



Montpellier, le 11 mai 2021

OPINION JURIDIQUE

Nous, Daniel Mainguy, Agrégé des facultés de droit, professeur à l'université de Montpellier, avocat au barreau de Paris, consulté sur la question du caractère d'ordre public et de loi de police des dispositions des articles L. 442-1 et suivants du Code de commerce, dans le cadre d'une action engagée, en suisse, devant un juge suisse, par la société de droit suisse STÖCKLI SWISS SPORTS AG contre la société de droit français MOUNTAIN DISTRIBUTION SARL, émet l'opinion juridique suivante.

Résumé

LE DROIT POSITIF FRANÇAIS DE L'AUTORITE INTERNATIONALE DES ARTICLES L. 442-6, I, 2° ET L. L442-6, II, D), DEVENUS DEPUIS 2019 L. 442-1, I, 2° ET L. 442-3, B) DU CODE DE COMMERCE EST QU'ELLES SONT CONSIDEREES COMME DES LOIS DE POLICE DEPUIS L'ARRET *EXPEDIA* DU 8 JUILLET 2020.

L'INTEGRITE DE L'ANCIEN ARTICLE L. 442-6 ET AUJOURD'HUI DES ARTICLES L. 442-1 A 442-4 (VOIRE DE L'ARTICLE L. 442-8) REND L'ENSEMBLE DE CES REGLES INDISSOCIABLES.

ELLES SONT EN EFFET, AU REGARD DE L'APPRECIATION FAITE PAR L'ARRET *EXPEDIA*, ENSEMBLE, DES DISPOSITIONS IMPERATIVES DONT LE RESPECT EST JUGE CRUCIAL POUR LA PRESERVATION D'UNE CERTAINE EGALITE DES ARMES ET LOYAUTE ENTRE PARTENAIRES ECONOMIQUES ET QUI S'AVERENT DONC INDISPENSABLES POUR L'ORGANISATION ECONOMIQUE ET SOCIALE DE LA FRANCE ON PEUT DONC CONSIDERER QUE, DU FAIT DE L'ARRET *EXPEDIA*, L'ANCIEN ARTICLE L. 442-6 DEvenu L. 442-1 A 442-4 DU CODE DE COMMERCE EST UNE LOI DE POLICE.

CETTE LOI DE POLICE FRANÇAISE DOIT DONC ETRE APPLIQUEE PAR LE JUGE SUISSE EN TANT QUE LOI DE POLICE ETRANGERE.

1. La présente consultation concerne le contexte d'une action en justice engagée par la société de droit suisse STÖCKLI SWISS SPORTS AG (Ci-après STÖCKLI) contre la société de droit français MOUNTAIN DISTRIBUTION SARL.

Dans ce litige, la société MOUNTAIN DISTRIBUTION a développé une demande reconventionnelle, faisant valoir, sur le fondement de l'article 19 de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé (Art. 19 IRPG) prévoyant la prise en compte de « dispositions impératives du droit étranger »¹, ce que, dans la tradition juridique française, on désigne comme des « lois de police », que les conditions de la rupture du contrat qu'elle subit doivent obéir aux règles françaises, lois de police, concernant les conditions et notamment le terme de la rupture, en lieu et place des règles suisses élues, ce de manière à obtenir que sa demande de paiement d'une somme de 581 250 € plus 5% depuis le 18 mai 2020 soit retenue, en suite de la rupture du contrat par la société STÖCKLI.

2. La question se pose donc de savoir dans quelle mesure les règles françaises invoquées pourraient être considérées comme de telles « disposition impératives du droit étranger », c'est-à-dire des lois de police.

I. LE CONTEXTE FACTUEL ET JURIDIQUE

3. Très rapidement, il convient de présenter le contexte du litige.

4. La société STÖCKLI et la société MOUNTAIN DISTRIBUTION sont en relation contractuelles depuis 1996, la société MOUNTAIN DISTRIBUTION étant le distributeur exclusif, en France, des skis produits par la société STÖCKLI.

¹ LDIP, art. 19 :

« 1. Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit.

2. Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit ».

La relation a été ponctuée par divers contrats, deux contrats en 2001 et 2004, et des « General conditions » signées annuellement, l'ensemble ayant pris fin en décembre 2020, après que MOUNTAIN DISTRIBUTION ait refusé qu'un nouveau type de contrat, proposé par STÖCKLI, transformant leur relations en une sorte de « master-franchising » imposant à MOUNTAIN DISTRIBUTION de créer un réseau de distribution sélective en France, organise leurs relations. Si MOUNTAIN DISTRIBUTION consentait à conclure le contrat, STÖCKLI a rompu unilatéralement le contrat, avec un préavis de trois mois, alors que le contrat prévoyait un préavis de 6 mois, tandis que l'application des règles françaises aurait imposé un préavis beaucoup plus long, 18 mois en application de l'article L. 442-1, II du Code de commerce français.

5. Le contrat de 2004 prévoit une clause finale qui énonce que : « *all disputes arising out of this Contract shall be addressed in the ordinary courts of Wolhusen and shall be subject to the laws of Switzeland* ».

On peut faire observer que, à défaut de clause d'*electio juris*, le Règlement n° 598/2008 du 17 juin 2008 « Rome I », dans son article 4.1 f prévoit que « le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle », c'est-à-dire la loi française, à supposer que le Règlement Rome I s'applique ici, étant entendu que l'article 117 de la LDIP prévoit de manière assez voisine que le Règlement Rome I que « 1) À défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'État avec lequel il présente les liens les plus étroits ; 2) Ces liens sont réputés exister avec l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle ».

La société STÖCKLI a respecté un préavis de trois mois pour mettre fin au contrat ce qui, si le droit français avait été applicable, serait très clairement contraire aux dispositions de l'article L. 442-1, II du Code de commerce.

Ce texte dispose que :

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

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

Les dispositions du présent II ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure »².

² Ce texte résulte de l'ordonnance du 24 avril 2019 ; la rédaction précédente de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce disposait que : « 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° De rompre brutalement, même partiellement, une

6. Il ne fait aucun doute que ce texte dispose d'une autorité importante en droit français, s'inscrivant dans la catégorie de *l'ordre public interne* de telle manière qu'aucune clause ne pourrait en écarter les dispositions.

