nouveaux emballages sont similaires à ceux que M. Jean fournissait à M. Martin, tant par leur typographie, couleur et graphisme.

M. Jean vous consulte. Il souhaite obtenir la cessation de la distribution des huiles essentielles, ainsi que la destruction de ces derniers.

### Cas pratique n°2 :

Le 14 janvier 2018, Paul souhaite acheter la dernière console de jeux vidéo sur un site internet. Après avoir longuement hésité avec un autre prestataire, il choisit de l'acheter sur le site Abey. En effet, celui-ci faisait explicitement mention d'une livraison avant le 19 janvier 2018.

Or, le 3 février 2018, il n'a toujours pas reçu sa console, pour laquelle il a déboursé la somme de 550 euros qui lui a été débitée.

Paul a dû appeler près de quatre fois le prestataire Internet, afin d'essayer d'être informé sur la date de la livraison de son bien. Après avoir reçu sa facture téléphonique, il a constaté que le numéro indiqué pour appeler le service après-vente était surtaxé, lui causant un hors-forfait de 26 €.

Paul est désemparé, d'autant plus qu'il avait choisi spécifiquement le fournisseur Abey suite à une comparaison avec d'autres sites, via une plateforme en ligne. Le site lui était apparu en premier, tant pour ses prix compétitifs que pour la rapidité des délais de livraison.

Paul vous consulte. Quelles solutions s'offrent à lui ?

## Séance 7 – Analyse d'un contrat de VRP

### Exercice à réaliser : Commenter les différentes clauses du contrat suivant.

#### ARTICLE 1 :

M. \_\_\_\_\_ entre à compter du \_\_\_\_\_ au service de la Société \_\_\_\_\_ en qualité de représentant de commerce à cartes multiples.

M. \_\_\_\_\_ déclare exercer la profession de représentant de commerce dans les conditions énoncées aux articles L. 7311-1 et suivants du Code du travail.

Il s'engage à maintenir cette situation pendant toute la durée du présent contrat.

M. \_\_\_\_\_ déclare n'être pas frappé des incapacités résultant des dispositions en vigueur sur l'assainissement des professions commerciales.

#### ARTICLE 2 :

M. \_\_\_\_\_ déclare représenter à ce jour, à l'exclusion de toute autre, les entreprises suivantes :

Entreprise	Articles ou produits	Secteur	Catégorie de clientèle

M. \_\_\_\_\_ ne pourra, pendant toute la durée du présent contrat, prendre d'autres représentations, sous quelque forme que ce soit, ni directement ni indirectement, par l'intermédiaire de son conjoint ou de toute autre personne, sans autorisation préalable et écrite de la Société \_\_\_\_\_.

#### ARTICLE 3 :

M. \_\_\_\_\_ se voit confier la représentation de la Société \_\_\_\_\_ dans le secteur ci-après défini :

---

Le secteur géographique, ou la catégorie de clientèle, ou le secteur géographique et la catégorie de clientèle, attribués à M. \_\_\_\_\_ pourront, selon les nécessités de l'Entreprise, être modifiés par la Société \_\_\_\_\_.

Il en sera ainsi, notamment, au cas où les résultats de M. \_\_\_\_\_ ne correspondraient pas aux potentialités de vente de son secteur et/ou de la catégorie de clientèle qui lui est attribuée.

M. \_\_\_\_\_ bénéficiera de l'exclusivité de représentation de la Société \_\_\_\_\_ pour la catégorie de clientèle précitée dans le secteur qu'il devra prospecter.

#### ARTICLE 4 :

M. \_\_\_\_\_ devra faire parvenir à la Société \_\_\_\_\_ tous les quinze jours, un Rapport d'Activité dans les formes prescrites par la Direction Commerciale de l'Entreprise.

M. \_\_\_\_\_ reconnaît l'importance qu'attache la Société \_\_\_\_\_ à l'établissement, la réception dans le délai sus-indiqué, et la sincérité de ces Rapports d'Activité.

