

A PROPOS DE L'ARTICLE L 442-1 II DU CODE DE COMMERCE

FOCUS ON ARTICLE L 442-1 II OF THE FRENCH COMMERCIAL CODE



Une "spécialité" française
La loi française sur la rupture brutale
de la relation commerciale établie



A French "specialty"
The French Law on sudden breach
of established commercial relationship



A PROPOS DE L'ARTICLE L 442-1 II DU CODE DE COMMERCE

FOCUS HERE ON ARTICLE L 442-1 II OF THE FRENCH COMMERCIAL CODE

Tout le monde connaît la baguette française ou le béret français. Le droit français comporte également des dispositions particulières qui ne sont pas très populaires mais qui doivent être comprises par ceux qui font des affaires en France ou avec des entreprises françaises.

Nous allons nous concentrer ici sur l'article L 442-1 II (anciennement article L 442-6 I 5°) du Code de commerce français qui sanctionne la rupture brutale d'une relation commerciale établie.

En effet, l'article L 442-1 II du Code de commerce établit que " *Tout producteur, commerçant ou prestataire de services est responsable et tenu de réparer les dommages causés par la rupture brutale, même partielle, d'une relation commerciale établie, sans préavis écrit proportionné à la durée de la relation commerciale et conforme au délai minimum de préavis déterminé par les conventions multisectorielles conformément aux usages commerciaux habituels (...)* ".

L'article L 442-1 II du Code de commerce est d'ordre public et s'applique même lorsque les relations ne sont pas formalisées par un contrat écrit entre les parties (par exemple lorsqu'il existe un flux de ventes régulier entre un fabricant et son client).

La relation peut également être précontractuelle¹ ou post-contractuelle. Dans un tel cas, pour déterminer le délai de préavis approprié, le juge prendrait alors en considération la durée de l'ensemble de la relation, contractuelle et post-contractuelle².

Lorsqu'un contrat existe entre les parties et prévoit un délai de résiliation, le juge n'est pas lié par ce dernier et peut le prolonger s'il apparaît insuffisant compte tenu des circonstances de l'espèce.

Par exemple, dans une affaire entre un fournisseur français et son distributeur colombien, un contrat avait été signé pour une période initiale de trois ans, renouvelable une fois pour la même période, avec un délai de préavis de trois mois pour la résiliation.

Everyone knows the French baguette or the French beret. French Law also has some special provisions which are not so popular but must be understood by those doing business in France or with French firms.

We will focus here on article L 442-1 II (formerly article L 442-6 I 5°) of the French Commercial Code ("FCC") which punishes the sudden breach of an established commercial relationship.

Indeed, article L 442-1 II FCC states that " *Any producer, trader, or service provider shall be held liable and obliged to make good the damage caused by abruptly breaking off an established business relationship, even partially, without prior written notice commensurate with the duration of the business relationship and consistent with the minimum notice period determined by the multi-sector agreements in line with standard commercial practices(..)* ".

Article L 442-1 II FCC is public policy and applies even when the relationships are not formalized through a written contract between the parties (e.g. when there is a steady flow of sales between a manufacturer and its client).

The relationship can also be pre-contractual¹ or post-contractual. In such a case, to determine the proper notice period, the judge would then take into consideration the duration of the totality of the relation, contractual and post-contractual².

When a contract does exist between the parties and provides for a termination notice period, courts are not bound by the latter and may extend it if it appears insufficient considering the circumstances of the case.

For instance, in a case between a French supplier and its Colombian distributor, a contract had been signed for an initial period of three years, renewable once for the same period, with a three-month notice period for termination.



A PROPOS DE L'ARTICLE L 442-1 II DU CODE DE COMMERCE

FOCUS HERE ON ARTICLE L 442-1 II OF THE FRENCH COMMERCIAL CODE

Au bout de dix-huit ans, le fournisseur français a résilié le contrat avec un préavis de trois mois, comme le prévoyait le contrat. La Cour d'appel a déclaré que le contrat était devenu un contrat à durée indéterminée et que le distributeur avait droit à un délai de préavis d'un an³.

L'article L 442-1 II du Code de commerce est très spécifique au droit français, en comparaison notamment avec le droit européen de la concurrence. Il est parfois analysé comme un rappel de la forte main de l'Etat français dans le domaine économique.

