Relations commerciales : être établies ou ne pas l'être 134h3

Xavier HENRY
Avocat

Seule une « relation commerciale établie » est susceptible d'être soumise aux dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce qui impose l'octroi d'un préavis suffisant avant la rupture d'une telle relation. Il est donc très important de déterminer si une relation est « établie » au sens de ce texte. Or, les juridictions recourent souvent à une appréciation subjective et non objective pour déterminer si une relation est établie, ce qui entraîne une certaine incohérence de la jurisprudence.

1 Depuis son entrée en vigueur en 1996[1], l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce selon lequel celui qui entend mettre fin à une relation commerciale établie doit accorder un préavis écrit à son partenaire tenant compte notamment de la durée de la relation commerciale, n'a cessé de gagner en popularité. Rares sont les procédures en cessation des relations dans lesquelles ce texte n'est pas invoqué.

2 La jurisprudence a parfois appliqué à ce texte de responsabilité civile, des principes spécifiques. Elle a ainsi jugé par exemple que la démonstration d'un préjudice pour obtenir une indemnisation n'était pas nécessaire[2], ou a refusé de faire application des clauses résolutoires contractuelles permettant de mettre fin sans préavis aux relations[3].

3 Pour autant, la jurisprudence ne s'est jamais affranchie de la condition de départ posée par le texte, selon laquelle l'article L. 442-6, I, 5° n'est applicable que si la relation commerciale est « établie ». Si celle-ci n'est pas établie, il n'y a pas à tenir compte notamment de la durée des relations pour fixer la durée du préavis pour mettre fin auxdites relations. Il suffira d'appliquer le préavis contractuellement prévu pour mettre fin au contrat à durée indéterminée et, si aucun préavis n'est stipulé, la durée du préavis devra être fixée conformément aux usages du secteur d'activité en cause.

4 En conséquence, pour appliquer ou non le texte, les juridictions vérifient l'existence d'une « relation commerciale établie », ce qui pose la question de la définition de celle-ci. *A priori*, cette définition ne devrait pas faire difficulté car dans le langage commun, les termes « relation établie » impliquent une certaine ancienneté et continuité, voire une paisibilité de la relation commerciale.

5 Cependant, l'examen de la jurisprudence montre qu'il est parfois bien difficile de tracer la frontière entre des relations « établies » entrant donc dans le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5°, et des relations qui ne le sont pas échappant ainsi à l'obligation d'un préavis conforme au texte. Cette difficulté tient notamment à l'appréciation subjective du caractère établi de la relation fréquemment faite par les juridictions. Or, l'appréciation du caractère établi des relations devrait être objective (**I**), ce qui permettrait de donner davantage de cohérence aux décisions rendues (**II**).

I. L'appréciation du caractère établi des relations doit être objective et non subjective

6 Pour apprécier si des relations commerciales sont établies, les juridictions se mettent souvent à la place de celui qui subit la rupture, s'interrogeant sur le point de savoir s'il pouvait s'y attendre[4].

7 Les arrêts récents de la cour d'appel de Paris s'inscrivent dans cette même veine, dévoilant la méthode pour apprécier le caractère établi des relations. Selon la Cour, il faut que soit démontré le « caractère suffisamment prolongé, régulier, significatif et stable du courant d'affaires existant entre les parties pour laisser augurer la poursuite des relations commerciales. C'est à l'aune de ce test de la croyance légitime à la pérennité des relations du partenaire qui se prétend évincé qu'il convient d'apprécier si la relation était ou non « établie » au sens de l'article L. 442-6, I, 5° »[5] ou encore : « La relation commerciale, pour être établie au sens de ces dispositions, doit présenter un caractère suivi, stable et habituel. Le critère de la stabilité s'entend de la stabilité prévisible, de sorte que la victime de la rupture devait pouvoir raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine

1) Il a été introduit par la loi n° 96-588 du 1er juillet 1996 à l'article 36, de l'ordonnance n° 86-1243, du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

2) Cass. com., 20 mai 2014, n° 13-16398 – Cass. com., 3 févr. 2015, nos 13-24592 et n° 13-25496 – Cass. com., 4 oct. 2016, n° 15-14205 – Cass. com., 1er mars 2017, n° 15-12785 – Cass. com., 5 juill. 2017, n° 16-14201.

3) Cass. com., 9 juill. 2013, n° 12-21001.

