

## LA DÉCISION DU MOIS

### L'infliction de deux amendes distinctes se justifie en cas de violation des obligations de notification et de suspension.

Le 18 décembre 2012, Marine Harvest acquiert 48,5 % du capital social de Morpol et annonce, par voie de communiqué, qu'elle acquerra, conformément à la législation norvégienne, le reliquat des titres par le biais d'une offre publique d'achat. Après avoir fait savoir à la Commission qu'elle n'exercerait pas ses droits de vote avant son autorisation, la prise de contrôle, notifiée le 9 août 2013, est autorisée sous réserve d'engagements de cession. La Commission ayant décidé d'ouvrir une procédure pour violation des obligations de notification et de suspension de l'opération, Marine Harvest est finalement condamnée à deux amendes d'un montant de 10 millions d'euro chacune. Par un arrêt en date du 26 octobre 2017 (LawLex201700001732JBJ), la condamnation est confirmée par le Tribunal de l'Union. Alors que Marine Harvest soutenait que la prise de contrôle de la cible résultait d'opérations « par lesquelles le contrôle, au sens de l'article 3, avait été acquis par l'intermédiaire de plusieurs vendeurs au moyen d'une série de transactions sur titres », ce qui lui permettait de déroger, en application de l'article 7, paragraphe 2, à l'obligation de suspension de la réalisation de l'opération avant son autorisation, le Tribunal, comme la Commission, a estimé que le contrôle exclusif de fait de Morpol découlait du seul achat de 48,5 % de ses actions, car dès la clôture de l'acquisition, Marine Harvest avait la quasi-certitude d'obtenir une majorité aux assemblées générales, compte tenu de sa participation et du taux de présence d'autres actionnaires aux précédentes assemblées générales.

La notion de contrôle au sens de l'article 3 du règlement résulte des droits qui confèrent la « possibilité » d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise car l'acquisition du contrôle au sens formel, et non son exercice effectif, constitue le seul élément déterminant. S'il est exact que le rachat total de la cible a eu lieu en plusieurs étapes et par l'intermédiaire de plusieurs vendeurs, le contrôle a été acquis au moyen d'une seule opération, à savoir une prise de participation au capital, et par un seul vendeur, il importe peu que les parts

restantes aient été achetées par le biais d'une offre publique d'achat. Devant la Cour de justice, Marine Harvest, devenue Mowi ASA, s'appuyait sur le considérant 20 du règlement 139-2004 qui prévoit de traiter comme une concentration unique des opérations étroitement liées en ce qu'elles font l'objet d'un lien conditionnel ou prennent la forme d'une série de transactions sur titres effectuées dans un délai raisonnablement bref, pour soutenir que l'opération n'avait pas été réalisée avant notification, en violation de l'obligation de suspension. Cependant, selon la Cour, la requérante ne saurait se fonder sur une lecture large du libellé du considérant 20, qui n'a pas une valeur juridique contraignante, pour étendre la portée de l'article 7, paragraphe 2, qui, s'il permet, dans certaines circonstances, la réalisation d'une offre publique d'achat avant sa notification et son autorisation par la Commission ne s'applique qu'aux opérations nécessaires pour parvenir à un changement de contrôle.

*L'existence d'une concentration unique ne saurait résulter d'opérations qui, bien qu'accessoire à la concentration ne présentent pas de lien fonctionnel direct avec la réalisation de celle-ci, telle qu'une offre publique lancée après l'acquisition du contrôle de l'entreprise cible.*

Mowi ASA contestait en outre l'infliction d'une double amende pour les mêmes faits en invoquant le principe *non bis in idem*. Mais la Cour rejette cette argumentation : le principe *non bis in idem* ne s'applique pas à une situation dans laquelle plusieurs sanctions sont imposées dans une seule et même décision, même si ces sanctions sont imposées pour les mêmes faits. La requérante soutenait également que le Tribunal aurait violé le principe régissant le concours d'infractions : la violation de l'obligation de suspension prévue à l'article 7, paragraphe 1, mériterait une seule sanction au motif que cette infraction, plus générale, couvrirait le manquement à l'obligation de notification imposée à l'article 4, paragraphe 1. Après avoir approuvé le constat du Tribunal selon lequel le législateur de l'Union n'a pas défini l'une de