Il s'inscrit, en outre, dans un ensemble plus vaste du Code de commerce³. Le Livre IV du Code de commerce intitulé « *De la liberté des prix et de la concurrence* » comprend neuf « Titres » dont trois substantiels, le Titre 2 intitulé « *Des pratiques anticoncurrentielles* », le Titre 3 « *Des concentrations d'entreprises* » et le Titre IV « *De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et autres pratiques prohibées* ». Le Titre 2 englobe ainsi les dispositions encadrant le « droit antitrust », ententes, abus de position dominante et autres, supposant une atteinte substantielle à un marché pertinent de produits ou de services, qui sont considérées comme des lois de police (cf. infra, n°), le Titre 3 parle de lui-même et le Titre 4 comprend un ensemble de règles plus spécifiques, intéressant les pratiques commerciales déloyales entre entreprises, saisies *per se* indépendamment de toute atteinte à un marché. Parmi celui-ci, les articles L. 442-1 et suivants concernent plus précisément les relations commerciales entre entreprises, dont, donc la rupture brutale de telles relations (C. com., art. L. 442-1, II), les relations sans contrepartie ou créant un déséquilibre significatif (C. com., L. 442-1, I, ancien art. L. 442-6, I, 1^o et 2^o). L'ensemble est sanctionné par une action spécifique en justice, exercée par la victime ou bien par le ministre de l'Economie ou le Procureur de la République, dite « action du ministre », en vue d'obtenir la réparation du préjudice subi, la restitution des sommes indument perçues, ou une amende civile (au profit du Trésor public), égale à 5 millions d'euros, le triple des sommes indument perçues ou 5% du chiffre d'affaires réalisé en France par leur auteur.

C. com., ancien art. L. 442-6

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 :

1^o D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation ou de promotion commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins, du

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

³ Cf. D. Mainguy, M. Depincé, et M. Cayot, *Droit de la concurrence*, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2019.

rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat ou de la rémunération de services rendus par une centrale internationale regroupant des distributeurs. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires, en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ou en une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité ;

2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;

3° D'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ;

4° 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 ;

5° 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. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. 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 ;

6° De participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence ;

7° D'imposer une clause de révision du prix, en application du cinquième alinéa du I de l'article L. 441-7 ou de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 441-7-1, ou une clause de renégociation du prix, en application de l'article L. 441-8, par référence à un ou plusieurs indices publics sans rapport direct avec les produits ou les prestations de services qui sont l'objet de la convention ;

8° De procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant;

9° De ne pas communiquer ses conditions générales de vente, dans les conditions prévues à l'article L. 441-6, à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour l'exercice d'une activité professionnelle ;

10° De refuser de mentionner sur l'étiquetage d'un produit vendu sous marque de distributeur le nom et l'adresse du fabricant si celui-ci en a fait la demande conformément à l'article L. 112-6 du code de la consommation ;

11° D'annoncer des prix hors des lieux de vente, pour un fruit ou légume frais, sans respecter les règles définies aux II et III de l'article L. 441-2 du présent code ;

12° De passer, de régler ou de facturer une commande de produits ou de prestations de services à un prix différent du prix convenu résultant de l'application du barème des prix unitaires mentionné dans les conditions générales de vente, lorsque celles-ci ont été acceptées sans négociation par l'acheteur, ou du prix convenu à l'issue de la négociation commerciale faisant l'objet de la convention prévue à l'article L. 441-7, modifiée le cas échéant par avenant, ou de la renégociation prévue à l'article L. 441-8.

13° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des pénalités pour retard de livraison en cas de force majeure.

II. - Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité :

a) De bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ;

b) D'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande ;

c) D'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui ;

d) De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant ;

e) D'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés qu'il approvisionne mais qui n'est pas lié à lui, directement ou indirectement, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité ou une obligation de non-concurrence postcontractuelle, ou de subordonner l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'achat de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans.

L'annulation des clauses relatives au règlement entraîne l'application du délai indiqué au huitième alinéa du I de l'article L. 441-6, sauf si la juridiction saisie peut constater un accord sur des conditions différentes qui soient équitables.

III. - L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article.

Lors de cette action, **le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à cinq millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques mentionnées au présent article ont été mises en œuvre. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la**

personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation.

La juridiction ordonne systématiquement la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne condamnée.

La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte.

Les litiges relatifs à l'application du présent article sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret.

IV. - Le juge des référés peut ordonner, au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire.

7. Les articles L. 442-1 à L. 442-4 tels qu'ils résultent de l'ordonnance de 2019, sont la reprise, avec quelques modifications, de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce. Les différences entre ces deux ensembles de règles sont cependant considérablement moins importantes que leurs similitudes, ceci étant essentiel dans la mesure où, en raison du caractère récent des premières, l'essentiel de la jurisprudence pertinente est rendue sous l'empire des règles anciennes, l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce.

C. com., art. L. 442-1

I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ;

2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;

3° D'imposer des pénalités disproportionnées au regard de l'inexécution d'engagements contractuels ou de procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison, à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant.

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

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

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

III. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne proposant un service d'intermédiation en ligne au sens du règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, de ne pas respecter les obligations expressément prévues par le même règlement. Toute clause ou pratique non expressément visée par ledit règlement est régie par les autres dispositions du présent titre.

Art. L. 442-2 Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence.

Art. L. 442-3 Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services, la possibilité :

a) De bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ;

b) De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant ;

c) D'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur elle.

Art. L. 442-4 I.- Pour l'application des articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8, l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée aux articles précités.

Toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 ainsi que la réparation du préjudice subi. Seule la partie victime des pratiques prévues aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus.

Le ministre chargé de l'économie ou le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8. Ils peuvent également, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indument obtenus, dès lors que les victimes de ces pratiques sont informées, par tous moyens, de l'introduction de cette action en justice. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder le plus élevé des trois montants suivants :

– cinq millions d'euros ;

– le triple du montant des avantages indument perçus ou obtenus ;

– 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.

II.- La juridiction ordonne systématiquement la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne condamnée.

La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte.

Le juge des référés peut ordonner, au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire.

III.- Les litiges relatifs à l'application des articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret ».

8. La spécificité de ces règles, avant et après leur modification en 2019, a posé, à compter du milieu des années 2000, de sérieuses questions sur leur mise en œuvre dans un contexte international et, donc, de la question de savoir si ces règles présentaient le caractère de *loi de police*, visées donc par l'article 19 de la LDIP. En effet, la seule lecture de celles-ci montre qu'il ne s'agit pas de simples règles spéciales de responsabilité, mais de règles dont le caractère para-pénal est patent, à la fois par la manière dont des présomptions de fautes sont ainsi présentées, mais aussi du fait des sanctions, exorbitantes du droit commun, sont prévues.

II. LE CARACTERE DE LOI DE POLICE DES ARTICLES L. 442-1 ET SUIVANTS DU CODE DE COMMERCE (ANCIEN ART. L. 442-6)

9. La présente opinion juridique porte précisément sur l'autorité des articles L. 442-1 du Code de commerce et notamment la question de savoir s'ils se présentent comme des « lois de police » à l'aune d'un arrêt très important l'arrêt *Expedia* 8 juillet 2020 sur lequel nous reviendrons.

