

RLDA 7084

Précarité et continuité : les aventures indécises d'une relation commerciale

Les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce demeurent applicables même en cas de recours à une mise en concurrence ou à une procédure dite d'appel d'offres.



Eric GAFTARNIK
Avocat associé,
Gaftarnik Levi Le
Douarin

Une relation contractuelle encadrée par des appels d'offres ne saurait caractériser une relation commerciale établie au sens de l'article L. 442-6 I 5° (ancien) du code de commerce. Peu importe la durée de la relation commerciale ou la reconduction régulière de l'entreprise sortante, l'organisation systématique d'appels d'offres rend celle-ci précaire et instable : telle est la thèse couramment admise.

Et, en effet, selon la jurisprudence dominante, une relation commerciale établie sur la base d'appels d'offres systématiques et réguliers est par nature précaire⁽¹⁾.

La Cour de cassation a statué en ce sens dans un arrêt du 18 octobre 2017⁽²⁾, dans une espèce où – durant six années – les commandes passées à un sous-traitant ne caractérisaient pas selon elle une relation commerciale établie, car elles étaient systématiquement précédées d'une consultation.

Pour la haute juridiction, le critère de stabilité de la relation n'était en conséquence pas rempli : « *ce mécanisme d'attribution d'une commande est exclusif de toute relation stable, dès lors qu'un concurrent soumis à la même demande pouvait être choisi et, qu'au lieu de stabiliser les relations commerciales, un tel mécanisme en consacrait au contraire la précarité* », étant observé que « *la circonstance que [le sous-traitant] ait été choisi durant plusieurs années n'est pas*

de nature à elle seule à démontrer la stabilité de la relation commerciale ».

Cette jurisprudence s'inscrivait dans la continuité, la Cour de cassation avait en effet déjà jugé que le recours à la procédure d'appel d'offres manifestait l'intention de ne pas poursuivre les relations commerciales dans les conditions antérieures et faisait courir le délai de préavis⁽³⁾, et que la relation ne pouvait avoir un caractère stable lorsque chaque nouveau contrat était systématiquement précédé d'un appel d'offres aux motifs que cette mise en compétition privait la relation commerciale de toute permanence garantie et plaçait le co-contractant dans une situation de précarité des relations commerciales lui interdisant d'invoquer la rupture brutale d'une relation établie⁽⁴⁾.

Certes, la lecture de la jurisprudence faisait également apparaître que le recours à un appel d'offres doit être « régulier ». Autrement dit, un seul appel d'offres ne permet pas d'exclure une rupture brutale de la relation commerciale établie. De plus, la Cour de cassation rappelle utilement que la notification d'un appel d'offres – si elle peut valablement valoir préavis au sens de l'article L. 442-6 – doit, à l'instar de tout autre préavis, être réalisée par écrit⁽⁵⁾.

Mais, sous ces deux réserves, et pour la plupart des commentateurs, l'arrêt rendu le 18 octobre 2017 par la Cour de cassation fixait clairement la jurisprudence et sonnait le glas de la position plus mesurée de certaines juridictions d'appel qui persistaient

(1) CA Paris, 29 janv. 2016, n° 14/22162 ; CA Paris, 7 avr. 2016, n° 14/09847 ; CA Paris, 7 oct. 2016, n° 13/19175 ; et CA Paris, 5 juill. 2017, n° 17/08926.

(2) Cass. com., 18 oct. 2020, n° 16-15.138.

(3) Cass.com, 18 déc. 2007, n° 05-15970.

(4) CA Paris, 7 sept. 2016, n° 14/06517.

(5) Cass.com, 14 févr. 2018, n° 16-24.667.

à considérer que les procédures d'appel d'offres ne précarisent pas la relation lorsqu'elles n'entraînent aucune rupture de continuité dans les commandes faites au prestataire pendant plusieurs années⁽⁶⁾.

La remise en question de la position de la Cour de cassation par les juridictions du fond

Les choses ne sont peut-être pas aussi simples, ni définitives.

Dans un arrêt récent du 25 juin 2020 la cinquième chambre de la cour d'appel de Paris⁽⁷⁾ a en effet jugé que « le recours à une procédure de consultation, en 2006, et 2011 n'a pu rendre précaire cette relation établie dès lors qu'à la suite de ces deux consultations, la société X a été sélectionnée et que la société Y n'a jamais avisé sa partenaire de son souhait de recourir de manière systématique à une mise en concurrence. Ainsi, au moment de l'annonce de la fin des relations le 19 juin 2014, la société X n'avait aucune raison de douter de la pérennité des relations, le simple recours à une mise en concurrence n'étant pas suffisant pour annuler le caractère établi desdites relations commerciales. Les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce sont donc applicables ».