A l'origine, cette disposition visait à réglementer le secteur de la grande distribution car les grands distributeurs ont la réputation d'être assez sévères avec leurs fournisseurs.

Cependant, compte tenu de sa rédaction très générale, l'article L 442-1 du Code de commerce couvre tous les types de relations d'affaires.

Ainsi, au cours des dix dernières années, le nombre de décisions de justice concernant l'article L 442-1 II a augmenté et les tribunaux français ont une interprétation large de cet article.

- **Qu'est-ce qu'une relation " établie " ?**

Si la durée est l'un des critères les plus courants d'une relation établie, elle n'est pas le seul.

La Cour de cassation considère qu'une relation commerciale est établie lorsqu'il existe une activité régulière et constante (et donc pas seulement une succession de contrats indépendants) et que la victime de la rupture pouvait légitimement s'attendre à ce que la relation commerciale se poursuive⁴. Les tribunaux recherchent des mesures de ces attentes, y compris les investissements réalisés par la victime, l'exclusivité accordée, la réputation du produit, la dépendance économique de la victime...etc.

Compte tenu de ces critères, la durée de la relation d'affaires pouvant donner droit aux protections de l'article L 442-1 peut être assez courte (par exemple, 17 mois dans le cas où une entreprise avait bénéficié des efforts commerciaux de la victime et l'avait présentée comme son agent)⁵.

After eighteen years, the French supplier terminated the contract with three month notice as required by the contract. The Court of appeal stated that the contract had become an open ended contract and that the distributor was entitled to a one year notice period³.

Article L 442-1 II FCC is very specific to French law, in comparison particularly with European competition law. It is sometimes analyzed as a reminder of the strong French state hand in the economic field.

At the beginning, this provision was intended to regulate the retail sector as large distributors have the reputation to be quite harsh with their providers.

However, considering its very general wording, article L 442-1 FCC covers every kind of business relation.

Thus, in the past ten years, the number of court decisions concerning article L 442-1 II has grown and French courts have an expansive interpretation of said article.

- **What is an "established" relationship ?**

If duration is one of the most common criteria of an established relationship, it is not the only one.

The French Supreme Court ("*Cour de cassation*") holds that an established commercial relationship exists when there is steady and regular business (and thus not simply a succession of independent contracts) and when the victim of the breach could legitimately expect the business relationship to continue⁴. Courts seek measures of such expectations, including investments realized by the victim, granted exclusivity, product reputation, economic dependence of the victim...etc.

Considering those criteria, the duration of the business relationship that may confer entitlement to article L 442-1 protections may be rather short (for example, 17 months in a case where a firm had benefited from the commercial efforts of the victim and had presented him as its agent)⁵.



A PROPOS DE L'ARTICLE L 442-1 II DU CODE DE COMMERCE

FOCUS HERE ON ARTICLE L 442-1 II OF THE FRENCH COMMERCIAL CODE

Cela étant, et en supposant qu'il existe une relation établie entre les parties, il n'est pas si facile de calculer le délai de préavis approprié.

- **Comment déterminer un délai de préavis approprié ?**

L'article L. 442-1 II du Code de commerce mentionne que le délai de préavis doit être compatible avec les accords multisectoriels, conformément aux pratiques commerciales habituelles.

Or, ces dernières sont assez rares. En cas de litige, les tribunaux ont une grande liberté pour déterminer le délai de préavis qui aurait dû être accordé à la victime et donc les dommages et intérêts que la partie responsable doit payer.

A cet égard, ils prennent en considération non seulement la durée de la relation mais aussi le niveau de dépendance de la victime à l'égard de la partie défaillante.

Cette dépendance existe lorsque la victime réalise une part importante de son chiffre d'affaires avec l'autre partie ou n'a pas d'autres solutions (c'est-à-dire d'autres clients ou d'autres sources d'approvisionnement). Les tribunaux prennent également en considération, parfois implicitement, le comportement de la partie défaillante comme une circonstance aggravante (par exemple, absence totale de préavis ou iniquité lorsqu'une partie utilise un motif de résiliation qui apparaît comme un prétexte).