Une brève définition de la notion des « lois de police » s'impose (A), permettant d'observer la portée des articles L. 442-1 et suivants (B).

A. La notion de loi de police

10. L'article II de la convention intéresse la « durée et prise d'effet de la convention » et se présente ainsi (nous soulignons les parties les plus importantes).

11. La notion de loi de police repose sur l'article 9 du Règlement Rome I, selon lequel « *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 quel que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement* »⁴.

12. Le rôle de ces dispositions impératives ou lois de police est de faire échec au jeu de la résolution des conflits de loi, y compris en cas de choix exprès d'une loi applicable à un contrat.

Le type même des lois de police est constitué des règles du droit antitrust, dites pratiques anticoncurrentielles (C. com., art. L. 420-1 et s., TFUE, art. 101 s.) : le contrat conclu avec une clause de choix d'une loi américaine ne peut faire obstacle à l'application des règles du droit européen de la concurrence⁵. Ce sont donc des règles qui sont des règles relevant de l'ordre public interne, mais toutes les règles relevant de l'ordre public interne ne sont pas des lois de police.

La prise en compte du caractère international d'un contrat suppose en effet que soit respectée l'intégrité du choix d'une loi applicable. L'article 9 du Règlement de Rome I réserve cependant la catégorie des lois de police à des règles dont « *le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique* » de sorte que l'application, y compris par choix, d'une loi étrangère ne saurait être considéré comme efficace, soit pour la sauvegarde des intérêts préservés par cette loi de police soit pour éviter une fraude à la loi, le recours à une loi autre ayant précisément pour objet d'échapper à ces règles. La catégorie de ces règles est assez vaste : la préservation des intérêts publics, politiques, sociaux et économiques d'un État. Il peut s'agir, par ailleurs, de règles

⁴ Sur ce texte : L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le Règlement Rome I », D. 2008, p. 2165

⁵ Cf. L. Idot, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », JDI, 1995, p. 321.

assurant une protection catégorielle, par exemple les règles assurant la sanction de la corruption, la préservation de la santé publique, le secret bancaire, *etc.*, y compris des règles plus spécifiques, comme des règles du droit de la consommation, des salariés, des agents commerciaux, *etc.*, même si l'appréciation du caractère de loi de police de ce type de règle suppose alors une appréciation fine des enjeux, en terme d'ordre public, de ces règles.

La détermination de ce qui correspond, ou non, à des lois de police dépend donc uniquement, au-delà des rares cas dans lesquels le législateur décide que telle règle est une loi de police, de l'interprétation judiciaire faite face à une difficulté donnée, en fonction de la politique judiciaire choisie, plutôt libérale et donc favorable à la primeur donnée au choix des parties, ou au contraire plutôt rigoureuse et accordant la primeur à l'application de règles que le juge considère, alors, comme essentielles.

Enfin, ces règles sont déterminées par un Etat, mais ne sont pas d'application universelle : il convient en effet qu'il existe un lien de rattachement territorial spécifique entre la situation juridique déterminée et la loi de police de l'Etat concernée. Ce critère est satisfait par la nationalité d'une partie à un contrat, sa résidence ou encore le lieu d'exécution du contrat par exemple⁶.

13. L'application des lois de police est automatique, s'agissant des lois de police du *for* selon les dispositions de l'article 9 § 2 du Règlement Rome I qui énonce qu'il ne peut être porté « *atteinte à l'application des lois de police du for* ». Si, par conséquent, dans le contrat conclu entre les parties le juge français avait été compétent, devant appliquer les règles suisses, l'application des lois de police française est automatique.

S'agissant de la situation présente, la question posée est, pour le juge suisse, celle de l'application d'une loi police étrangère, ici une loi de police française⁷, ce qui est précisément l'objet de l'article 19 de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé, assurant la primeur à la loi de police étrangère « *si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit* » et par appréciation d'une comparaison, tenant « *compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit* ».

B. L'arrêt *Expedia* et les articles L. 442-1 et s. du Code de commerce

14. Au-delà d'un rappel général de la notion de loi de police, la question de l'appartenance de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce et, aujourd'hui, des articles L. 442-1 et suivants, se pose depuis le milieu des années 2000, associée à une évolution, assez complexe, de la jurisprudence, distinguant les cas de de l'application de ces règles à des contrats internes ou à des contrats internationaux.

⁶ Cf. M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2020, n°195.

⁷ Comp. P. Mayer, « Les lois de police étrangère », JDI 1981, p. 277.

La question s'est posée, au départ, au regard du respect des clauses du contrat notamment les clauses applicables à un litige, qu'il s'agisse de clauses attributives de compétence ou de clauses compromissaires.

15. S'agissant des contrats internationaux, la responsabilité associée à l'application de ces règles est de nature contractuelle⁸, de sorte que les clauses relatives au litige doivent être respectées⁹. Si donc le contrat prévoit une clause attributive de juridiction ou une clause de loi applicable, qu'elle renvoie à la loi du *for* ou à une loi étrangère, le juge français doit le respecter. C'est à cette occasion que, pour faire échec, à cette application, le statut de « loi de police » avait été revendiqué devant les juridictions françaises, notamment par des parties françaises à un contrat international, souhaitant voir appliquer la loi française, plus protectrice des intérêts d'un distributeurs évincé, voire attirer le litige devant le juge français.

Dans l'affaire *Monster Cable* du 22 octobre 2008¹⁰ par exemple, la Cour d'appel de Paris s'était dans un premier temps prononcée en faveur de la qualification de ces règles comme des lois de police¹¹, alors que la Cour de cassation s'était montrée plus distante. Le débat était cependant souvent biaisé en ce qu'il portait moins sur la question de savoir si la loi élue devait être écartée au profit de la loi française, alors reconnue loi de police, que sur l'écart des clauses attributives de compétence. L'arrêt *Monster Cable* proposait ainsi une réponse évasive : « (...) la clause attributive de juridiction contenue dans ce contrat visait tout litige né du contrat, et devait en conséquence, être mise en œuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige (...) ». Sans répondre donc à la question (non posée) de savoir si la loi française était une loi de police, elle imposait l'application des clauses attributives de juridiction *dans les contrats internationaux*

⁸ S'agissant de contrats internes, la Chambre commerciale de la Cour de cassation retenait au contraire une responsabilité délictuelle, écartant ce faisant les clauses du contrat : Cass. com., 6 févr. 2007, n°04-13.178, 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, Cass. com. 21 octobre 2008, n°07-12.336, JCP E 2009. 1479, obs. D. Mainguy ; Cass. com. 13 janv. 2009, n°08-13.971, Bull. civ. 2009, IV, n° 3 ; D. 2009, 2892, obs. D. Ferrier, RDC 2009, 1016, obs. Mazeaud, et 1147, obs. M. Béhar-Touchais, Cass. com., 21 sept. 2010, n° 09-15.716, – Cass. com., 18 janv. 2011, n° 10-11.885, Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20.240.

⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2007, n° 06-10.946, D. 2007. 951, obs. E. Chevrier ; JCP E. 2008. 1638, obs. D. Mainguy, Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 2008, *Monster cable*, 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, Cass. com., 8 juill. 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. Adde M. –E. Ancel, « L'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce en droit international privé », RJcom., 2009, p. 200

¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 2008, *Monster cable*, n°07-15.823, préc.

¹¹ Paris, 28 Sept. 2006, inédit.

de distribution, entrant en dissonance avec la jurisprudence prévalant en matière de contrats internes¹², sauf peut-être en présence d'une clause compromissoire¹³.

16. La CJUE, dans un arrêt *Granolaro* du 14 juillet 2016¹⁴, a considéré, à propos de la question de savoir de quel régime de responsabilité, délictuel ou contractuel, relevait l'action de l'article L. 442-6 du Code de commerce au regard du Règlement 44/2001, que « *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, ce qu'il revient à la juridiction de renvoi de vérifier* ».

Il suffit donc que la rupture brutale soit celle d'une relation *contractuelle* établie, même *tacite*, ce qui est le cas d'une suite de ventes organisées par des conditions générales par exemple, pour que la responsabilité soit de nature contractuelle, tandis que si la relation commerciale établie n'est pas fondée sur une telle relation contractuelle tacite, la nature de la responsabilité est de nature délictuelle, ce qui laisse peu de place à ce dernier mécanisme (une simple négociation par exemple), solution finalement reprise en droit interne¹⁵.

Puis, la jurisprudence s'est adaptée, sur le terrain de la loi applicable et sur celui du juge compétent. L'arrêt de la chambre commerciale du 21 juin 2017¹⁶ s'inscrivait dans cette logique : trois accords successifs à durée déterminée de distribution exclusive s'étaient succédés et à l'échéance du dernier, le fournisseur hollandais avait indiqué au distributeur français qu'aucun renouvellement n'était envisagé. Le distributeur avait invoqué l'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce devant le juge français, critiqué par le fournisseur qui reprochait à l'arrêt d'appel d'avoir appliqué la loi française et reconnu la compétence du juge français, arguments retenus par la chambre commerciale, sur le fondement de l'article 3 du Code civil : « *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*

¹² D. Mainguy, « La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre », D. 2011, p. 1495, C. Nourissat, « Rupture brutale d'une relation commerciale établie : du curieux effet du franchissement d'une frontière sur la nature de l'action », RDLA 2007, p. 67.

¹³ 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, n° 3, obs. D. Mainguy, Cass. com. 21 oct. 2015, n°14-25.080, JCP E 2016, 1138, note R. Kaminsky et J. Rozier ; D. 2015, p. 2537, note N. Dissaux.

¹⁴ CJUE, 14 juill. 2016, *Granolaro*, aff. 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.

¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 18 janv. 2017, n°15-26105, JCP E, 2018, 1131, n° 3, obs. D. Mainguy : « *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* ».

¹⁶ Cass. com. 21 juin 2017, n°16-11.828. V. aussi Cass. com. 5 juill. 2017, n°16-13862, JCP E, 2018, 1131, n° 3, obs. D. Mainguy.

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 ». En d'autres termes, il convient de distinguer la portée des clauses attributives de juridiction, qui doivent être respectées, et une clause d'*electio juris*, qui doit l'être tout autant.

La réception formelle de l'arrêt *Granolaro* de la CJUE du 14 juillet 2016 peut sans doute être identifiée dans l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 20 septembre 2017¹⁷ qui reprend, en l'exploitant largement, la formule retenue : « 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 ».

Il ne fait donc aucun doute que l'action fondée sur l'article L. 442-6 du Code de commerce relève d'un régime de responsabilité contractuel dans lequel les clauses du contrat doivent être respectées, mais sous la réserve de la question, alors encore non résolue, du caractère de loi de police de ces règles ; c'est l'objet de l'affaire *Expedia*.

17. L'arrêt *Expedia*. C'est dans ce contexte que l'affaire *Expedia* se présente, sur la question, cette fois, de la loi applicable, face à une clause d'*electio juris* retenant une loi étrangère. De solides arguments étaient proposés au soutien de la considération de ces textes comme des lois de police, dont le fait que le ministre de l'économie peut agir spécifiquement, et en toute autonomie (c'est-à-dire même si les parties victimes n'agissent pas, pour autant qu'elles aient été informée de l'action du ministre), pour demander une amende civile. Or, le ministre ne peut être lié par une clause attributive de juridiction, ni par une clause compromissoire¹⁸ de sorte qu'il restait à savoir si une clause d'*electio juris* pouvait lui être opposée.

Les faits de l'affaire *Expedia* sont assez techniques. Le ministre de l'économie avait engagé une action concernant les pratiques de la plateforme Expedia, composée de diverses sociétés dont certaines de droit américain au sujet de leurs relations nouées avec des exploitants d'hôtels notamment en France, où étaient notamment en jeu des clauses de parité tarifaire, autrefois désignées comme des clauses du client le plus favorisé, et interdites, au moins sur le fondement de l'ancien article L. 442-6, II,

¹⁷ Cass. com. 20 sept. 2017, n°16-14812, JCP E, 2018, 1131, préc.

¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 6 juill. 2016, n°15-21811, D. 2016, p. 1910, note J.-C. Roda, p. 2025, obs. L. d'Avout, AJ Contrat 2016, p. 444, obs. M. Boucaron-Nardetto ; RTD civ. 2016. 837, obs. H. Barbier.

d) du Code de commerce et de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Ce n'était donc pas l'ensemble de l'article L. 442-6 ni ce qui correspond à ce que l'on désigne comme « pratiques restrictives de concurrence », qui étaient au cœur technique du débat judiciaire dans cette affaire. L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce est l'un des cas de faute de ce texte, celui qui sanctionne le « déséquilibre significatif » dans les droits et obligations d'un contrat d'affaires et l'article L. 442-6, II, d) l'un des contrats ou clauses interdits, ici les clauses dites d'alignement ou du « client le plus favorisé ».