ces deux infractions comme étant plus grave que l'autre et admis que si, comme le fait valoir la requérante, il n'est effectivement pas possible d'envisager une violation de l'article 4, paragraphe 1, indépendamment d'une violation de l'article 7, paragraphe 1, la Cour relève néanmoins que, dans la situation où une entreprise notifie une concentration avant sa réalisation, cette entreprise peut méconnaître l'article 7, paragraphe 1, en réalisant la concentration avant que la Commission ne la déclare compatible avec le marché intérieur. De plus, le règlement 139-2004 prévoit la possibilité d'infliger des amendes distinctes au titre de chacune de ces violations. Le non-respect de l'obligation de notification étant une infraction instantanée pour laquelle un délai de prescription de trois ans s'applique tandis que celui de l'obligation de suspension constitue une infraction continue qui trouve son point de départ au moment même où la première infraction est commise et pour laquelle le délai de prescription est de cinq ans, on ne peut admettre que la violation de l'obligation de suspension serait seule sanctionnable au motif qu'elle engloberait la première infraction, sans avantager indument, au vu des délais de prescription différents applicables pour la poursuite de ces deux infractions, l'entreprise qui violerait ces deux obligations, par rapport à celle qui ne violerait que l'obligation de suspension. L'infliction de deux amendes distinctes est dès lors justifiée et doit amener les entreprises à redoubler de jurisprudence dans le cadre de leurs opérations de concentration.

#### CONCENTRATIONS

Cour de justice de l'Union européenne  
4 mars 2020

LawLex20200000313JBJ



## La Cour de cassation précise le régime de la réparation en matière de concurrence déloyale.

Reprochant à la société Cristal de Paris de se désigner comme un « *haut lieu de la verre taillé en Lorraine* » et un « *spécialiste de la taille* » en présentant dans ses catalogues des produits en verre, en cristallin ou luxion mélangés à du cristal de façon à laisser croire que l'ensemble serait en cristal et « *made in France* », alors qu'ils sont fabriqués, taillés et polis en Chine et en Europe, la Cristallerie de Montbronn, spécialisée dans la création de produits d'arts de la table en cristal, a assigné cette dernière aux fins de cessation de ces pratiques et d'indemnisation son préjudice. Considérant que la société Cristal de Paris s'était rendue coupable de pratiques commerciales trompeuses, la Cour d'appel de Paris l'a condamnée à verser 300 000 euro en réparation de cette concurrence déloyale. Cette dernière a alors formé un pourvoi en cassation afin de contester l'évaluation du préjudice concurrentiel : la réparation du préjudice doit correspondre à ce dernier, sans qu'il puisse en résulter ni perte ni profit pour la victime, et ne saurait être fixée en considération du profit ou de l'économie réalisée par l'auteur du dommage, de sorte qu'en prenant en considération la différence de prix de revient entre les deux sociétés et donc l'économie réalisée par l'auteur de la prétendue pratique, en lieu et place de l'éventuel préjudice subi par la victime, la cour d'appel aurait violé l'article 1240 du Code civil.

Avant de statuer sur le préjudice de concurrence déloyale et d'en préciser l'évaluation de manière inédite par l'arrêt de principe ci-commenté, la Cour de cassation rappelle les fondements de la réparation civile : le principe de réparation intégrale selon lequel la responsabilité