Il est impossible de généraliser une méthode de calcul. De façon très générale, selon les circonstances particulières de chaque cas et sans incertitude juridique, une relation d'une durée inférieure à dix ans peut donner lieu à un délai de préavis de six à douze mois, tandis qu'une relation de plus de vingt ans peut donner lieu à un délai de préavis de douze à vingt mois.

This being said, and assuming that there is an established relationship between the parties, it is not that easy to calculate the appropriate notice period.

- ***How to determine an appropriate notice period ?***

Article L. 442-1 II FCC mentions that the notice period has to be consistent with multi-sector agreements in line with standard commercial practices.

However, the latter are quite scarce. In case of litigation, courts have significant freedom to determine the notice period that the victim should have been granted and thus the damages that the responsible party has to pay.

In this respect, they take into consideration not only the duration of the relationship but also the level of dependence of the victim toward the defaulting party.

Such dependence exists when the victim realizes an important part of its turnover with the other party or does not have alternative solutions (i.e. alternative clients or alternative sources of supply). The Courts, sometimes implicitly, also take into consideration the behavior of the breaching party as an aggravating circumstance (for example, total absence of any notice period or unfairness when a party uses a ground of termination which appears as a pretext).

It is impossible to generalize a calculation method. Very broadly, depending on the specific circumstances of each case and without legal uncertainty, a relationship for a period of less than ten years may lead to a notice period of between six and twelve months, while a relationship of more than twenty years may lead to a notice period of between twelve and twenty months.



A PROPOS DE L'ARTICLE L 442-1 II DU CODE DE COMMERCE

FOCUS HERE ON ARTICLE L 442-1 II OF THE FRENCH COMMERCIAL CODE

Toutefois, depuis l'ordonnance du 24 avril 2019, le délai de préavis ne peut être considéré comme insuffisant si un préavis de dix-huit mois a été respecté.

Il convient de noter que la rupture partielle d'une relation, par laquelle une partie réduit progressivement son activité, sans interrompre totalement le flux d'affaires, peut être interprétée comme une "rupture partielle" et être sanctionnée en conséquence sur le fondement de l'article L 442-61 II° du Code de commerce⁶.

Compte tenu de ce qui précède, les dommages et intérêts accordés à la victime sont généralement calculés sur la marge qu'elle aurait réalisée pendant le délai de préavis approprié⁷.

Une amende civile peut également être infligée à la partie responsable.

En application de l'article L 442-4 II° du Code de commerce, la poursuite de la relation ou toute autre mesure provisoire peut être ordonnée par voie de référé, sous peine d'une peine progressive. Il peut en résulter une situation dans laquelle une partie peut être contrainte d'acheter des biens ou des services dont elle n'a pas besoin.

En ce qui concerne les règles de procédure, les affaires relatives à l'application de l'article L 442-4 II du Code de commerce doivent être portées devant certains tribunaux de commerce spécifiques en première instance et exclusivement devant la Cour d'appel de Paris en cas d'appel.

- **Possibilité exceptionnelle de résiliation sans délai de préavis**

Même si l'article L 442-1 II du Code de commerce est d'application large, il précise que la disposition interdisant la rupture brutale d'une relation établie "n'affecte pas le droit de résilier sans préavis en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure".

However, since the Ordinance dated as of April 24, 2019, the notice period cannot be held insufficient if an eighteen month notice period was respected.

It should be noted that partial breach of a relationship where a party diminishes business progressively, without totally interrupting the business flow may be interpreted as "partial breach" and then be sanctioned accordingly on the basis of article L 442-61 II° FCC⁶.

Considering the above, the damages granted to the victim are calculated generally on the margin it would have made during the appropriate notice period⁷.

The responsible party may also be assessed a civil fine.

Pursuant to article L 442-4 II FCC, the continuation of the relationship or any other temporary measure can be ordered by way of summary proceedings, under pain of a progressive penalty. This may lead to a situation where a party may be compelled to buy goods or services that it does not need.

As regards procedural rules, cases concerning the application of article L 442-4 II FCC have to be brought before some specific commercial courts in first instance and exclusively before the Court of Appeal of Paris in case of appeal.

