

CONCURRENCE

550

3 QUESTIONS

La rupture des relations commerciales établies dans les contrats de la commande publique



Charles-Éric Thoor,
avocat associé, Bignon Lebray

1 Les règles de la commande publique sont-elles incompatibles avec la notion de relations commerciales établies, prévue à l'article L. 442-1 du Code de commerce ?

On pourrait le penser, car qui dit Code de la commande publique, dit remise en concurrence périodique, de sorte que le titulaire d'un marché public n'est jamais certain, de voir son contrat renouvelé, et de s'installer dans une « relation commerciale établie ».

Cela étant, à y regarder de plus près, la situation du titulaire d'un marché public n'est pas si différente de celle des autres cocontractants, prestant auprès d'acheteurs privés. En soi, nul n'est certain, ni du renouvellement de son contrat, ni même de son terme, car un contrat, qu'il soit un marché public ou pas, peut être résilié.

De même, certains marchés publics peuvent être conclus, sans mise en concurrence, compte tenu de leur faible montant, ou d'une situation juridique particulière (ex : droit de propriété intellectuelle conférant une exclusivité).

L'application aux marchés publics, du régime juridique de la « rupture brutale des relations commerciales établies » n'est donc, en réalité, pas incohérente.

Ce régime juridique vise en effet à laisser au cocontractant un temps suffisant pour anticiper la fin d'une relation contractuelle, la durée du préavis s'appréciant non seulement au regard de la durée de la relation contractuelle établie (plus elle est longue, plus le préavis exigé le sera), mais également de la difficulté à « surmonter la rupture » de la relation contractuelle (compte tenu du taux de dépendance économique, du degré de concurrence sur le marché, etc.).

2 L'existence de relations commerciales établies et la rupture brutale de ces relations sont-elles parfois reconnues par les juridictions ?

Oui, parfois, mais l'appréciation est légèrement divergente, selon l'ordre de juridiction compétent.

Il existe en effet deux types de marchés publics, les premiers, passés par des personnes morales de droit public, sont des contrats administratifs, relevant de la compétence du tribunal administratif, tandis que les seconds, passés par des acheteurs privés soumis au Code de la commande publique (entreprises publiques, opéra-

Suite page 6

En mouvement

Squair accueille **Chloé Laboudie** en qualité d'associée.

Chloé Laboudie intervient dans tous les domaines de la propriété intellectuelle (marques, droits d'auteur, dessins et modèles, brevets et secrets des affaires) et, plus largement, sur des problématiques de concurrence déloyale et parasitaire, droit à l'image et à la vie privée, droit de l'influence, droit de la publicité et ce, tant en conseil qu'en contentieux.

Chloé Laboudie assiste notamment ses clients dans la négociation et la rédaction de leurs contrats (cessions, licences, accords de coexistence, accords de copropriété, accords de R & D etc.) et dans la mise en place de leurs process et politiques en matière de propriété intellectuelle (rémunération des inventions de salariés, mise en place d'une politique interne de protection du secret des affaires, sensibilisation à la collecte de preuves pour établir la renommée ou le caractère distinctif d'une marque, demande d'intervention douanière etc.). Par ailleurs, Chloé Laboudie accompagne ses clients, tant en demande qu'en défense, devant les juridictions françaises, l'INPI et l'EUIPO.

Javed Allybokus rejoint **LPA-CGR avocats** en qualité de counsel et vient

apporter son expertise en matière de financement, notamment sur les marchés africains.

Javed Allybokus conseille à la fois des établissements de crédit et des institutions financières ainsi que des emprunteurs sur le développement, la structuration et le financement de transactions transfrontalières. Il a une pratique très développée dans les marchés émergents et en particulier en Afrique. Il intervient sur des financements de matières premières, des financements d'acquisition, des financements souverains ainsi que des opérations impliquant des agences de crédit export (ECA). Il intervient régulièrement sur des financements de projets. Avant de rejoindre LPA-CGR avocats en avril 2024, Javed Allybokus a notamment été détaché au sein du desk Trade Finance de HSBC Londres ainsi que chez BNP Paribas. En tant qu'avocat, il a été collaborateur au sein de l'équipe banque-finace du cabinet Herbert Smith Freehills et Hogan Lovells.

teurs de réseau, certains établissements de santé, organismes parapublics), sont des contrats de droit privé, relevant de la compétence du juge judiciaire.