civile vise « *à rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu, sans perte ni profit pour elle* », le pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond en matière de préjudice, qui ne sont tenus ni d'en préciser les divers éléments, ni de s'expliquer sur les critères d'évaluation retenus, et la prohibition de toute réparation forfaitaire, c'est-à-dire sans rapport avec l'étendue du préjudice subi. Revenant ensuite sur la spécificité du « *préjudice de concurrence déloyale* » et en particulier sur sa jurisprudence - constante rendue en la matière, chambre commerciale et civile confondues - selon laquelle il s'infère nécessairement un préjudice, fût-il seulement moral, d'un acte de concurrence déloyale, la Haute juridiction précise que cette présomption de préjudice, sans pour autant dispenser le demandeur de démontrer son étendue, répond à la nécessité de permettre aux juges une moindre exigence probatoire, lorsque le préjudice est particulièrement difficile à établir. Des actes de détournement de clientèle ou désorganisation d'un concurrent produisent des effets préjudiciables pouvant être assez aisément prouvés, car ils entraînent des conséquences économiques négatives pour la victime (manque à gagner, perte subie, perte de chance), mais il n'en va pas de même pour des pratiques qui consistent à parasiter les efforts et les investissements d'un concurrent, ou à s'affranchir d'une réglementation dont le respect a nécessairement un coût, car ces actes en permettant à leur auteur de s'épargner une dépense en principe obligatoire, lui procurent un avantage concurrentiel indu dont les

effets, en termes de trouble économique, sont difficiles à quantifier, sauf à engager des dépenses disproportionnées au regard des intérêts en jeu. En cas de parasitisme ou de non-respect de la réglementation, elle retient désormais qu'« *il y a lieu d'admettre que la réparation du préjudice peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents, modulé à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par ces actes* ». En l'espèce, en trompant le consommateur sur la composition, l'origine et les qualités substantielles des produits vendus, la société Cristal de Paris s'est assurée un avantage concurrentiel au préjudice de sa concurrente, sachant que la tromperie sur le « *made in France* » lui a permis d'obtenir des prix de revient beaucoup plus bas. Dès lors, c'est à bon droit que la cour d'appel a tenu compte de l'économie injustement réalisée par la société Cristal de Paris, modulée en fonction des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par ces agissements, pour évaluer l'indemnité à allouer à la société Cristallerie de Montbronn en réparation du préjudice que lui a causé le non-respect par sa concurrente de la réglementation.

### ACTION EN CONCURRENCE DÉLOYALE

Cour de cassation  
Chambre commerciale  
12 février 2020  
LawLex2020000207JBJ



## L'article 1171 du Code civil peut se substituer à l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce, lorsque ce fondement est irrecevable devant une juridiction non spécialisée.

Un restaurateur qui a souscrit en septembre 2017 un contrat de location financière cesse de régler ses échéances. Après vaine mise en demeure visant la clause résolutoire, l'organisme de financement l'assigne en paiement et obtient sa condamnation. En appel, le restaurateur dénonce le déséquilibre significatif créé par la clause résolutoire, au visa combiné des articles 1171 et L. 442-1, I, 2°. Avant de se prononcer, la cour d'appel de Lyon demande aux parties de s'expliquer sur la recevabilité devant elle des prétentions fondées sur l'article L. 442-1, à la suite de quoi le restaurateur renonce à ce fondement.

En l'occurrence, le contrat de location financière réserve la faculté de se prévaloir d'une résiliation de plein droit à la seule société de financement. Outre cette absence de réciprocité, la cour relève que cette prérogative peut être mise en œuvre non seulement pour défaut de règlement d'une ou plusieurs échéances, mais aussi dans des hypothèses qui ne correspondent pas à des manquements contractuels à proprement parler et qui n'affectent pas la capacité de l'emprunteur à rembourser son prêt (ex. : modi-

fication dans la structure du capital, fusion, scission, inexécution d'un contrat conclu avec une autre société du groupe de l'organisme...). La cour en conclut qu'une telle clause est déséquilibrée et doit par conséquent être réputée non écrite. La décision soulève de multiples interrogations.

En premier lieu, à aucun moment de son raisonnement, le juge n'a vérifié si le contrat en cause présentait les caractères d'un contrat d'adhésion, c'est-à-dire un contrat « *qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* », alors qu'il s'agit pourtant d'une condition d'application essentielle du texte (Comp., exigeant une telle appréciation, Douai, 12 juill. 2018, 18/00485 ; Besançon, 11 sept. 2019, 18/00983).