4) Cass. com., 2 nov. 2011, n° 10-26656 – V. égal. Cass. com., 13 nov. 2013, n° 12-25361 – Cass. com., 23 juin 2015, n° 14-14687 – Cass. com., 7 juill. 2015, n° 14-17657 – Cass. com., 12 avr. 2016, n° 13-27712.

5) CA Paris, 5-4, 18 janv. 2017, n° 14/08437.

continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial »[6].

8 Le caractère établi de la relation se déduirait donc de la croyance légitime en la poursuite des relations. Une telle motivation n'est pas particulièrement originale car elle était déjà utilisée pour caractériser une résiliation abusive. En effet, pour un certain courant jurisprudentiel et doctrinal, nonobstant le droit dans une relation à durée indéterminée d'y mettre fin à tout moment moyennant le respect d'un préavis, la résiliation était abusive si certains faits donnaient à penser que la relation allait se poursuivre[7].

9 Cette motivation n'emporte pas pour autant la conviction. En effet, soit la croyance en la poursuite des relations résulte du caractère prolongé et régulier de la relation, alors la référence à ladite croyance est redondante, soit celle-ci est un critère en soi permettant de déterminer si les relations sont établies, et un tel critère est alors contestable.

10 La relation établie est une situation objective qui se constate donc objectivement (caractère régulier, durée de la relation...), et il n'est nul besoin pour qualifier les relations d'établies de prendre en compte le point de vue de celui qui subit la rupture, point de vue qui n'est pas forcément celui de la partie qui met fin à la relation. Ce point de vue subjectif permet en réalité de qualifier d'établies des relations alors qu'une telle qualification est loin d'être évidente.

11 L'exemple caractéristique est celui des relations qui sont régies par une succession de contrats à durée déterminée renouvelés par tacite reconduction ou non. La Cour de cassation a pu en effet juger que lorsque « chaque contrat indiquait sa date de prise et de fin d'effet, sa durée, limitée à une année, et excluait toute tacite reconduction, (...) [que cependant] un nouveau contrat était conclu entre les parties dès la cessation du précédent, sans difficulté depuis six ans, et (que...) compte tenu de leurs pratiques antérieures, du chiffre d'affaires significatif et exclusif généré par la relation, la société X pouvait légitimement s'attendre à la signature d'un nouveau contrat à l'échéance du précédent (...) »[8].

12 Cette conclusion est discutable : des relations fondées sur une succession de contrats à durée déterminée peuvent en effet apparaître au contraire précaires car cette situation traduit nécessairement pour l'une des parties au moins la volonté de ne pas s'inscrire dans une relation établie. Des relations dont l'échéance est connue, et ce même si les parties peuvent convenir de la reporter, sont bien fragiles.

13 Il semble plus juste de considérer au contraire que « la progression des relations commerciales (...) [passées,] d'une collaboration sans contrat écrit [à] la signature d'un contrat à durée indéterminée, [puis] à une chaîne ininterrompue de contrats à durée déterminée (...), le dernier d'une durée de deux ans (...) étant non renouvelable par tacite reconduction, (...) la société X ne pouvait ignorer que ce contrat, à l'échéance, était susceptible soit de faire l'objet d'une nouvelle négociation, soit de ne pas être renouvelé »[9]. Le constat est ici objectif et il n'est nul besoin de prendre en compte le point de vue de la victime de la rupture qui aurait pu conduire à une conclusion contraire.

14 D'ailleurs, il est admis qu'un contrat à durée déterminée qui ne prévoit pas de tacite reconduction et qui n'est pas renouvelé, qualifie une relation commerciale non établie, le terme des relations convenues entre les parties étant connu dès l'origine[10]. Ces relations ne pourraient donc devenir établies au seul motif que le contrat serait renouvelé alors que le terme des relations n'est que reporté ou par l'effet de la croyance légitime en la pérennisation des relations. À tout le moins, en présence de contrats à durée déterminée successifs, l'analyse doit-elle prendre en compte, pour déterminer si de telles relations sont établies, une durée longue des relations, propre à compenser la durée déterminée des relations ainsi que de surcroît le fait qu'elles n'ont pas connu d'évènements les rendant précaires autres que le terme prévu[11].

15 Le fait que le terme soit connu est un élément déterminant pour faire la distinction entre les relations commerciales établies et celles qui ne le sont pas. C'est d'ailleurs l'absence de terme connu qui explique que des relations à durée indéterminée d'une certaine durée soient considérées comme établies bien que le fait que chacune des parties puisse y mettre un terme à tout moment moyennant le respect du préavis contractuel aurait pu conduire à les qualifier de précaires.