Les contrats comportaient une clause de loi applicable désignant le droit anglais et une clause renvoyant à la compétence des juges anglais, inopposables au ministre engageant l'action, mais aussi en raison du fondement délictuel retenu par la cour d'appel. Observons alors qu'il convient d'éviter de retenir de cette solution une déduction erronée. Le caractère de loi de police de la règle permet d'écarter la loi qui serait désignée par une méthode de conflit de loi ou par une clause de loi applicable, au profit de la loi française, mais ce caractère n'a, en principe, aucune incidence sur la technique de désignation du juge. La solution ici identifiée ne vaut qu'à propos de l'action du ministre comme, d'ailleurs, la Cour d'appel s'en était parfaitement expliqué de telle manière que la situation d'une action engagée entre les parties elles-mêmes permettrait à la clause attributive de juridiction de retrouver son efficacité, à supposer toutefois que le juge saisi retienne une qualification contractuelle du litige, permettant l'efficacité de la clause.

18. L'arrêt d'appel. La Cour d'appel de Paris, le 21 juin 2017¹⁹, avait choisi d'écarter à la fois la loi anglaise et la compétence du juge anglais. Peu importe la solution au fond ici (annulation des clauses et condamnation à une amende civile de un million d'euros), il convient de retenir les deux questions de principe posées, de manière claire pour la première fois.

Le premier, qui est le moins important dans cette évolution jurisprudentielle, repose sur la question de l'opposabilité, dans la cadre de l'exercice de l'action du ministre, d'une clause attributive de juridiction : « *Le ministre n'agissant ni comme partie au contrat ni sur le fondement de celui-ci, la clause des contrats attribuant la compétence aux juridictions britanniques est manifestement inopposable au ministre et inapplicable au présent litige [...]. En l'espèce, les hôtels signataires des contrats et victimes des pratiques [restrictives de concurrence] étant situés sur le territoire français, le lieu de survenance du dommage est la France. Les juridictions françaises sont donc compétentes* ».

Le second, en revanche, est nouveau, s'agissant de la portée des règles ici appliquées, les articles L. 442-6, I, 2° du Code de commerce et L. 442-II, d). la Cour précise « à titre surabondant » que les articles L. 442-6, II d) et L. 442-6, I-2° sont en toute hypothèse applicables en tant que loi de police du for : « *Le régime spécifique*

¹⁹ Paris, pôle 5, ch. 4, 21 juin 2017, n°15/18784, Comm. com. électr. 2018, n°1, chron. 1, obs. M.-É. Ancel ; LEDICO oct. 2017, n°110r6, p. 2, obs. M. Behar-Touchais ; RTD Com. 2017, p. 598, p. 599, p. 601, p. 603 et p. 606, obs. M. Chagny ; D. 2018, p. 966, obs. S. Clavel ; AJ Contrat 2017, p. 305, obs. X. Delpech ; JT 2017, n°200, p. 11, obs. X. Delpech ; LEDICO nov. 2017, n°110v1, p. 6, obs. B. Haftel ; Gaz. Pal. 12 sept. 2017, n°302v4, p. 21, note F. Jacomino ; RLC 2017/65, n°3260, note B. Jardel ; AJ Contrat 2017, p. 388, obs. V. Pironon.

commun [aux] délits civils prévus [à l'article L. 442-6, III du code de commerce], caractérisé par l'intervention du ministre de l'Économie pour la défense de l'ordre public, et les instruments juridiques dont celui-ci dispose, notamment demander le prononcé de sanctions civiles, illustrent l'importance que les pouvoirs publics accordent à ces dispositions. Il s'agit donc de lois de police qui s'imposent au juge du for, même si la loi applicable est une loi étrangère ».

19. L'arrêt de cassation du 8 juillet 2020. Sur pourvoi, la Cour de cassation rendait le 8 juillet 2020²⁰, une solution reprenant ces éléments, tout en censurant partiellement la Cour d'appel, mais uniquement sur l'appréciation de fond qu'elle avait faite :

« 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 poursuivie par les lois de police en cause ».

20. L'appréciation que l'on peut faire de la solution ainsi rendue peut être multiple étant entendu qu'il n'y a aucun doute sur l'appréciation du caractère de loi de police des règles en jeu. Par ailleurs, l'expression « *la Cour d'appel a, à bon droit (...)* » est employée lorsque la Cour de cassation souhaite considérer que l'interprétation choisie par la Cour d'appel est celle qu'elle aurait choisie si l'arrêt avait été en sens contraire.

²⁰ Cass. com., 8 juill. 2020, n°17-31536, D. 2020, p. 1970, obs. L. d'Avout ; JCP E. 2020, n°41, chron. 1375, note M. Behar-Touchais ; Dalloz actualité, 1^{er} sept. 2020, obs. C. Bonnet ; LEDICO oct. 2020, n°113h4, p. 4, obs. M. Celaya ; AJ Contrat 2020, p. 495, note. G. Chantepie ; JT 2020, n°233, p. 11, obs. X. Delpech ; LEDC oct. 2020, n°113j7, p. 5, obs. J.-F. Hamelin ; RLDA 2020/164, n°7082, note Y. Heyraud ; JCP E. 2020, 1522, obs. D. Mainguy ; CCC 2020, n°10, comm. 140, note N. Mathey ; Gaz. Pal. 22 sept. 2010, n°387s4, p. 18, note H. Meur ; D. 2020, p. 2421, obs. G. Ngoumtsa Anou.

Une première interprétation de la portée de l'arrêt peut y voir un lien entre le cas d'espèce, à savoir une action engagée par le ministre, et non une action entre particuliers, et la reconnaissance du caractère de loi de police de telle manière que les textes visés ne seraient des lois police que dans le cas où ils sont invoqués dans le cadre d'une « action du ministre ».

Une deuxième interprétation peut au contraire saisir le fait que la Cour prend soin de séparer les raisons pour lesquelles elle retient cette solution et la solution elle-même, de telle manière qu'il conviendrait de retenir le fait que ces textes sont considérés, *en toutes circonstances comme des lois de police* : « (...) 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 (...) ».

Une troisième interprétation conduit, alors, à élargir la question à l'ensemble de l'article L. 442-6 et donc, par itération, aux actuels articles L. 442-1 et suivants du Code de commerce.

21. Appréciation de la portée de l'arrêt. L'essentiel de la présente opinion juridique repose sur la question de savoir quelle interprétation retenir.

Il convient d'ajouter, pour présenter la difficulté, que la Cour d'appel de Paris comprend, depuis 2019, une Chambre commerciale (CCIP-CA) compétente en principe pour traiter des litiges internationaux se présentant devant la Cour d'appel de Paris, dite « pôle 5 Chambre 16 » ou « 5-16 », de telle sorte que les risques de divergence, au sein de la Cour de Paris, ne sont pas faibles et qu'il faut compter avec d'autres juridictions.

Par exemple, le Tribunal de commerce de Paris, dans un jugement du 2 septembre 2019 qui n'est pas passé inaperçu parce qu'il concernait des clauses contenues dans les contrats *Amazon*²¹ dans les mêmes circonstances que dans l'affaire *Expedia*.