Cette obligation, à laquelle s'engage expressément M. \_\_\_\_\_, a été déterminante du consentement mutuel des parties pour la signature des présentes.

M. \_\_\_\_\_ devra se conformer aux conditions générales de vente et prix fixés par la Société \_\_\_\_\_ et ne pourra consentir de conditions particulières à la clientèle qu'avec l'accord préalable de la Société \_\_\_\_\_.

M. \_\_\_\_\_ devra adresser à la Société \_\_\_\_\_ un certificat médical dans les huit jours suivant le début ou la prolongation de tout arrêt de travail pour cause de maladie ou d'accident.

Tout manquement aux dispositions du présent article sera considéré comme une faute grave.

#### ARTICLE 5 :

La Société \_\_\_\_\_ versera à M. \_\_\_\_\_ en rémunération de ses services :

-Une commission sur tous les ordres directs, c'est à dire sur les commandes de la catégorie de clientèle confiée à M. \_\_\_\_\_ dans le secteur prospecté et qu'il aura personnellement recueillies et transmises à la Société \_\_\_\_\_.

Cette commission sur les ordres directs est égale à \_\_\_\_\_ du montant net des ordres pris aux conditions générales de vente, déduction faite de toute remise, ristourne ou rabais éventuels, des frais de transport et d'emballage, et tous impôts et taxes présents ou à venir.

-Une commission sur les ordres indirects, c'est-à-dire sur les commandes reçues de la clientèle « faite » par M. \_\_\_\_\_ dans le secteur prospecté pour la catégorie de clientèle définie à l'article 2 des présentes qui ne sont ni recueillies ni transmises personnellement par M. \_\_\_\_\_ à la Société \_\_\_\_\_.

La commission sur les ordres indirects est égale à \_\_\_\_\_ du montant net des ordres, pris aux conditions générales de vente, déduction faite de toute remise, ristourne ou rabais éventuels, de frais de transport et d'emballage, et tous impôts et taxes présents ou à venir.

Aucune commission ne sera due à M. \_\_\_\_\_ sur les ordres indirects émanant d'un client figurant à l'annexe du présent contrat.

Les commissions ne deviendront exigibles que sur les ordres confirmés par la Société \_\_\_\_\_ et menés à bonne fin par l'encaissement complet du prix.

La commission ci-dessus fixée comprend tous les frais que M. \_\_\_\_\_ engagera pour sa prospection.

#### ARTICLE 6 :

M. \_\_\_\_\_ devra se conformer aux objectifs de vente communiqués par la direction. Ces objectifs font l'objet d'une lettre de mission ; ils sont révisés chaque semestre.

La non-réalisation des objectifs pourrait être une cause de résiliation du présent contrat.

#### ARTICLE 7 :

Après acceptation par la Société, du bon de commande, le représentant ne pourra prétendre à aucune rémunération sur les commandes non livrées ou non encaissées, pour quelque cause que ce soit, dès lors que le défaut d'exécution ou d'encaissement ne résultera pas du fait volontaire de la Société.

Le représentant est tenu de ne pas vendre à des clients dont l'insolvabilité est notoire. La vente à crédit est interdite aux nomades, forains ou bateliers.

La Société se réserve le droit de refuser l'attribution de crédit en cas de difficultés de recouvrement trop fréquentes.

#### ARTICLE 8 :

Tout courrier reçu dans les locaux de la Société, même s'il est adressé personnellement au représentant, est réputé commercial, et ouvert pour suite à donner, par lui ou le service intéressé.

#### ARTICLE 9 :

Il est expressément convenu entre les parties que la qualité de représentant statutaire de M. \_\_\_\_\_ est une condition essentielle pour l'exécution du présent contrat.

Au cas où il apparaîtrait que M. \_\_\_\_\_ ne pourrait prétendre à l'application du statut institué par les articles L. 7311-1-1 et suivants du code du travail, il est expressément convenu que le présent contrat sera alors requalifié rétroactivement de contrat de mandat d'intérêt commun.

