

## ARTICLES

273

L'efficacité du droit français des contrats face aux géants de l'internet

**Gilles Pillet**

307

Prolégomènes sur l'existence d'un intérêt coopératif

**Marie Rakotovahiny**

# RTDCom.

Revue trimestrielle de droit commercial  
et de droit économique

## CHRONIQUES

345

Affaire *Klasen c/ Malka*, l'arrêt sur renvoi :  
comme un boomerang (Versailles, 16 mars 2018)

**Frédéric Pollaud-Dulian**

365

Incidences de la loi de ratification de l'ordonnance  
du 10 février 2016 portant réforme du droit  
des contrats sur le droit des sociétés

**Arnaud Lecourt**

389

Instruments financiers : regard nouveau,  
aux conséquences préoccupantes, sur les critères  
de la qualification d'obligation (Civ. 2<sup>e</sup>, 23 nov. 2017)

**Jacques Moury**

## PRATIQUE

523

Les principes jurisprudentiels mal établis  
de la rupture brutale de l'article L. 442-6, I, 5<sup>o</sup>  
du code de commerce

**Xavier Henry**

ref : 511802

**DAJLOZ**

## Les principes jurisprudentiels mal établis de la rupture brutale de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce

Xavier Henry  
Avocat à la Cour

■ **1.** L'examen de la jurisprudence au cours des derniers mois montre une nouvelle fois la vitalité des dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce qui impose à celui qui entend mettre fin à une relation commerciale établie d'accorder un préavis écrit. En effet, ce texte qui a été longtemps ignoré alors qu'il existe pourtant depuis 1996<sup>(1)</sup> est depuis une dizaine d'années très en vogue. Cet article n'est pas contestable dans son principe. Il comblait un vide puisque le code civil était muet sur la rupture unilatérale d'un contrat. La cessation des relations contractuelles n'était abordée, jusqu'à la réforme du 10 février 2016<sup>(2)</sup>, que sous l'angle de la résolution judiciaire de l'article 1184 (ancien) en cas d'inexécution ou de la cessation amiable prévue par l'article 1134 alinéa 2 (ancien).

■ **2.** Néanmoins, en l'absence de textes légaux et de clauses contractuelles spé-

cifiques, la jurisprudence avait posé les principes selon lesquels un contractant pouvait mettre fin unilatéralement à un contrat qui ne comportait pas de terme<sup>(3)</sup>. La résiliation ne pouvant être brusque, un préavis devait être accordé avant toute cessation du contrat dont le terme n'était pas défini et la durée dudit préavis devait être conforme aux stipulations contractuelles ou à défaut à l'usage<sup>(4)</sup>. La Haute juridiction stigmatisait ainsi la « brusquerie » de la cessation contractuelle en l'absence de préavis<sup>(5)</sup> ou encore jugeait que « compte tenu de la longue collaboration ayant existé entre les parties, le préavis donné avait été trop bref [...], la rupture était intervenue avec une brutalité lui conférant un caractère abusif »<sup>(6)</sup>.

■ **3.** Le dispositif institué par l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce n'était donc pas inconnu en droit français. La loi n° 96-588 du 1<sup>er</sup> juillet 1996

- (1) Il a été introduit par la loi n° 96-588 du 1<sup>er</sup> juill. 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales.  
 (2) Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations et loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018 ratifiant cette ordonnance : les conditions dans lesquelles un contrat prend fin en l'absence d'une faute sont énoncées à l'art. 1211 (nouveau) du code civil.  
 (3) Com. 14 nov. 1989, n° 88-10.594 et 88-10.757 ; Com. 31 mai 1994, n° 92-12.548, RTD civ. 1995. 108, obs. J. Mestre.  
 (4) Com. 9 févr. 1976, n° 74-12.283 ; Com. 7 juill. 1980, n° 78-15.735 ; Com. 18 déc. 1990, n° 88-15.819 ; Com. 9 juill. 1991, n° 89-20.233 ; Com. 14 déc. 1993, n° 91-21.403 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 1997, n° 95-14.162, D. 1997. 604, note G. Mémeteau ; *ibid.* 1999. 387, obs. J. Penneau.  
 (5) Com. 7 juill. 1980, n° 78-15.735.  
 (6) Com. 16 févr. 1988, n° 86-16.207.

a cependant codifié, simplifié et ainsi systématisé le droit à un préavis « suffisant », même si ce terme n'est pas employé par cet article, en cas de cessation des relations. Il ne saurait donc être question de remettre en cause le principe énoncé par l'article L. 442-6, I, 5°. En revanche, ce qui surprend est ce que les juridictions, et notamment la chambre commerciale de la Cour de cassation, font de ce texte. En effet, s'agissant d'un texte de responsabilité civile, il aurait dû venir compléter les dispositions du code civil et la jurisprudence relatives à la responsabilité civile contractuelle. Pourtant, la chambre commerciale n'a eu de cesse de lui réserver un traitement particulier.