- ***Exceptional possibility of termination without any notice period***

Even if article L 442-1 II FCC is applied broadly, it states that the provision forbidding sudden breach of an established relationship "*does not affect the right to terminate without notice in the event of the failure by the other party to perform its obligations or in the event of force majeure*".



A PROPOS DE L'ARTICLE L 442-1 II DU CODE DE COMMERCE

FOCUS HERE ON ARTICLE L 442-1 II OF THE FRENCH COMMERCIAL CODE

Conformément à la jurisprudence, le droit de mettre fin à la relation sans préavis est soumis à la condition d'une faute grave de l'autre partie, telle qu'un défaut de paiement important des marchandises livrées ou des pratiques déloyales.

Ainsi, la partie qui décide d'invoquer la faute de l'autre partie pour rompre la relation avec effet immédiat doit être très prudente car elle supporte en fin de compte le risque d'être désavouée par le tribunal.

En particulier, la lettre de résiliation doit être rédigée avec soin, car elle servira de preuve en cas de litige.

- **La nature de l'action fondée sur l'article L 442-1 II du Code de commerce : délictuelle ou contractuelle**

Traditionnellement, la jurisprudence française considérerait que les demandes fondées sur l'article L 442-1 II du Code de commerce sont fondées sur la responsabilité délictuelle.

Cependant, l'arrêt Granarolo rendu par la Cour de justice de l'Union Européenne le 14 juillet 2016 a mis cette question en cause⁸. L'affaire impliquait une société italienne nommée Granarolo dans un litige avec son distributeur français. Ce dernier avait intenté une action en justice contre le fabricant pour rupture soudaine d'une relation établie devant le tribunal de commerce français de Marseille.

La question en jeu devant la CJUE était de savoir si les tribunaux français étaient compétents pour statuer dans une affaire impliquant des sociétés de différents États membres européens. Cette question était régie par le Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁹ ("Règlement n° 44/2001").

La CJCE a jugé que l'article 5, paragraphe 3, du règlement n° 44/2001 " doit être interprété en ce sens qu'une action en dommages et intérêts fondée sur la rupture brutale d'une relation commerciale de longue date, telle que la rupture en cause au principal, ne relève pas de la matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de ce règlement si une relation contractuelle tacite existait entre les parties, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier ".

Pursuant to case law, the right to terminate the relationship without notice is subject to a requirement of gross misconduct by the other party, such as significant non-payment of delivered goods or unfair practices.

Thus, the party which decides to invoke the fault of the other party to breach the relationship with immediate effect has to be very cautious as it ultimately bears the risk of being disavowed by the court.

In particular, the termination letter has to be carefully drafted, as it will be used as evidence in case of dispute.

- ***The nature of the action grounded on Article L 442-1 II FCC : tort or contract***

Traditionally, French case law would hold that claims based on article L 442-1 II FCC are based in tort.

However, the Granarolo judgement rendered by the European Court of Justice ("ECJ") on July 14, 2016, placed this in issue⁸. The case involved an Italian company named Granarolo in a dispute with its French distributor. The latter had introduced a law suit against the manufacturer for sudden breach of an established relationship before the French commercial court of Marseille.

The issue at stake before the ECJ was whether French courts were competent to rule in a case involving corporates from different European member states. This issue was governed by Council Regulation (EC) no 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters⁹ ("Regulation n° 44/2001").

The ECJ ruled that Article 5(3) of Regulation n° 44/2001 " *must be interpreted as meaning that an action for damages founded on an abrupt termination of a long-standing business relationship, such as the termination at issue in the main proceedings, is not a matter relating to tort, delict or quasi-delict within the meaning of that regulation if a tacit contractual relationship existed between the parties, a matter which is for the referring court to ascertain.*"



A PROPOS DE L'ARTICLE L 442-1 II DU CODE DE COMMERCE

FOCUS HERE ON ARTICLE L 442-1 II OF THE FRENCH COMMERCIAL CODE

- **Application de l'article L 442-1 II dans un contexte international**

L'article L 442-1 II étant très spécifique au droit français, les questions de la juridiction compétente et de la loi applicable sont débattues dans le cadre des litiges internationaux.

La plupart du temps, la victime va engager son action devant les tribunaux français et réclamer l'application du droit français, mais cela peut être contesté par le défendeur.