16 En revanche, la cour d'appel de Paris a récemment rappelé que le caractère établi de la

6) CA Paris, 5-5, 23 mars 2017, n° 15/19284 – V. égal. CA Paris, 5-11, 28 avr. 2017, n° 14/05138 – CA Paris, 5-4, 10 mai 2017, n° 14/15261 – CA Paris, 5-4, 20 déc. 2017, n° 16/07239 – CA Paris, 5-5, 1er févr. 2018, n° 15/13726 – CA Paris, 5-4, 7 févr. 2018, n° 16/00541.

7) Cass. com., 5 avr. 1994, n° 92-17278 – Cass. com., 29 janv. 2002, n° 00-11433 : Mazeaud D., D. 1995, p. 90.

8) Cass. com., 23 juin 2015, n° 14-14687.

9) Cass. com., 20 nov. 2012, n° 11-22660.

10) CA Caen, 23 avr. 2009, n° 07/03653 – CA Paris, 5-4, 20 sept. 2017, n° 14/21611 – CA Paris, 5-4, 10 janv. 2018, n° 15/02432.

11) V. par ex. CA Paris, 5-5, 14 déc. 2017, n° 16/04578 (contrats annuels renouvelés depuis 1989 « sans précarité »).

relation n'était pas incompatible avec des relations seulement ponctuelles, car une relation établie « n'est conditionnée ni par l'existence d'un échange permanent et continu entre les parties, ni par la conclusion d'un accord cadre, une succession de contrats ponctuels étant suffisante (...) »[12]. Ainsi, une succession de contrats ponctuels instantanés (fourniture ou achat de produits ou de prestations) à des intervalles réguliers sans terme fixé, peut caractériser une relation commerciale établie. C'est ainsi davantage la régularité de la relation que son intensité qui permet de la qualifier d'établie. La solution n'est pas nouvelle[13].

17 Pour déterminer si les relations sont établies au sens de l'article L. 442-6, I, 5°, il convient donc d'abord de s'en tenir à l'examen d'éléments objectifs (durée et régularité de la relation), même s'ils sont soumis à l'interprétation des juridictions compétentes, notamment s'agissant de la durée de la relation[14]. Ensuite, il doit être vérifié qu'aucun élément objectif ne précarise la relation, soit dès l'origine, soit en cours de relation (par exemple, en cas de doutes d'une partie quant à la poursuite des relations commerciales du fait du lancement d'un appel d'offres, de la mise en garde de l'une des parties quant à la qualité de la relation[15]...).

18 C'est ainsi que, bien que régulières, des commandes précédées d'une consultation afin de remettre les meilleures conditions de prix et de délai pour la fourniture de la prestation, ne peuvent constituer une relation commerciale établie car « ce mécanisme d'attribution d'une commande est exclusif de toute relation stable », et ce même si le plaignant « était choisi durant plusieurs années »[16]. De même a-t-il pu être jugé, à propos de l'envoi d'un courriel de mécontentement adressé par l'une des parties à l'autre partie, que le destinataire « ne pouvait plus avoir l'assurance de la poursuite aux conditions antérieures du contrat »[17].

19 Une analyse objective de la relation est donc suffisante pour apprécier son caractère établi, sans avoir besoin de recourir à une appréciation subjective consistant à imaginer ce que la victime de la rupture a pu croire quant à la poursuite de la relation. Une telle analyse permettrait en outre une meilleure cohérence des décisions rendues.

II. L'appréciation objective du caractère établi des relations permettrait de rendre plus cohérentes les décisions rendues

20 Les juridictions ont parfois qualifié, au cours des mois écoulés, des relations de non établies, pour des motifs discutables, ou au contraire ont jugé établies des relations qui ne paraissaient pas devoir l'être.

21 Ainsi, des relations n'ont pas été qualifiées d'établies pour des motifs discutables :

- les relations ne peuvent être établies en raison de la nature même des produits développés comme des « parfums et palettes de maquillage commercialisés sous des appellations empruntant à des programmes de télévision (...) [qui] ne se prêtent pas à la reconduction systématique et pérenne des achats auprès des fournisseurs »[18]. La même analyse a pu être faite pour la production audiovisuelle parce qu'il existait une « précarité de la collaboration inhérente à toute production audiovisuelle »[19].