■ 4. Elle a ainsi défini nombre de règles qui sont souvent déconcertantes au

regard des principes juridiques connus, qu'il s'agisse de la recevabilité et de la nature de la responsabilité encourue, de la mise en œuvre des clauses résolutoires, du calcul de la durée des relations et donc de la durée du préavis, de la détermination du préjudice... En faisant de l'article L. 442-6, I, 5° une catégorie particulière de responsabilité civile, la jurisprudence a donc nécessairement accru l'insécurité juridique. Les opérateurs économiques, malgré les précautions prises, ne sont en effet jamais à l'abri d'une déconvenue judiciaire tant la jurisprudence paraît mal établie. Pourtant, une application des principes juridiques connus ne nuirait aucunement à l'efficacité du texte tout en garantissant une meilleure sécurité juridique.

## I – La recevabilité de l'action : un *mea culpa* de la chambre commerciale qui n'est cependant pas totalement satisfaisant

■ 5. La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 a ajouté à l'article L. 442-6, III du code de commerce une disposition selon laquelle les litiges relatifs à l'article L. 442-6 sont attribués à des juridictions spécialisées. En application de cette disposition, le décret n° 2009-1384 du 11 novembre 2009 a désigné huit tribunaux spécialisés et précisé que « la cour d'appel compétente pour connaître des décisions rendues par ces juridictions est celle de Paris »<sup>7</sup>.

■ 6. Ces dispositions ont fait l'objet d'une abondante jurisprudence, laquelle s'est orientée rapidement vers une interpré-

tation très stricte de ces textes. Aucune autre juridiction que celles désignées ne peut statuer sur les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce, dès lors que le texte est invoqué par l'une des parties, même par le défendeur<sup>8</sup>, que ce soit à titre « subsidiaire, incident ou reconventionnel [...], même si le litige porte pour une autre partie, même essentielle, sur la responsabilité contractuelle »<sup>9</sup>, même s'il est invoqué à côté d'autres textes relatifs à la responsabilité contractuelle<sup>10</sup>. En outre, la détermination du tribunal pouvant statuer n'est pas subordonnée à l'examen du bien-fondé des demandes<sup>11</sup> et les

(7) V. C. com., art. D. 442-3 et D. 442-4 (tribunaux de commerce ou tribunaux de grande instance de Marseille, Bordeaux, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris et Rennes).

(8) Douai 4 avr. 2012, n° 12/00259.

(9) Paris, pôle 5, ch. 4, 14 déc. 2016, n° 14/14207, AJ Contrat 2017. 89, obs. A. Lecourt ; *ibid.* 185, obs. N. Eréséo. V. égal. Grenoble 21 juill. 2016, n° 16/02264.

(10) Com. 7 oct. 2014, n° 13-21.086, D. 2014. 2329, note F. Buy ; *ibid.* 2015. 943, obs. D. Ferrier ; AJCA 2015. 86, obs. M. Ponsard ; RTD civ. 2015. 381, obs. H. Barbier ; RTD com. 2015. 144, obs. B. Bouloc ; Com. 6 sept. 2016, n° 14-27.085 et 15-15.328, D. 2016. 1812, obs. E. Chevrier ; *ibid.* 2484, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; RTD civ. 2016. 921, obs. P. Théry ; Paris, pôle 5, ch. 4, 17 janv. 2018, n° 17/21527.

(11) Com. 26 mars 2013, n° 12-12.685, D. 2013. 900, obs. E. Chevrier ; *ibid.* 2014. 893, obs. D. Ferrier.

dispositions légales et réglementaires impératives prévalent sur les clauses attributives de juridiction<sup>12</sup>, sauf lorsque la clause est contenue dans un contrat international. Dans ce cas, la clause attributive *ratione loci*<sup>13</sup>, si sa rédaction ne limite pas son champ d'application aux obligations contractuelles mais s'entend des « litiges découlant de la relation contractuelle », s'applique « à la rupture brutale du contrat » fondée sur l'article L. 442-6<sup>14</sup>. De même, les clauses compromissaires restent-elles valables et doivent donc s'appliquer<sup>15</sup>.