De plus, dans d'autres affaires relatives à des contrats de financement, l'absence de réciprocité de la clause résolutoire n'a pas été jugée source de déséquilibre du fait de la différence de nature des obligations des parties dans ce type de contrat. En effet, l'absence de droit de rompre au profit de l'emprunteur se justifie par le fait que l'obligation de

délivrance du bailleur est à exécution instantanée alors que celle du locataire de payer ses loyers est à exécution successive (V. not. Paris, 19 sept. 2014, LawLex20140000944JBJ)

En outre, la cour semble jeter l'anathème sur les clauses d'*intuitus personae* en général, au motif que les événements visés ne seraient pas de nature à affecter l'exécution de ses obligations par la partie concernée, en l'occurrence sa capacité de remboursement du prêt. Or, si un contrat de financement ne constitue certes pas toujours un contrat *intuitus personae*, il ne faudrait pas que le préjugé défavorable marqué par la cour s'étende à d'autres formes de contrats, comme les contrats de distribution, dans lesquels un fournisseur peut avoir un intérêt particulier à ce que le contrat soit confié à un distributeur déterminé plutôt qu'un autre qui serait tout aussi capable de l'exécuter.

### DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

Cour d'appel de Lyon  
27 février 2020  
LawLex2020000281JBJ





## L'Autorité de la concurrence a croqué la pomme : Apple condamné à 1,1 milliard d'euro pour entente de répartition de marché, prix imposés et abus de dépendance économique.

La décision fera doublement date. D'abord, jamais une entreprise individuelle ne s'était vu infliger un tel montant d'amende. Ses deux grossistes ont également écopé d'amendes de 62 et 76 millions d'euro, portant le total à 1,24 milliards d'euro. Ensuite, la sanction d'un abus de dépendance économique est extrêmement rare. L'affaire a pour origine la plainte déposée en 2012 par eBizcuss, revendeur spécialisé qui dénonçait son éviction graduelle du marché à la suite de l'ouverture, par la marque à la pomme, de ses propres magasins. De fait, l'enquête menée par l'Autorité de la concurrence (AdC) a révélé trois pratiques anticoncurrentielles.

### 1. Une entente de répartition de clients et de produits entre Apple et ses deux grossistes

Selon l'AdC, Apple s'est entendue avec ses deux grossistes pour ne pas se concurrencer et empêcher les distributeurs de faire jouer la concurrence entre eux. L'accord reposait sur un système rigide, accepté par les grossistes, d'allocation de quantités de produits livrables à chaque distributeur. Résultat : Apple a gelé la concurrence intramarque sur le marché de gros. La marque a limité les stocks des revendeurs et leur possibilité de faire jouer la concurrence entre les grossistes. Ces derniers, en principe indépendants, se voyaient dic-

ter leur politique d'approvisionnement et de revente, alors que pour certaines clientèles, ils pouvaient se trouver en concurrence avec Apple.

### 2. Une entente verticale de prix imposés

Apple a par ailleurs imposé ses prix de revente aux revendeurs spécialisés haut de gamme, les *Apple premium resellers* (APR) par la diffusion de prix « *conseillés* » sur des supports accessibles aux consommateurs ; des clauses relatives à l'usage de la marque qui leur imposaient l'utilisation des supports fournis par Apple lors des opérations promotionnelles, sous peine de résiliation immédiate du contrat ; une surveillance des prix accompagnée de mesures de représailles. Les relevés de prix effectués au cours de l'enquête ont ainsi établi que près de la moitié du marché de détail s'est aligné sur les prix pratiqués par les Apple Stores et le site de la marque.

### 3. Un abus de la dépendance économique des revendeurs indépendants premium

Selon l'AdC, la dépendance économique des APR procède d'un enchevêtrement complexe de clauses par lesquelles Apple leur impose de se consacrer quasi-exclusivement à ses produits et leur interdit, pendant toute la durée du contrat, et jusqu'à six mois après son terme, d'ouvrir un magasin

spécialisé dans la vente exclusive de produits concurrents sur l'ensemble du territoire européen. Mais elle résulte aussi de l'absence d'alternative possible, en raison du fort attachement de la clientèle à la marque. Quant à l'abus, il est caractérisé par des difficultés d'approvisionnement et un traitement discriminatoire des APR par rapport aux Apple Store et au site de la marque, tout particulièrement en période de lancement de nouveaux produits et en période de fêtes de fin d'année, qui ne s'expliquent pas par des ruptures de stock et par l'incertitude créée sur les conditions commerciales (remises et encours discrétionnaires). Selon l'AdC, ces pratiques ont permis à Apple de bénéficier d'une couverture nationale sans avoir à investir dans des magasins en propre et de concentrer l'implantation de ses Apple Store dans les zones les plus rentables.