Les articles, alinéas, paragraphes annexes ou avenants du présent contrat qui seraient incompatibles avec le contrat de mandat d'intérêt commun seront réputés nuls et de nul effet.

Il est en outre convenu expressément que dans l'hypothèse où les parties au présent contrat, qu'elle qu'en soit la raison, seraient dans l'obligation d'appliquer la Convention Collective Nationale des Industries de l'Habillement, M. \_\_\_\_\_ a la qualité d'employé des Services des Ventes, au poste de vendeur 2<sup>ème</sup> échelon, coefficient 190 de la Société \_\_\_\_\_

#### ARTICLE 10 :

A la cessation du présent contrat quelle qu'en soit la cause et quelle qu'en soit la partie à qui elle serait imputée, M. \_\_\_\_\_ s'interdit expressément pendant deux années de s'intéresser directement ou indirectement à quel titre et de quelque manière que ce soit, à toute affaire créée ou en voie de création susceptible de concurrencer les articles ayant fait l'objet de la représentation à lui confiée par la Société \_\_\_\_\_.

Cette interdiction sera limitée au secteur prospecté durant l'exécution du présent contrat par M. \_\_\_\_\_.

En cas de manquement à l'interdiction susvisée, M. \_\_\_\_\_ devra verser à la Société \_\_\_\_\_ une somme égale à la rémunération totale brute dont il aura bénéficié pendant ses vingt-quatre derniers mois de travail.

Au cas où la cessation du présent contrat interviendrait, pour quelque cause que ce soit et quelle que soit la partie à qui elle serait imputée, avant l'expiration d'un délai de deux années à compter de l'engagement de M. \_\_\_\_\_ ; la somme dont serait redevable M. \_\_\_\_\_ envers la Société \_\_\_\_\_ par application de l'alinéa précédent sera calculée prorata temporis.

#### ARTICLE 11 :

Préalablement à toute cession de carte, M. \_\_\_\_\_ devra recueillir l'agrément écrit de la Société \_\_\_\_\_ concernant le successeur présenté.

En cas de refus d'agrément, la Société \_\_\_\_\_ ne serait redevable d'aucune indemnité de quelque nature que ce soit envers M. \_\_\_\_\_, ses héritiers ou son successeur.

En cas d'agrément du successeur de M. \_\_\_\_\_ par la Société \_\_\_\_\_ et dans l'hypothèse où celui-ci aurait droit, en cas de rupture du contrat, à une indemnité de clientèle, il est expressément convenu que le montant de cette indemnité ne tiendra nullement compte pour la détermination de son montant de l'augmentation de la clientèle qui pourrait avoir été réalisée par M. \_\_\_\_\_

**II) A consulter :**

CA Toulouse, 20 mars 2015, RG n° 13/03186

Cass. Soc. 22 oct. 1981, Bull. civ. V, n° 825

Soc. 9 juill. 2003, n° 01-43.116

-Ph Grignon, *Voyageurs, représentants, placiers – Contrat de VRP*, *Répertoire de droit du travail*, Octobre 2017

## **Séance 8 : Agence commerciale et mandat d'intérêt commun**

### **Cas pratique :**

Madame Louise est agréée depuis 2001 en qualité de diffuseur de presse à Montpellier. La société « Occitanie presse » la fournissait depuis 2002 en divers quotidiens et périodiques.

Plusieurs stipulations figuraient dans leur contrat :

- Madame Louise revendait les revues en son nom et pour son compte. La société de presse s'engageait, elle, à reprendre les invendus.
- Madame Louise s'engageait à livrer à domicile les abonnés du quotidien « Occitanie libre »
- Madame Louise s'engageait à vendre les revues aux prix et aux conditions fixés par la société de presse. Toute négociation entreprise par Madame Louise à l'endroit de ses clients, entraînerait la perte de la commission dont elle devait bénéficier pour chaque vente.
- Les parties s'accordaient le droit de rompre le contrat à tout moment, et ce, sans préavis ni indemnité.