Au-delà, les solutions rendues *avant* l'arrêt *Expedia* étaient effectivement, divergentes.

Ainsi, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 19 septembre 2018²² s'était prononcé sur l'autorité de l'ancien article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, celui en jeu dans l'affaire concernant les sociétés STOCKLI et MOUNTAIN DISTRIBUTION : « *il est constant* » que ces dispositions sont des lois de police en tant que « *dispositions impératives dont le respect est jugé crucial pour la préservation d'une certaine égalité des armes et de loyauté entre partenaires économiques et qui sont considérées comme indispensable pour l'organisation économique et sociale* ».

²¹ T. com. Paris, 2 sept. 2019, n° 2017050625, AJ contrat 2019, p. 433, obs. F. Buy et J.-C. Roda ; Dalloz IP/IT 2019, p. 710, obs. A. Lecourt ; RSC 2019, p. 833, obs. M.-C. Sordino.

²² Paris, 19 sept. 2018, n° 16/05579, SAS Distri European Stoc, adde Paris, 11 déc. 2013, n° 11/20287, S⁶e Toys International Inc., CCC 2014. Comm. 67, obs. N. Mathey.

Poursuivant, la Cour d'appel de Paris, dans sa formation « interne » (pôle 5, chambre 4), la même que celle ayant rendu l'arrêt *Expedia* en 2017, avait rendu, le 9 janvier 2019²³, un arrêt particulièrement motivé, dont on peut d'ailleurs reprendre l'ensemble même un peu long dans la mesure où les explications données sont volontairement didactiques :

« la cour estime que l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce constitue une loi de police. En premier lieu, le respect de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce a été jugé crucial par le législateur pour la sauvegarde de l'organisation économique de la France. L'objectif de protection des entreprises dans les relations commerciales déséquilibrées vise non seulement à protéger la partie faible, mais à assurer, par un effet dissuasif, un fonctionnement équilibré du marché dans son ensemble. Ce ne sont donc pas les intérêts d'une seule partie qui sont visés, mais de façon générale, la défense catégorielle des contractants faibles. L'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce garantit à toute entreprise française établie en France un préavis suffisant lorsque son partenaire, qu'il soit français ou étranger, décide de rompre les relations établies. En deuxième lieu, le régime spécifique de cette pratique restrictive de concurrence, commun à toutes les pratiques énumérées au I de l'article L. 442-6, prévu au III, illustre l'importance, pour le législateur, de la défense de l'ordre public économique poursuivie par les « pratiques restrictives de concurrence », de façon générale. Ce régime est en effet caractérisé par la faculté d'intervention du ministre de l'économie pour la défense de l'ordre public économique, et les instruments juridiques dont celui-ci dispose, notamment demander au juge la cessation des pratiques ou le prononcé de sanctions civiles dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros ou portée au triple du montant des sommes indûment versées, ou encore la nullité du contrat ou des restitutions, démontrent l'importance que les pouvoirs publics accordent à ces dispositions. La Cour de cassation a d'ailleurs, dans un arrêt du 8 juillet 2008 (ministre de l'économie contre Galec, 07-16.761), considéré que l'action du ministre était « une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence », consacrant ainsi l'objectif poursuivi par le législateur au travers de l'article L. 442-6, de protection du marché et de la concurrence, non exclusivement réservé aux pratiques anticoncurrentielles. Le Conseil constitutionnel a également validé l'action du ministre dans une QPC du 13 mai 2011 (2011-126 QPC) en parlant pour la première fois d'« ordre public économique ». En troisième lieu, la sanction civile encourue par les auteurs des pratiques démontre également le caractère crucial de ces règles. Aux termes de sa décision QPC n° 2010-85 du 13 janvier 2011, le Conseil constitutionnel a confirmé « que, conformément à l'article 34 de la Constitution, le législateur détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales ; que, compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public dans l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux,

²³ Paris, 9 janv. 2019, n°18/09522, AJ Contrats, 2019, p. 188, note V. Pironon, JCP E 2020, 1522, obs. D. Mainguy.

il lui est loisible d'assortir la violation de certaines obligations d'une amende civile à la condition de respecter les exigences des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 au rang desquelles figure le principe de légalité des délits et des peines qui lui impose d'énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement ». En quatrième lieu, la Cour de cassation a admis dans un arrêt du 3 mars 2009 (07-16.527) que l'article L. 441-6 du code de commerce, relatif aux règles de transparence, répondait à des « considérations d'ordre public particulièrement impérieuses », ce terme permettant d'en déduire la qualification de loi de police de cette disposition. Le sort de l'article L. 442-6, qui énumère des comportements civilement sanctionnés, ne peut être différent. En outre, la Haute Juridiction avait précédemment validé une clause attributive de juridiction permettant de faire échapper un litige fondé sur l'article L. 442-6 du code de commerce à la compétence française dans un litige international en affirmant que « la clause attributive de juridiction contenue dans ce contrat visait tout litige né du contrat et devait en conséquence, être mise en œuvre, des dispositions impérieuses constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige » (arrêt du 22 octobre 2008, 07-15/823, Monster Câble). En cinquième lieu, au regard de la territorialité du droit « quasi répressif », dont relève manifestement l'article L. 442-6 du code de commerce, sont réprimées à ce titre les pratiques ayant des effets en France ; il est donc logique que toutes les victimes soient traitées sur un plan d'égalité que l'auteur soit français ou étranger. Les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce sont applicables à partir d'un rattachement territorial, dès lors que les produits ou services contractuels sont destinés au marché français ou ont vocation à être distribués en France. Or, en l'espèce, le rattachement territorial à la France est établi : la société IMD est établie en France et y distribue les produits de la société Zeuschel. Il s'agit donc d'une loi de police qui s'impose au juge du for, même si la loi applicable est la loi allemande en vertu de la clause de l'article 29 du contrat ».

En revanche, La chambre commerciale internationale de la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 3 juin 2020²⁴, dans un litige entre une société algérienne et une société française au sujet d'un contrat d'agent commercial et un contrat de distribution, où la société algérienne revendiquait l'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce *en tant que loi de police*, la Cour considérait, que « des considérations d'intérêt public justifient, dans des circonstances exceptionnelles, le recours par les tribunaux des États membres aux mécanismes que sont l'exception d'ordre public et les lois de police. La notion de « lois de police » devrait être distinguée de celle de « dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord » et devrait être interprétée de façon plus restrictive » (§55 s.). Or, « si les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5 du code de commerce, qui impliquent qu'une entreprise installée en France ne cause pas de dommage en rompant brutalement une relation commerciale établie, contribuent à la moralisation de la vie des affaires et sont susceptibles également de contribuer au meilleur fonctionnement de la concurrence,

²⁴ Paris (CCIP-CA) 3 juin 2020, n°19/03758, *Somilab et a c Waters*, JCP E. 2020, 1522, obs. D. Mainguy.

elles visent davantage à la sauvegarde des intérêts privés d'une partie, de sorte qu'elles ne peuvent être regardées comme cruciales pour la sauvegarde de l'organisation économique du pays au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application » (§59) : « ces dispositions ne constituent pas une loi de police au sens de l'article 9 du règlement Rome I » (§60).