Le régime de la rupture brutale des relations commerciales établies étant prévu au Code de commerce, son application aux contrats administratifs n'est pas évidente. Certaines juridictions administratives estiment que ce régime juridique est inapplicable aux contrats administratifs (CAA Nancy, 27 oct. 2015, n° 15NC00242 : *JurisData* n° 2015-024862. - CAA Marseille, 13 mai 2008, n° 05MA02395), tandis que d'autres en font application et rendent des décisions au visa du Code de commerce (TA Lyon, 19 oct. 2023, n° 2203149), ou au titre de la responsabilité pour faute des collectivités (CAA Versailles, 29 sept. 2016, n° 14VE01653 : *JurisData* n° 2016-020411), mais pour, en l'espèce, l'écarter.

Le juge judiciaire applique quant à lui, sans distinction, le régime de la rupture brutale des relations commerciales établies, aux marchés publics de droit privé (CA Paris, 16 mars 2022, n° 21/00684 : *JurisData* n° 2022-003968).

Il faut néanmoins reconnaître que l'application de ce régime à des marchés publics se rencontre très rarement.

Les très longs contrats, plus sensibles au régime de la rupture brutale des relations commerciales établies, sont rarement des marchés publics, car leur durée est nécessairement limitée (CCP, art. L. 5), voire plafonnée (un maximum de 4 ans est prévu pour les accords-cadres - CCP, art. L. 2125-1), sans possibilité de renouvellement tacite à terme.

La question de la rupture brutale se posera donc plutôt en cas de résiliation qu'en cas de non-renouvellement.

Or, dans cette hypothèse, le Code de la commande publique prévoit un filet de sécurité indemnitaire, le titulaire pouvant prétendre à une indemnisation de son gain manqué si la résiliation n'est pas justifiée par une faute, ou, en tous cas, par une faute suffisamment grave (hypothèse dite de la « résiliation pour motif d'intérêt général »).

Le régime indemnitaire de la résiliation pour motif d'intérêt général (permettant une indemnisation du gain manqué, sur toute la durée restante du marché) est donc plus intéressant pour le titulaire que celui de

la rupture des relations commerciales établies (permettant une indemnisation, pour la seule période de préavis jugée suffisante). Les cas jurisprudentiels d'application du régime de la rupture brutale des relations commerciales établies aux marchés publics sont donc rares.

3 Comment peut-on sécuriser les relations contractuelles entre les entreprises privées et les personnes publiques ?

Pour éviter que la rupture soit qualifiée de brutale, la durée du préavis doit être proportionnée à l'ancienneté de la relation commerciale, et à la dépendance économique du prestataire résilié.

L'usage consistait à fixer une durée de préavis, d'une durée équivalente à un mois, par année de relation commerciale.

Toutefois, le préavis peut être écourté si le prestataire résilié est en mesure de facilement surmonter la rupture.

En outre, l'article L. 442-1 du Code de commerce fixe maintenant une durée plafond de 18 mois, au-delà de laquelle, la rupture d'une relation commerciale ne peut être regardée comme « brutale ».

Focus

551

Partage de la valeur en cas d'augmentation exceptionnelle du bénéfice : diffusion d'un « question-réponses »

L'article 8 de la loi n° 2023-1107 du 29 novembre 2023 impose aux entreprises d'au moins 50 salariés pourvues d'au moins un délégué syndical et soumises à l'obligation de mise en place de la participation de négociateur obligatoirement sur les conséquences d'un bénéfice exceptionnel de l'entreprise s'agissant du partage de la valeur. Cette obligation se traduit au moment de la négociation d'un dispositif d'intéressement ou de participation.

La négociation devra ainsi porter sur la définition d'une augmentation exceptionnelle du bénéfice net fiscal et sur les modalités de partage de la valeur avec les salariés qui en découlent. Ces modalités peuvent prendre la forme du versement d'un supplément d'intéressement ou de participation ou bien de l'engagement de négociateur pour mettre en place un nouveau dispositif de partage de la valeur. Les entreprises qui disposent d'un accord d'intéressement

ou de participation en cours de validité au moment de la promulgation de la loi ont l'obligation d'ouvrir une négociation sur ce partage de la valeur avant le 30 juin 2024. Il s'agit d'une obligation d'entrer en négociation qui pourrait ne pas aboutir. Dans un « questions-réponses » daté du 6 juin, le ministère du Travail apporte toute une série de précisions sur ce nouveau dispositif de partage de la valeur. Sont abordés les sujets suivants :

- l'assujettissement à cette nouvelle obligation de négociateur ;
- les objets de la négociation ;
- les modalités de négociation ;
- la définition de l'augmentation exceptionnelle du bénéfice net fiscal ;
- les modalités de partage de la valeur avec les salariés (*Min. Travail, Q. R., 6 juin 2024*).