Du 3 au 7 mars 2018, Madame Louise interrompit la livraison du quotidien « Occitanie libre » fourni par son cocontractant. Le 10 mars, elle reçut une lettre recommandée avec avis de réception lui indiquant la rupture de son contrat avec la société « Occitanie presse » dans un délai de 24h.

L'activité de Madame Louise étant en déclin depuis le mois d'avril 2018, elle cherche à céder son fond de commerce en juin suivant. Le constat est sans appel : la perte du contrat avec la société « Occitanie presse » a impacté de 30% la valeur de son fonds.

Madame Louise vous consulte afin d'obtenir le paiement d'indemnités au titre, notamment, de la rupture brutale et injustifiée du contrat.

### **II) A consulter :**

Cass. com. 17 juillet 2001, pourvoi n° 99-11.852

Cass. com. 17 juillet 2001, pourvoi n° 97-17.539

Cass. soc. 3 octobre 2007, pourvoi n° 06-42.320

Cass. com. 9 octobre 2007, pourvoi n° 06-10.929  
Cass. com. 23 novembre 2010, pourvoi n° 09-17.167  
Cass. com. 18 janvier 2011, pourvoi n° 09-72.510  
Cass. com. 21 juin 2011, pourvoi n° 10-19.902  
Cass. com. 21 février 2012, pourvois n° 11-13.395 et 11-14.974  
Cass. com. 3 avril 2013, pourvoi n° 12-15.000  
Cass. com. 8 octobre 2013, pourvoi n° 12-26.544  
Cass. com. 4 février 2014, pourvoi n° 12-14.466  
Cass. com. 20 janvier 2015, pourvoi n° 13-24231  
CA Bordeaux, 16 avril 2015, RG n° 12/00177  
Cass. com., 2 mars 1993, pourvoi n° 90-18403  
CA Montpellier, 14 décembre 2010, RG n° 09/08725  
Cass. Com. 25 novembre 2014, pourvoi n° 1325266

## Séance 9 : Le gérant de succursale

### I) Exercice à réaliser : Cas pratique

M. X vient vous consulter en urgence : il vient de recevoir un courrier de la caisse du régime social des indépendants lui notifiant son affiliation à celle-ci. Particulièrement étonné puisqu'il pensait jusqu'alors relever du régime général de la Sécurité sociale, il vous communique les principales clauses du contrat le liant à la société Y :

Article 1 – Objet : « M. X s'engage à gérer le fonds de commerce au nom et pour le compte de son propriétaire, la société Y, qui en conserve les risques d'exploitation. Il disposera dans ce but de toute liberté pour embaucher du personnel ou se substituer un tiers. M. X s'engage à satisfaire les commandes reçues et à les traiter. Pour ce faire, il devra organiser l'activité de manutention et de transport pour le compte de la société Y. En outre, M. X est tenu d'exploiter le fonds en respectant les normes de gestion et d'exploitation (et notamment le prix) fixées par la société Y. »

Article 4 – Intérêt commun : « Les parties déclarent agir dans un but de réussite commune, objectif déterminant de leurs consentements. »

Article 7 – Rémunération : « M. X percevra à titre de rémunération une commission brute mensuelle de 700 euros, augmentée de 5,7 % du chiffre d'affaires réalisé. »

Article 9 – Salariat : « Il est établi que M. X aura la qualité d'employeur pour tout le personnel recruté en vue de l'exploitation du fonds. »

Article 11 – Indemnité de cessation : « En cas de résiliation du présent contrat à l'initiative de la société Y, résiliation non motivée par une faute grave de M. X, ce dernier percevra une indemnité égale à la somme des trois meilleures commissions acquises. »

Article 14 – Non-concurrence : « M. X s'engage, en cas de rupture du présent contrat pour quelque motif que ce soit, à ne pas entrer au service d'une société concurrente. L'interdiction de concurrence est limitée à une durée de un an et s'appliquera à compter du jour de la cessation effective du contrat. Cette interdiction est limitée au département de l'Hérault. En cas de violation de la présente clause, M X. sera redevable d'une somme fixée forfaitairement et dès à présent à 50.000 euros. Cette somme devra être versée à la société Y pour chaque infraction constatée ».