Tout d'abord, si les parties sont liées par un contrat, les tribunaux français donneront effet aux clauses de compétence que ce contrat peut contenir, à condition que la clause soit rédigée de manière à inclure tout litige en relation avec le contrat¹⁰.

Il donnerait également effet aux clauses d'arbitrage. Récemment, la Cour d'appel de Paris a décidé que les tribunaux français n'étaient pas compétents pour statuer sur un litige impliquant une société américaine et son distributeur français, lorsque ce dernier invoquait la rupture soudaine d'une relation établie. Le contrat entre les parties contenait une clause d'arbitrage selon les règles de l'American Arbitration Association, le lieu de l'arbitrage étant fixé dans l'État de l'Arizona¹¹.

En l'absence de clause attributive de juridiction ou d'arbitrage entre les parties, les tribunaux français appliqueraient leur propre règle de conflit.

A cet égard, dans la plupart des cas, un Français qui allègue une rupture brutale de relations établies peut porter son action contre un ressortissant des États-Unis devant les tribunaux français en vertu de l'article 14 du Code civil français qui établit que "*Un étranger, même s'il ne réside pas en France, peut être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations qu'il a contractées en France avec un Français ; il peut être traduit devant les tribunaux français*". Il est observé que l'article 14 s'applique aux personnes morales ou physiques, tant pour les actions délictuelles que pour les actions contractuelles.

- ***Application of article L 442-1 II in an international context***

As article L 442-1 II is very specific to French Law, the issues of the competent court and applicable law are debated in the context of international disputes.

Most of the time, the victim will launch its action before French courts and claim the application of French law, but this may be disputed by the defendant.

Firstly, if the parties are bound by a contract, French Courts will give effect to the jurisdiction clauses that such contract may contain, provided that the clause is drafted to include any litigation in relation with the contract¹⁰.

It would also give effect to arbitration clauses. Recently, the Court of Appeal of Paris decided that French Courts were not competent to rule in a dispute involving a U.S. company and its French distributor, where the distributor was claiming sudden breach of an established relationship. The contract between the parties contained an arbitration clause under the rules of the American Arbitration Association, with the place of the arbitration being set in the State of Arizona¹¹.

When no jurisdiction or arbitration clause exists between the parties, French courts would apply their own rule of conflict.

In this respect, in most cases, a French person alleging sudden breach of established relationship can bring its action against a U.S person before French Courts pursuant to article 14 of the French civil code which provides that "*An alien, even if not residing in France, may be cited before French courts for the performance of obligations contracted by him in France with a French person; he may be brought before the courts of France*". It is observed that article 14 applies to legal or natural persons, for tortious as well as for contractual actions.



A PROPOS DE L'ARTICLE L 442-1 II DU CODE DE COMMERCE

FOCUS HERE ON ARTICLE L 442-1 II OF THE FRENCH COMMERCIAL CODE

Pour sa part, une personne physique ou morale américaine qui est victime d'une rupture brutale d'une relation établie par une personne physique ou morale française peut intenter une action devant les tribunaux français.

En ce qui concerne la détermination de la loi applicable, la situation est pour l'instant assez complexe car la Cour de cassation n'a pas, à ce jour, clairement décidé si l'article L 442-1 II était une disposition internationale impérative que les tribunaux français appliqueraient en tant que loi du *forum*.

Pour sa part, la Cour d'appel de Paris considère que, au moins en ce qui concerne les litiges internationaux, l'action fondée sur l'article L 442-1 II du Code de commerce est contractuelle et que cette disposition est une disposition internationale impérative¹². Ceci explique que la question de la compétence reste de la plus haute importance pour les parties dans les litiges internationaux fondés sur l'article L 442-1 II du Code de commerce.

- **Existe-t-il un moyen de limiter l'application de l'article L 442-1 II ?**

Les parties ne peuvent pas convenir dans leur contrat de limiter ou *a fortiori* d'exclure l'application de l'article L 442-1 II du Code de commerce, et une partie ne peut pas renoncer par avance à son droit de faire valoir une prétention fondée sur cette disposition considérée comme loi impérative. Toutefois, il est possible de conclure un accord *a posteriori*, une fois le litige né.