Comme on s'en doutait, Apple a d'ores et déjà annoncé son intention d'interjeter appel.

#### PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Autorité de la concurrence

16 mars 2020

Communiqué de presse



## Un juge administratif parfaitement en phase avec l'Autorité de la concurrence.

Entre 1998 et 2005, une société de fourniture et de pose de matériels de signalisation routière verticale a été attributaire de cinq marchés publics lancés par le département de la Loire-Atlantique. Or, le 22 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence (AdC) a identifié une série d'ententes dans le secteur en cause et sanctionné la société (LawLex201000001481JBJ). Approuvée en appel (Paris, 29 mars 2012, LawLex20120000524JBJ), puis en cassation (Cass. com., 28 mai 2013, LawLex20130000870JBJ), la décision est devenue définitive. Par la suite, le département a saisi le juge des référés du tribunal administratif d'une demande de désignation d'expert, afin de quantifier le préjudice qu'il estimait avoir subi du fait du surcoût affectant les cinq marchés conclus avec la société. Le tribunal a fait droit à cette requête et l'expert désigné a conclu à l'existence d'un préjudice financier, qu'il évaluait à 5 millions d'euro. La société a demandé au tribunal d'annuler l'expertise. A titre reconventionnel, le département, a sollicité la condamnation de la société à la réparation de son dommage. Le tribunal administratif a rejeté la demande de la société et l'a condamné à verser 3 746 476 euro au département, en réparation de ses agissements dolosifs. La société demande à la cour administrative d'appel d'annuler le jugement, et le département, que la condamnation soit portée à cinq millions d'euros.

Dans le droit fil de la pratique administrative, la cour s'appuie intégralement sur la décision de condamnation de l'AdC pour retenir la faute de la société ainsi que le lien de causalité entre ses agissements dolosifs et le préjudice subi par le département (V. déjà, CAA Nantes, 2 févr. 2016, LawLex201600001676JBJ ; TA Caen, 6 avr. 2017, LawLex20170000693JBJ ; CAA Douai, 22 févr. 2018, LawLex20180000906JBJ).

Pour apprécier le préjudice du département, le tribunal, se fondant partiellement sur les conclusions expertales, s'était livré à une analyse contrefactuelle en deux temps. Dans un premier temps, il avait évalué l'excédent de marge dégagé par la société au cours de la période infractionnelle, après avoir analysé les marges avant et après l'entente, et en les comparant aux indices INSEE afin de définir des valeurs de référence, tant pour la partie de son chiffre d'affaires soumise au cartel que pour ses autres activités. Dans un deuxième temps, il avait examiné un échantillon des prix unitaires indiqués dans deux offres de la société pour des marchés conclus en 2004 et en 2008, soit pendant et après la période d'entente. Les résultats de la deuxième analyse avaient ensuite été confrontés à ceux de la première afin d'apprécier la cohérence des résultats obtenus. Le tribunal avait conclu à un surcoût de 24,75 % du montant des marchés passés, résultant des pratiques anticoncurrentielles de

la société.

La société a contesté cette analyse et fait valoir, notamment, que la part de son chiffre d'affaires total dédiée à l'activité de signalisation routière verticale n'était pas de 44 %, comme l'avait estimé le tribunal, mais de 78 % par référence aux écrits de l'économiste qu'elle a missionné. Mal lui en a pris. Ecartant à la fois les données soumises par l'entreprise et celles retenues par le tribunal, la cour décide de se fonder exclusivement sur celles issues de la décision de l'AdC, qui avait estimé que la part des produits de signalisation routière verticale dans le chiffre d'affaires réalisé par la société s'élevait à 40 % en moyenne sur la période litigieuse.