Article 16 – Immatriculation : « M. X reconnaît expressément avoir effectué toutes les diligences nécessaires à son inscription au registre du commerce et des sociétés. »

**Veillez qualifier la relation et apprécier les clauses en conséquence.**

## **II) A consulter :**

-D.Mainguay, *gérant de succursale : l'absurde et l'improbable*, AJ contrat 2020 p.201

-Nicole Maggi-Germain, *Socialisation du risque économique et redistribution des responsabilités* – Nicole Maggi-Germain – Droit social 2019. 848

Cass. Soc., 4 décembre 2001, pourvoi n°99-43923

Cass. Soc., 16 novembre 2005, pourvoi n° 03-47080

Cass. Soc., 27 juin 2007, pourvoi n° 06-40898

CA Bourges, 24 juin 2011, RG n° 10/00107

CA Angers, 6 novembre 2012, RG n° 10/03039

Cass. Soc. 5 décembre 2012, pourvois n° 11-20.460 et 11-21.278

Cass. Soc. 19 juin 2013, pourvoi n° 12-17.913

Cass. Soc., 23 juin 2015, pourvoi n° 13-26361

## Séance 10 : Révisions

*Pour information, ce cas pratique a été donné en examen lors d'une précédente année universitaire.*

### **Exercice à réaliser : Cas pratique de synthèse**

En vue de la diffusion de ses produits, la société Y conclut avec M. X une convention intitulée « *convention de voyageur* ». Des résultats décevants ont conduit la société Y à mettre fin au contrat. M. X réclame une indemnité de fin de contrat, qu'il n'a pas obtenue et il a saisi le tribunal de commerce de Montpellier. La société Y. a reçu l'assignation de M. X, qui est simplement fondée (pour l'instant) sur la demande d'une indemnité à verser et à parfaire qui correspond à deux années de rémunérations, et vous demande d'organiser sa défense.

Pour ce faire, il vous communique les principales clauses de son contrat afin que vous puissiez établir une étude de la situation, de façon à savoir si l'indemnité est due et, d'autre part, si des risques supplémentaires sont à attendre de ces clauses :

#### **Clause 1 : Mission**

« Le présent contrat a pour objet la diffusion des produits de la société Y sur le territoire de Montpellier et ses alentours (cf. Annexe 1).

L'activité de M. X consiste à se déplacer avec un camion-magasin sur ledit secteur en proposant à des particuliers des produits qu'il laisse sur place contre encaissement immédiat du prix. M. X ne pourra consentir aucun crédit d'aucune sorte. M. X s'engage par ailleurs à effectuer ses tournées en respectant les consignes, conditions et recommandations de la société Y. »

#### **Clause 2 : Pouvoirs**

« En vue de l'accomplissement de sa mission, M. X s'engage à adapter ses propositions en fonction des besoins de la clientèle. Il appliquera les conditions de vente de la société Y et ne dispose pas de la faculté d'en modifier les termes, en particulier le prix et la garantie contractuelle des produits. »

#### **Clause 3 : Reddition de comptes**

« M. X s'engage à rendre compte de son activité à la société Y mensuellement. Pour ce faire, il devra compléter un formulaire type fourni en annexe du présent contrat (cf. Annexe 2). A

défaut, la société Y pourra réduire la commission mensuelle selon les modalités définies en annexe (cf. Annexe 3). »

**Clauses 4 : Non-concurrence**

« S'il est à l'initiative de la rupture du contrat, M. X s'interdit d'exercer directement ou indirectement une activité similaire et/ou concurrente de celle qu'il réalise dans un rayon de 50 Km autour de Montpellier pour une durée de 26 mois à compter de l'expiration du contrat. La contrepartie de cet engagement résidera dans le financement d'une formation continue de M. X par la société Y (cf. Annexe 4). »

**Clause 5 : Fin de contrat**

« M. X s'engage à ne pas réclamer à la société Y une quelconque indemnité à la fin du contrat, quelle qu'en soit la cause. »