En outre, après l'arrêt *Expedia*, un arrêt du 8 octobre 2020 de la Cour d'appel de Paris²⁵, dans un litige opposant une société de droit algérien et une société de droit français a considéré que « les dispositions de l'article L.442-6, I, 5° du code de commerce, quand bien même elles ont, en droit interne, un caractère impératif, contribuent à un intérêt public de moralisation de la vie des affaires et sont susceptibles également de participer au meilleur fonctionnement de la concurrence, visent davantage à la sauvegarde des intérêts privés d'une partie, celle victime d'une rupture brutale de relations commerciales établies, en lui laissant un délai suffisant pour se reconvertir. Dès lors, ces dispositions ne peuvent être regardées comme cruciales pour la sauvegarde de l'organisation économique du pays au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit la loi applicable au contrat ». Outre le fait que la motivation est faible, en ce qu'elle contredit exactement l'arrêt du 8 juillet 2020 ce dont il résulte que, si un pourvoi a été engagé, la cassation est très probable, l'argument était inutile dans la mesure où une clause renvoyant au droit français pouvait y être identifiée.

22. De cette série de décisions, on peut considérer en premier que l'arrêt *Expedia* du 8 juillet 2020 n'est pas un arrêt « d'espèce » ou « de circonstances » mais qu'il s'inscrit au contraire dans un débat, technique et complexe.

Elle tranche en outre le conflit qui a semblé apparaître entre la chambre 5-4 qui, par au moins trois fois clairement, a considéré que l'article L. 442-6, I, 2°) et II, d) étaient des lois de police, et la chambre commerciale internationale (5-16) pour désavouer, à un mois de distance, cette dernière.

Les arguments utilisés par la Cour de cassation, dans l'arrêt *Expedia* demeurent succincts, comparés ceux de la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 9 janvier 2019.

Pour la Cour de cassation, c'est d'abord la possibilité pour le ministre de l'économie ou le président de l'Autorité de la concurrence d'exercer une action permettant d'aboutir au paiement d'une amende civile (C. com., art. L. 442-4, ancien art. L. 442-6, III) qui justifie cette qualification, mais également « la préservation d'une certaine égalité des armes et loyauté entre partenaires économiques », jugée « cruciale » pour « l'organisation économique et sociale de la France »²⁶.

²⁵ Paris, 8 oct. 2020, n°17/19893, RLC 2020/99, n°3910 ; Rev. int. Compliance 2020, n°6, comm. 236, note C. Dargham et R. Nader-Guérault ; LEDICO déc. 2020, n°113n9, p.7, obs. H. Meur ; D. 2020, p. 2421, obs. G. Ngoumtsa Anou.

²⁶ Contra M. Béhar-Touchais, « L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qualifié de loi de police par la Cour de cassation », note sous Cass. com., 8 juill. 2020, n°17-31536, préc. Mme Béhar-Touchais observe ainsi que l'application de l'article L. 442-6, I, 5 du Code de commerce a pu être exclue pour certaines relations économiques, comme celles nouées au sein d'un GIE, d'une société coopérative, d'un bail commercial ou encore de crédit-bail de sorte que « la valeur protégée n'était pas si

En revanche, la Cour d'appel de Paris est plus prolix. Elle commence par mettre en exergue le fait que l'article L. 442-6, I, ° du Code de commerce vise « *pour la sauvegarde de l'organisation économique de la France* », la « *protection des entreprises dans les relations commerciales déséquilibrées vise non seulement à protéger la partie faible, mais à assurer, par un effet dissuasif, un fonctionnement équilibré du marché dans son ensemble* » de sorte qu'elle évacue une critique par anticipation, à savoir qu'il s'agirait par une sorte d'extrapolation de la notion de loi de police, de qualifier telles des règles qui assurent la protection d'intérêts *privés*. La Cour affirme au contraire que ce sont des intérêts *publics*, même catégoriels, qu'il s'agit de protéger, le marché dans son ensemble. Ce n'est qu'en suite qu'elle convoque l'argument de l'action du ministre, ce qui est assez juste, dans la mesure où les actions fondées sur ce texte engagées entre particuliers sont bien plus importants que les actions engagées par la puissance publique., celui-ci étant associé à un argument constitutionnel, où le Conseil constitutionnel a validé ce texte en considération des garanties offertes et considéré que les règles établies en matière de « transparence » (C. com. Art. L. 441-6) répondaient à « *des considérations d'ordre public particulièrement impérieuses* », de telle manière que l'article L. 442-6, qui en est le complément, doit être interprété de manière voisine. Elle renvoie d'ailleurs à l'arrêt *Monster Cable* de 2008 qui avait évoqué, sans la trancher, la question du caractère de loi de police de ce texte. Enfin, et de manière voisine de celle dont procède l'article 19 de la Loi fédérale suisse sur le Droit internationale privé, elle limite ce caractère de loi de police au cas où un rattachement territorial avec la France est établi, ce qui évite de fonder un caractère universel à l'article L. 442-6 du Code de commerce.

Un dernier argument, *a contrario*, n'est pas explicitement invoqué par la Cour d'appel mais se déduit nécessairement de son raisonnement. Le caractère libéral des règles en matière de conflit de lois, qui assurent la primauté au choix de la loi applicable par les parties, réserve l'hypothèse des lois de police dans le but d'assurer la primauté des règles assurant l'organisation économique de la France, ne manière à éviter que ces règles soient aisément contournées par une clause d'*electio juris*. C'est donc une forme de réponse à toute forme d'« éviction concurrentielle » par des entreprises qui, précisément pour se soustraire aux règles internes françaises, seraient tentées de « délocaliser » leur siège hors de France, en insérant des clauses de loi applicable dans le pays d'accueil et des clauses de compétence compatibles dans des contrats conclus avec des entreprises françaises. L'objet de ce renforcement de l'autorité de ces règles est très nettement fondé sur cette situation, comme le démontre d'ailleurs une action du ministre engagée récemment contre un grand groupe de distribution qui s'est placé dans cette situation. A l'inverse, un contrat, comme en l'espèce, conclu entre une entreprise suisse et un distributeur français prévoyant un rattachement avec l'Etat du fournisseur, contrairement avec les règles qui auraient prévalu en l'absence de clause d'*electio juris* aboutit au même résultat,

cruciale ». L'argument peut être limité : la plupart des cas dans lesquels le champ d'application de l'article L. 442-6 a été réduit disposaient de règles protectrices propres. A bien des égards d'ailleurs l'argument peut être renversé : c'est bien parce que le champ d'application de ce texte est réservé à des situations visant les relations de distribution que l'efficacité de l'objectif assigné peut être préservé.