Le recalcul qui s'impose dès lors aboutit à un taux de marge de 35,435 %, dont il convient de déduire 8,21 %, correspondant à un taux de marge normal, de sorte que le taux de surcoût atteint en réalité 27,225 %. Appliqué aux montants cumulés des marchés concernés, la cour en conclut que le montant du préjudice du département s'élève à 4 121 124 et non aux 3 746 476 euro retenus par le tribunal.

#### ACTION EN RÉPARATION

Cour administrative d'appel de Nantes

6 mars 2020

LawLex20200000352JBJ





## Covid-19 et force majeure : une question apparemment simple, en réalité très complexe

Le 28 février 2020, à l'issue d'une réunion avec les partenaires sociaux au ministère du Travail, Bruno Le Maire, ministre de l'Économie, a déclaré que le coronavirus est désormais considéré comme « un cas de force majeure ». Qu'en est-il en réalité ? Toute entreprise peut-elle s'emparer de ce fondement pour échapper à toute obligation résultant de tout contrat en invoquant une impossibilité d'exécution liée à la pandémie actuelle ? En pratique, les choses sont plus complexes. Tout est affaire d'espèce et dépend notamment de la date et de la nature du contrat, du type d'obligation souscrit, des effets de la pandémie sur la faculté de remplir ses obligations, de la nature contractuelle ou délictuelle de la responsabilité invoquée et de la qualité du raisonnement juridique présenté en dernier recours aux tribunaux.

### 1. Que risque-t-on en droit positif si l'on n'exécute pas ses obligations en situation normale ?

L'article 1217 du Code civil applicable aux contrats conclus depuis le 1er octobre 2016 prévoit que « *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; obtenir une réduction du prix ; provoquer la résolution du contrat ; demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter* ».

### 2. Peut-on invoquer la force majeure pour échapper à sa responsabilité ?

L'ordonnance du 10 février 2016, applicable aux contrats conclus depuis le 1er octobre 2016, a codifié la jurisprudence sur la force majeure en la définissant de façon précise : « *Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur* » (Art. 1218 C. civ.). Elle a également précisé les conséquences de la force majeure dans les termes suivants : « *Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1* ».

### 3. Quelles sont les conditions de base à remplir pour pouvoir bénéficier de la force majeure ?

Pour qu'un événement soit caractérisé de force majeure, trois conditions cumulatives doivent être réunies.

**Imprévisibilité** : l'imprévisibilité de l'événement doit être entendue de manière raisonnable. La jurisprudence en décidait déjà ainsi avant la réforme,

presque tous les événements étant en fait prévisibles, y compris les pires catastrophes. La jurisprudence s'attache donc à des critères d'anormalité, de soudaineté et de rareté. Il faut donc distinguer entre les faits qu'une personne avisée aurait dû normalement prévoir et les autres. L'imprévisibilité s'apprécie lors de la conclusion du contrat, et non pas lors de l'accident comme en matière délictuelle.

**Irrésistibilité** : ce critère s'entend comme l'impossibilité d'éviter les effets de l'événement par des mesures appropriées, ou, autrement dit, comme l'impossibilité d'exécuter l'engagement souscrit. Le fait que l'exécution soit plus difficile que prévu ne suffit pas à constituer l'irrésistibilité. L'impossibilité d'exécution doit correspondre à un empêchement absolu, ce qui emporte exclusion d'une appréciation par rapport aux forces personnelles du débiteur. L'appréciation doit ainsi s'effectuer par rapport au standard de la personne raisonnable et au jour de la réalisation du dommage.

**Extériorité** : avant la réforme, deux arrêts d'Assemblée Plénière, en date du 14 avril 2006 (n° 02-11.168 et 04-18.902) ne semblaient plus exiger l'extériorité (Contra : Cass. 1re civ., 14 oct. 2010, n° 09-16.967) qui exige l'extériorité. La réforme du droit des obligations dissipe le doute puisque l'article 1218 exige « *un événement échappant au contrôle du débiteur* ». Ainsi, peut échapper au contrôle du débiteur aussi bien un événement qui lui est extérieur, qu'un événement qu'il fait naître lui-même indépendamment de sa volonté (par ex. une maladie). La condition d'extériorité est ainsi élargie. La référence au contrôle du débiteur permet donc de prendre en compte, à l'instar de la jurisprudence antérieure, des événements qui, sans être extérieurs au débiteur, échappent à sa sphère d'influence.