La cour relève également, et la précision est d'importance, que « au moment de l'annonce de la fin des relations le 19 juin 2014, la société Star's Service n'avait aucune raison de douter de la pérennité des relations, le simple recours à une mise en concurrence n'étant pas suffisant pour annuler le caractère établi desdites relations commerciales ».

La question reste donc posée : le recours à une procédure d'appel d'offres permet-il d'exclure le caractère établi de la relation commerciale ?

Rappelons tout d'abord que la rupture d'une relation commerciale à durée indéterminée n'est pas répréhensible en soi ; elle ne devient fautive que lorsqu'elle est brutale. La brutalité est caractérisée par le fait de ne pas accorder à son partenaire un préavis écrit raisonnable au regard de cette relation, privant le partenaire de la possibilité de réorganiser sereinement la poursuite de son activité. Pour échapper à la qualification de rupture brutale des relations commerciales établies, il convient en conséquence qu'un préavis écrit suffisant soit adressé au partenaire commercial.

Appliquons ensuite ces principes à l'hypothèse d'une rupture de relations commerciales consécutive à une mise

en concurrence ou à un appel d'offres : deux thèses sont concevables et s'opposent.

Pour la première, la mise en compétition d'entreprises concurrentes prive les relations commerciales de toute garantie de maintien et les place dans une situation de précarité, ne permettant pas à l'entreprise évincée de considérer que ces relations avec son client avaient un avenir certain dès lors que la procédure d'appel d'offres comporte par essence, pour celui qui s'y soumet, un aléa.

Pour la seconde, comme rappelé ci-dessus, les procédures d'appel d'offres ne précarisent pas la relation lorsqu'elles n'entraînent aucune rupture de continuité dans les commandes faites au prestataire pendant plusieurs années.

La conciliation de ces deux positions antinomiques s'opère autour de la notion de croyance légitime : il appartient au juge du fond de procéder à une double interprétation de la relation commerciale : à la fois **objective** en appréciant sa stabilité, et **subjective** en mesurant le caractère légitime de la croyance du partenaire évincé dans la poursuite des relations contractuelles.

La notion déterminante de croyance légitime

C'est précisément ce que rappelle la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 25 juin 2020 : « La relation commerciale, pour être établie au sens des dispositions susvisées, doit présenter un caractère suivi, stable et habituel. Le critère de la stabilité s'entend de la stabilité prévisible, de sorte que la victime de la rupture devait pouvoir raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial ».

Cet arrêt marque donc un retour aux fondamentaux. L'existence d'une relation commerciale établie repose sur la conjugaison de deux critères : la stabilité de la relation et la croyance légitime en sa poursuite, indépendamment des modalités pratiques (mise en concurrence ou simple notification au partenaire commercial) ayant conduit à sa rupture.

Ce qui fait la différence entre une rupture brutale et une rupture licite, c'est uniquement la confiance créée dans l'esprit de la victime de la rupture d'une relation régulière et significative.

La brutalité de la rupture sera donc retenue chaque fois que pourra être rapportée la preuve d'une relation **stable, régulière et significative** entre partenaires économiques ayant permis à la victime de croire en l'avenir de la relation et donc en sa pérennité.

Certes, compte tenu à la fois de l'acception large de la notion de relation commerciale et du coûteux contentieux qui en découle, les acteurs économiques peuvent chercher à rendre précaire la relation commerciale pour éviter

(6) CA Paris, 19 déc. 2014, n° 12/09151 ; CA Paris, 5 févr. 2015, n° 13/12085 ; CA Paris, 4 sept. 2015, n° 15/04137.

(7) CA Paris, 25 juin 2020, n° 18/00121.

de tomber sous le coup du délit de rupture brutale de la relation commerciale établie, sévèrement sanctionné par les tribunaux.

Mais le caractère précaire de la relation commerciale ne peut résulter uniquement d'une succession de contrats à durée déterminée ou du recours à une procédure d'appel d'offres.

Il a été jugé que lorsqu'une succession de contrats ponctuels, qui durait depuis plus de vingt ans (contrats de sous-traitance indépendants successifs), créait une relation régulière, significative et stable entre les parties, elle caractérisait une relation commerciale établie même en l'absence d'accord-cadre⁽⁸⁾.