L'affirmation est trop générale car elle donne à penser que des activités par nature échapperaient à l'article L. 442-6, I, 5° alors que, par exemple, une agence de communication peut avoir des relations commerciales établies avec ses clients dès lors qu'ils font régulièrement appel à elle et que leurs relations ont une certaine durée, alors même qu'elles sont fondées sur des missions ponctuelles.

- les relations ne sont pas établies lorsque le plaignant n'est pas le prestataire unique du client et que les différentes missions qui lui avaient été « confiées n'étaient pas assorties d'une garantie de pérennité »[20] ou lorsque aucune clause d'exclusivité ne figurait dans le contrat et qu'aucune exclusivité de fait n'était démontrée[21], ou encore lorsqu'elles reposaient sur « la conclusion d'accords de sous-traitance ponctuels entre les deux parties, qui ne s'inscrivait dans aucun accord-cadre, et sans qu'aucune

12) CA Paris, 5-11, 27 janv. 2017, n° 15/00007 – V. égal. CA Paris, 5-11, 3 févr. 2017, n° 15/00539 – CA Paris, 5-4, 24 mai 2017, n° 14/22435.

13) Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-16422.

14) Il a pu être jugé à la fois que des relations qui n'ont duré qu'un an et demi n'étaient pas établies (CA Paris, 5-4, 4 janv. 2017, n° 14/12979) et que celles de moins de 20 mois l'étaient (Cass. com., 22 oct. 2013, n° 12-19500) – V. égal. CA Paris, 5-11, 11 janv. 2018, n° 16/03045 (une relation de 14 mois est établie).

15) CA Paris, 5-4, 10 janv. 2018, n° 15/17379.

16) Cass. com., 18 oct. 2017, n° 16-15138.

17) CA Paris, 5-5, 9 mars 2017, n° 15/16876.

18) CA Paris, 5-4, 18 janv. 2017, n° 14/08437 – V. égal.CA Paris, 5-10, 9 janv. 2017, n° 15/15438, à propos de prestations de communication ne permettant pas la stabilité et la régularité des relations.

19) CA Paris, 5-11, 12 juin 2015, n° 13/00396 – V. cependant, en sens contraire, Cass. com., 25 sept. 2012, n^{os} 11-24425 et 11-24627 – CA Paris, 5-11, 28 oct. 2016, n° 14/13658.

20) CA Paris, 5-10, 9 janv. 2017, n° 15/15438.

21) CA Paris, 5-5, 2 mars 2017, n° 15/15661.

exclusivité n'ait été accordée au sous-traitant ou aucun chiffre d'affaires garanti (...) »[22].

L'exclusion de l'application de l'article L. 442-6, I, 5° en raison de l'absence d'exclusivité au bénéfice de la victime de la rupture surprend. En effet, nonobstant l'absence de toute exclusivité, une relation commerciale peut néanmoins être établie si les critères objectifs sont remplis[23].

22 En revanche, il paraît fondé de considérer que des relations ne sont effectivement pas établies :

- lorsque, à la suite de la résiliation du contrat fondant les relations, celles-ci se poursuivent pendant des négociations en vue de trouver un nouvel accord, « le caractère provisoire de ces relations les (faisant) nécessairement échapper à l'application de l'article L. 442-6 I, 5° (...) »[24]. En effet, une fois le contrat terminé, la négociation en vue de poursuivre des relations peut ne pas aboutir, ce qui rend objectivement les relations précaires ;
- lorsque les relations sont fondées sur un contrat à durée déterminée d'une durée de 5 ans, renouvelable par tacite reconduction pour des périodes d'une année, dans la limite de cinq renouvellements[25], ou sur un contrat à durée déterminée de 10 ans, en l'absence de tout renouvellement ou prolongation du contrat[26]. En effet, même si les relations ont suffisamment duré et ont été régulières, le terme des relations est connu dès la conclusion du contrat, de sorte qu'il s'agit d'un élément objectif rendant les relations précaires.

23 De même qu'il arrive que des relations ne soient pas qualifiées d'établies pour des raisons contestables, il arrive également que des relations soient qualifiées d'établies alors qu'il n'est pas évident qu'elles le soient. Ainsi, il a été jugé que :

- les relations étaient établies bien que nouées après appels d'offres car ces derniers matérialisaient les commandes de travaux, tendaient à une gestion normale des relations s'intégrant dans un processus de stabilité de la relation[27], ou encore parce que « le contexte contractuel entre les parties, leurs relations commerciales depuis 2005 et ce jusqu'en 2013, le volume annuel croissant des commandes (...) suffisent à caractériser les relations commerciales établies (...) »[28].