En conclusion, d'un point de vue stratégique, il est fortement recommandé de consulter un avocat avant de mettre fin à une relation avec un partenaire commercial français ou, alternativement, lorsqu'on subit / anticipe un tel manquement de la part de ce dernier.

For its part, a U.S. natural or legal person which is a victim of sudden breach of an established relationship from a French natural or legal person may bring an action before the French courts.

As regards the determination of the applicable law, the situation is quite complex for the time being as the French Supreme Court has not, so far, clearly decided whether or not article L 442-1 II was an international mandatory provision that French courts would apply as a law of the forum.

For its part, the Court of Appeal of Paris considers that, at least as regards international disputes, the action based on article L 442-1 II FCC is contractual and that such provision is a mandatory international provision¹². This explains why the jurisdiction issue remains of the highest importance for the parties in international disputes based on article L 442-1 II FCC.

- ***Is there a way to limit the application of article L 442-1 II ?***

The parties cannot agree in their contract to limit or *a fortiori* exclude the application of article L 442-1 FCC and a party cannot waive in advance its right to make a claim based on such provision which is considered as mandatory law. However, it is still possible to conclude a settlement *ex-post*, once the dispute revealed.

As a conclusion, in a strategic point of view, it is highly recommended to consult counsel before terminating a relations with a French business partner or, alternatively, when suffering / anticipating such a breach from the latter.



A PROPOS DE L'ARTICLE L 442-1 II DU CODE DE COMMERCE

FOCUS HERE ON ARTICLE L 442-1 II OF THE FRENCH COMMERCIAL CODE

Notes

- 1) Cour de cassation, Chambre commerciale, 5 mai 2009, n° 08-11.916
- 2) Cour de cassation, Chambre commerciale, 24 novembre 2009, n° 07-19.248 :
- 3) Cour d'appel de Versailles, 14 octobre 2004, n° RG 2003-04512
- 4) Cour de cassation, Rapport annuel 2008
- 5) Cour de cassation, Chambre commerciale, 5 mai 2009, n° 08-11.916
- 6) Cour de cassation, chambre commerciale, 11 septembre 2012, n° 11-14.620,
- 7) En général, les tribunaux calculent le dommage sur la marge brute de la victime. Ils ont maintenant tendance à utiliser la notion de marge brute sur coûts variables qui est moins favorable à la victime.
- 8) Jugement de l'ECJ (deuxième chambre) du 14 juillet 2016. Granarolo SpA v Ambrosi Emmi France SA.
- 9) Now replaced by Regulation (EC) n° 1215/2012.
- 10) Cour de cassation, première chambre civile, 6 mars 2007, n° 06-10.946
- 11) Cour d'appel de Paris, 21 mars 2018, n° 18/01877
- 12) Cour d'appel de Paris, 7 novembre 2018, n° 16/14312

- 1) Cour de cassation, Chambre commerciale, May 5 2009, n° 08-11.916
- 2) Cour de cassation, Chambre commerciale, November 24, 2009, n° 07-19.248 :
- 3) Cour d'appel de Versailles, October 14, 2004, n° RG 2003-04512
- 4) Cour de cassation, Annual report 2008
- 5) Cour de cassation, Chambre commerciale, May 5, 2009, n° 08-11.916
- 6) Cour de cassation, chambre commerciale, September 11, 2012, n° 11-14.620,
- 7) Generally, the courts calculate the damage on the gross margin of the victim. They now tend to use the notion of gross margin on variable costs which is less favorable to the victim.
- 8) Judgment of the ECJ (Second Chamber) of 14 July 2016. Granarolo SpA v Ambrosi Emmi France SA.
- 9) Now replaced by Regulation (EC) n° 1215/2012.
- 10) Cour de cassation, première chambre civile, March 6, 2007, n° 06-10.946
- 11) Cour d'appel de Paris, March 21, 2018, n° 18/01877
- 12) Cour d'appel de Paris, November 7, 2018, n° 16/14312



Valérie SPIGUELAIRE

Avocat Associé / Attorney-at-law, Partner
Member of the Paris Bar

Tel. + 33 (0)4 72 41 15 75

Mob +33 (0)6 85 67 41 12

Email : valerie.spiguelaire@adamas-lawfirm.com