Dans une autre affaire, il a été reconnu que l'existence de relations commerciales établies pouvait résulter de contrats à durée déterminée successifs (même en présence d'une stipulation excluant leur reconduction tacite) si les circonstances de l'espèce établissaient que le partenaire pouvait légitimement s'attendre à la signature d'un nouveau contrat à l'échéance du précédent⁽⁹⁾.

Même en présence d'une succession de contrats ponctuels, les juges vont donc analyser la durée et l'intensité de la relation pour en déduire le caractère établi ou non de celle-ci.

Il en est de même en cas de recours à une procédure d'appel d'offres.

La cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 27 octobre 2011, a jugé que le recours à un appel d'offre ne suffit pas à exclure l'existence d'une relation commerciale établie⁽¹⁰⁾.

La cour d'appel de Paris a admis le caractère établi d'une relation commerciale alors même que le renouvellement des contrats était intervenu à l'issue d'une procédure de mise en concurrence⁽¹¹⁾.

La Cour de cassation avait défini, dans son rapport annuel pour 2008, la relation commerciale établie comme « une relation commerciale entre parties qui revêtait avant sa rupture un caractère stable, suivi et habituel, et où la partie victime de l'interruption pouvait raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial »⁽¹²⁾. Elle a précisé que « cette anticipation raisonnable peut être démontrée en s'appuyant sur l'existence d'un contrat dont l'échéance est postérieure à la date de la rupture ou sur une pratique passée dont la partie victime de la rupture pouvait inférer que sa relation commerciale s'instaurait dans la durée ».

C'est donc bien sur la légitimité de la croyance, de l'espérance de la victime en la pérennité de la relation commerciale que les juges prennent appui pour apprécier le caractère établi de la relation qui a été rompue. Et cette croyance s'infère elle-même de la régularité, du caractère significatif, et de la stabilité de la relation.

La cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 25 juin 2020, a fait une exacte application de ces principes en jugeant du caractère précaire ou établi de la relation en fonction de sa stabilité et de la croyance légitime du prestataire évincé en sa poursuite.

Sa décision est claire : l'appel d'offres n'écarte pas automatiquement le caractère établi d'une relation commerciale.

La réforme intervenue le 24 avril 2019⁽¹³⁾ ne devrait pas modifier cette analyse. Elle ne vise qu'à juguler les dérives constatées sur la durée, parfois excessive, des préavis accordés par les juges du fond, en instaurant un plafond de 18 mois indépendamment de la durée des relations commerciales établies et nonobstant l'existence d'une situation de dépendance économique entre l'auteur de la rupture brutale et sa victime.

Comme le souligne le rapport remis au Président de la République, « initialement conçu pour protéger les fournisseurs contre les déréférencements abusifs des distributeurs, assorti de préavis très brefs susceptibles d'empêcher toute reconversion », le dispositif a connu « une grande expansion qui a fait l'objet de critiques. L'interprétation jurisprudentielle du texte a conduit, selon les opérateurs économiques, à plusieurs dérives ».

Mais, en sens inverse, la précarisation fictive de relations commerciales établies par le recours à des mises en concurrence plus ou moins réelles, en réalité exclusivement destinées à créer l'apparence d'une instabilité de la relation alors même qu'elle perdurait sans discontinuité depuis de nombreuses années n'en était pas moins critique.

C'est ce que la cour d'appel prend soin de noter dans la décision commentée : « En l'espèce, la succession de contrats à durée déterminée, pour partie renouvelables tacitement, depuis 1999, pour les livraisons concernant les commandes sur le site Ooshop, et depuis 2007, pour les livraisons depuis les magasins, témoigne d'une relation stable entre les sociétés Star's Service et Carrefour Hypermarchés pendant de nombreuses années. Il convient en outre de relever l'intensité de cette relation puisqu'elle portait sur des flux de plusieurs dizaines de millions d'euros et représentait plus de 30 % du chiffre d'affaires de la société Star's service. Le recours à une procédure de consultation, en 2006, pour les livraisons de commandes depuis le site Ooshop puis,

(8) Cass.com, 20 mars 2012, n° 10-26220.

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

(10) CA Versailles, 27 oct. 2011, n° 10/04733.

(11) CA Paris, 30 mai 2013, n° 11/14423 ; CA Paris, 19 déc. 2014, n° 12/09151.

(12) Rapport annuel de la Cour de cassation, p. 306.

(13) Ord. n° 2019-359, 24 avr. 2019, JO 25 avr.