éviter la règle de protection du distributeur prévu, de manière radicale, par le législateur français.

23. Conclusion et opinion juridique. De cet ensemble, il résulte qu'il ne fait pas de doute que l'arrêt *Expedia* rendu par la plus haute juridiction française, considère que les articles L. 442-6, I 2° et L. 442-6, II, d) dans leur rédaction applicables alors, sont des lois de police.

Peu important, alors, les controverses jurisprudentielles existant avant cet arrêt ou les formes de « résistances » ou « d'erreurs » postérieures à cet arrêt : la logique hiérarchique judiciaire française fait que l'arrêt *Expedia* fixe l'état du droit applicable en France, sauf revirement de jurisprudence ou modification législative postérieures ; peu important aussi les controverses doctrinales qui s'interrogent sur l'opportunité de retenir cette solution²⁷ : **le droit positif français de l'autorité internationale de ces règles est qu'elles sont considérées comme des lois de police.** Elles ont donc vocation à s'appliquer indépendamment de toute technique de résolution des conflits de loi pour s'appliquer, impérativement, au titre de l'article 9 du Règlement Rome I.

Sans vouloir s'immiscer dans la technicité du droit international privé suisse, il en résulte *a priori* que ces règles constituent des « dispositions impératives » au sens de l'article 19 de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé.

En droit français, la question de l'application d'une loi de police étrangère ne pose plus de difficulté : la question est celle de savoir si le juge français dispose de l'alternative visant à réaliser les objectifs d'intérêt général de l'Etat, auteur étranger, de la loi de police soit, au contraire, de les contrarier. Le droit français préfère la première solution, sauf à, d'une part, et d'un point de vue probatoire, que la réalité de la loi de police étrangère soit établie et d'autre part que cette application ne soit pas contraire à l'ordre public international interne. Par exemple, une loi de police étrangère qui imposerait l'application d'un contrat anticoncurrentiel ne pourrait être appliquée en France : il est logique et même nécessaire qu'un droit interne privilégie ses propres objectifs d'intérêt général. Le premier cas d'application d'une loi police étrangère en France concernait d'ailleurs une question contractuelle²⁸ et le développement jurisprudentiel concerne principalement des cas de protection d'intérêts catégoriels, les journalistes, les consommateurs, le sous-traitant par exemple, au rang desquels le distributeur pourrait être compté, ce quand bien même l'article 9§3 du Règlement Rome I ? dans sa nouvelle version, limite leur application à la protection des « intérêts publics cruciaux ».

A l'inverse donc, et le riche droit international privé suisse n'est guère éloigné des conceptions françaises, le juge suisse doit tenir compte des lois de police étrangères, notamment celle en débat dans cette étude, dont la réalité est ici établie et qui ne semble pas heurter quelque règle suisse relevant de la conception suisse de l'ordre public international, tout en validant les impératifs d'intérêt général français. L'auteur de cette étude doit avouer n'avoir pas d'exemples jurisprudentiels étrangers à faire

²⁷ Cf. not. M. Béhar-Touchais, « L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qualifié de loi de police par la Cour de cassation », note sous Cass. com., 8 juill. 2020, préc.

²⁸ Cass.com., 16 mars 2010, n°08-21.511, *Moller Maersk*, D. 2010, p. 2323, obs. S. Bollée.

valoir, d'une part parce que les lois de police françaises sont souvent assez convergentes des lois de police étrangères et parce que le développement des lois de police est, par ailleurs, assez récent, enfin parce qu'il n'existe pas de système de recensement des décisions qui auraient pu être rendues en ce sens.

Il résulte en outre de l'arrêt *Expedia* une portée, pour l'instant potentielle, plus large que la considération du caractère de loi de police des seuls articles L. 442-6, I, 2° et L. 442-6, II, d du Code de commerce, objets du pourvoi en cassation.

Ces deux textes sont en effet indissociables de l'ensemble plus vaste, et homogène que constituait l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce. A bien des égards d'ailleurs, de tous les mécanismes de l'article L. 442-6, I, le 5°, concernant la rupture brutale des relations commerciales établies, et la protection qu'elle accorde au distributeur français victime d'une telle rupture, est, de loin plus important, notamment au nombre de cas invoqués en justice.

Par conséquent, on peut considérer que la solution retenue dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 janvier 2019, en ce qu'elle s'applique à ce texte et qu'elle est parfaitement conforme à la solution de l'arrêt *Expedia*.

24. OPINION JURIDIQUE :

LE DROIT POSITIF FRANÇAIS DE L'AUTORITE INTERNATIONALE DES ARTICLES L. 442-6, I, 2° ET L. L442-6, II, D), DEVENUS DEPUIS 2019 L. 442-1, I, 2° ET L. 442-3, B) DU CODE DE COMMERCE EST QU'ELLES SONT CONSIDEREES COMME DES LOIS DE POLICE DEPUIS L'ARRET EXPEDIA DU 8 JUILLET 2020.

L'INTEGRITE DE L'ANCIEN ARTICLE L. 442-6 ET AUJOURD'HUI DES ARTICLES L. 442-1 A 442-4 (VOIRE DE L'ARTICLE L. 442-8) REND L'ENSEMBLE DE CES REGLES INDISSOCIABLES.

ELLES SONT EN EFFET, AU REGARD DE L'APPRECIATION FAITE PAR L'ARRET EXPEDIA, ENSEMBLE, DES DISPOSITIONS IMPERATIVES DONT LE RESPECT EST JUGE CRUCIAL POUR LA PRESERVATION D'UNE CERTAINE EGALITE DES ARMES ET LOYAUTE ENTRE PARTENAIRES ECONOMIQUES ET QUI S'AVERENT DONC INDISPENSABLES POUR L'ORGANISATION ECONOMIQUE ET SOCIALE DE LA FRANCE ON PEUT DONC CONSIDERER QUE, DU FAIT DE L'ARRET EXPEDIA, L'ANCIEN ARTICLE L. 442-6 DEvenu L. 442-1 A 442-4 DU CODE DE COMMERCE EST UNE LOI DE POLICE.

CETTE LOI DE POLICE FRANÇAISE DOIT DONC ETRE APPLIQUEE PAR LE JUGE SUISSE EN TANT QUE LOI DE POLICE ETRANGERE.

Montpellier, le 11 mai 2021

Daniel Mainguy