### 4. Une épidémie satisfait-elle nécessairement aux conditions de la force majeure ?

Par le passé, la jurisprudence française s'est souvent montrée réticente à admettre la qualification de force majeure pour une épidémie. Le caractère imprévisible et irrésistible a souvent été discuté. Ainsi, il a été considéré que l'épidémie de dengue était récurrente et donc prévisible (Nancy, 22 nov. 2010, n° 09/00003) ou que l'arrivée du virus H1N1 avait été largement annoncée avant même l'implémentation de réglementations sanitaires (Besançon, 8 janv. 2014, n° 12/02291). L'impossibilité d'exécuter n'a pas été reconnue par plusieurs décisions en ce qui concerne le virus Ebola, faute de démonstration d'une impossibilité d'exécuter en raison du virus (Paris, 29 mars 2016, n° 15/05607) ou de lien de causalité entre le virus et la baisse d'activité de l'entreprise (Paris, 17 mars 2016, n° 15/04263). S'agissant du coronavirus, le caractère extérieur lié à l'absence de contrôle de l'événement apparaît rempli. Pour les contrats conclus avant la

déclaration par l'OMS du COVID 19 urgence de santé publique de portée internationale le 30 janvier 2020, le caractère imprévisible devrait être établi. L'irrésistibilité devra en revanche faire l'objet d'une démonstration au cas par cas et ne s'applique pas nécessairement à toute obligation.

### 5. Les parties peuvent-elles étendre ou limiter les cas de force majeure ?

La situation peut encore se complexifier en raison du caractère supplétif de la force majeure (et ce que les contrats aient été conclus avant ou après la réforme du droit des obligations par l'ordonnance du 10 février 2016) : les parties peuvent adopter une définition différente de la force majeure ou en aménager les effets. Il faut donc se référer au contrat pour savoir s'il aménage ou non les conditions de la force majeure.

### 6. Quel rôle joue la force majeure en droit de la rupture de relations commerciales établies ?

Plusieurs décisions admettent que celui qui subit une baisse de ses commandes du fait d'une situation de force majeure ne peut se voir reprocher une rupture brutale d'une relation commerciale établie. En ce sens, il peut invoquer un cas de force majeure et échapper à l'application de l'article L. 442-1, II du Code de commerce (Paris, 20 sept. 2017, LawLex201700001521JBJ, la fermeture administrative d'un établissement constitue un cas de force majeure qui l'autorise à rompre sans préavis les relations établies avec ses prestataires ; Paris, 12 sept. 2019, LawLex201900001412JBJ, un changement du cadre réglementaire, qui impose à l'entreprise de laisser ses salariés choisir eux-mêmes leur organisme de formation, constitue un cas de force majeure qui justifie la rupture des relations commerciales directes entretenues entre l'employeur et le formateur).

### 7. Comment procéder en pratique ?

On ne peut pas généraliser ; la situation doit être évaluée impérativement au cas par cas. La meilleure approche semble être de procéder par étapes successives : 1. Vérifier, pour chaque contrat, s'il contient des clauses relatives à la force majeure, à sa définition et aux conditions de mise en œuvre ; 2. Vérifier la prévisibilité de l'événement, à la date de conclusion du contrat ; 3. Vérifier la condition d'irrésistibilité, à apprécier *in concreto*, dans sa survenance (inévitabilité) et ses effets (insurmontables) en constituant un dossier étayé de preuves ; 4. Vérifier la capacité du cocontractant à remplir ses propres obligations ; 5. Etablir un bilan juridique en essayant d'imaginer comment un juge apprécierait à la situation au cas d'espèce ; 6. Notifier la force majeure en respectant scrupuleusement le formalisme prévu contractuellement ; 7. Analyser les stratégies alternatives : imprévision, négociation, clauses de dédit, etc.