Cependant, même si la victime de la rupture peut systématiquement remporter les appels d'offres successifs, il n'en demeure pas moins que les relations apparaissent objectivement précaires du fait desdits appels d'offres.

- les relations étaient établies même en cas de « renégociation annuelle des tarifs (qui) ne s'oppose pas à la qualification de relations commerciales établies, dès lors qu'elle s'inscrit dans une volonté de continuité de celles-ci, démontrée par la persistance d'un flux régulier d'affaires »[29].

Cette décision est particulièrement importante. En effet, la question se pose de savoir si l'article L. 441-7 du Code de commerce n'a pas rendu précaires les relations fournisseurs / distributeurs. En effet, selon ce texte, chaque année ou tous les 2 ou 3 ans, les parties sont tenues, dès lors que les achats sont effectués sur le fondement de conditions dérogatoires aux conditions générales de vente du fournisseur, de négocier une convention unique stipulant les conditions de vente des produits ou des prestations de service pour la période en cause (remises, ristournes, prestations de services).

Le fait de devoir discuter d'éléments aussi importants pour la relation commerciale la précarise nécessairement, car les parties ne sont pas assurées qu'elles trouveront un accord. La motivation de la cour d'appel de Paris dans l'affaire précitée n'est donc pas satisfaisante, car la « volonté de continuité » qu'elle met en avant est insuffisante pour qualifier les relations d'établies. Il s'agit d'une appréciation subjective.

D'ailleurs, en cas d'échec de la négociation commerciale, il est impossible de donner un préavis car quelles conditions commerciales appliquer pendant le préavis ? En effet, celles qui liaient les parties ont pris fin puisque la convention unique est à durée déterminée sans tacite reconduction. Ne faut-il donc pas plutôt considérer que la relation a pris fin avec l'échec des négociations et que cette rupture n'est pas brutale parce que les parties n'avaient aucune assurance de trouver un accord ?

24 En revanche, les relations apparaissaient établies dans les cas suivants :

- quand les « livraisons portaient sur des quantités variables [mais que] les chiffres d'affaires communiqués depuis 2010 démontrent que la relation commerciale revêtait un carac-

22) CA Paris, 5-4, 3 mai 2017, n° 15/04103.

23) CA Paris, 2-2, 14 déc. 2017, n° 15/22285.

24) CA Paris, 5-4, 15 mars 2017, n° 14/21039 – V. égal. CA Paris, 5-4, 10 janv. 2018, n° 15/02432.

25) CA Paris, 5-4, 5 juill. 2017, n° 17/08074.

26) CA Paris, 5-4, 20 sept. 2017, n° 14/21611.

27) CA Paris, 5-11, 5 mai 2017, n° 15/13369.

28) CA Paris, 5-4, 11 oct. 2017, n° 15/22585.

29) CA Paris, 5-4, 11 oct. 2017, n° 15/03995.

tère suivi, stable et habituel »[30]. Le fait que la relation soit quelque peu inconstante n'est pas suffisant pour remettre effectivement en cause son caractère établi lorsque celle-ci a duré et est régulière ;

- lorsque la reconduction systématique pendant 17 ans d'un droit d'entrée à un salon professionnel laissait « présager une pérennité dans son admission à la manifestation »[31]. Même si cet arrêt tel qu'il est rédigé paraît apprécier de manière subjective le caractère établi de la relation, celle-ci apparaît bien suffisamment longue et régulière pour être qualifiée d'établie.

25 Si une grille d'analyse objective (durée, régularité et absence d'éléments objectifs précarisant les relations) était appliquée pour qualifier les relations commerciales d'établies ou non au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, cela réduirait sans doute le champ d'application de ce texte, avec pour effet que des relations qui ont pu être considérées comme établies en raison de la croyance par la victime de la rupture en la poursuite des relations, ne le seraient plus. Cela permettrait cependant de clarifier davantage la situation des parties. Toute incertitude ne serait pas levée pour autant car les juridictions auraient toujours à apprécier par exemple si la durée ou la régularité des relations sont suffisantes pour savoir si les relations sont établies.

30) CA Paris, 5-11, 10 févr. 2017, n° 15/01381.

31) CA Paris, 5-11, 3 févr. 2017, n° 15/00539.