■ 7. Aussi, à l'exception de ces cas, selon la jurisprudence, toute intervention d'une juridiction non spécialisée est exclue. S'agissant de l'appel, après quelques hésitations<sup>16</sup>, les cours d'appel et la Cour de cassation jugeaient aussi que seule celle de Paris pouvait statuer sur un litige relatif à l'article L. 442-6 et ce, même si le tribunal saisi en première instance ne faisait pas partie de la liste des tribunaux spécialisés<sup>17</sup>. La Cour de cassation considérait en effet que « la cour d'appel de Paris [était investie] du pouvoir juridictionnel exclusif de statuer sur les appels formés contre les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 [...] »<sup>18</sup>.

■ 8. Si cette jurisprudence était conforme à la volonté du législateur de confier à

la seule cour d'appel de Paris le soin de trancher les litiges fondés sur l'article L. 442-6, elle n'était cependant pas conforme au texte. En effet, les articles D. 442-3 et D. 442-4 du code de commerce disposent que « la cour d'appel compétente pour connaître des décisions rendues par ces juridictions [spécialisées] est celle de Paris »<sup>19</sup>. L'interprétation littérale de ces textes conduisait à considérer que seuls les jugements statuant sur l'article L. 442-6 et rendus par les tribunaux spécialisés devaient être déférés en appel devant la cour d'appel de Paris. Celle-ci ne pouvait statuer en revanche sur des jugements relatifs à l'article L. 442-6 mais rendus par des tribunaux non désignés par les textes. Ces jugements devaient être déférés devant les cours d'appel « naturelles » dont ces tribunaux relevaient alors pourtant que ces cours d'appel ne pouvaient statuer sur un litige qui relevait de la seule cour d'appel de Paris.

■ 9. C'est dans ce contexte que la chambre commerciale de la Cour de cassation, par plusieurs arrêts rendus le 29 mars 2017, a opéré un revirement<sup>20</sup>. Admettant que la solution adoptée jusqu'alors était « source, pour les parties, d'insécurité juridique » et qu'elle conduisait « en outre au maintien de décisions rendues par des juridictions non spécialisées », elle a jugé « néces-

- (12) Nancy 25 janv. 2012, n° 11/01322 ; Douai 4 avr. 2012, n° 12/00259 ; Paris, pôle 1, ch. 3, 9 juill. 2013, n° 13/05560 ; Versailles 14 nov. 2013, n° 13/03153.
- (13) S'agissant de la clause attributive *ratione materiae*, son efficacité est contestée (V. Paris, pôle 1, ch. 3, 25 oct. 2017, n° 17/03925).
- (14) Civ. 1<sup>re</sup>, 18 janv. 2017, n° 15-26.105, D. 2017. 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 2559, obs. T. Clay ; AJ Contrat 2017. 139, obs. C. Nourissat ; Rev. crit. DIP 2017. 269, note D. Bureau et H. Muir Watt ; RTD civ. 2017. 391, obs. H. Barbier.
- (15) Com. 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 15-22.675, D. 2017. 501 ; *ibid.* 2444, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *ibid.* 2559, obs. T. Clay ; *ibid.* 2018. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; AJ Contrat 2017. 188, obs. B. Ruy ; RTD civ. 2017. 391, obs. H. Barbier ; Paris, pôle 5, ch. 4, 21 mars 2018, n° 18/01877.
- (16) Par ex. Aix-en-Provence 12 sept. 2013, n° 12/12137.
- (17) Versailles 6 nov. 2012, n° 11/02728 ; Montpellier 23 avr. 2013, n° 12/02045 ; Orléans 6 mars 2014, n° 13/02940 ; Com. 31 mars 2015, n° 14-10.016, D. 2015. 798 ; *ibid.* 996, chron. J. Lecaroz, F. Arbellot, S. Tréard et T. Gauthier ; *ibid.* 2526, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; AJCA 2015. 276, obs. J.-D. Bretzner ; Montpellier 16 févr. 2016, n° 14/02909 ; Grenoble 30 juin 2016, n° 13/04262.
- (18) Com. 31 mars 2015, n° 14-10.016, D. 2015. 798 ; *ibid.* 996, chron. J. Lecaroz, F. Arbellot, S. Tréard et T. Gauthier ; *ibid.* 2526, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; AJCA 2015. 276, obs. J.-D. Bretzner.
- (19) Souligné par nous.
- (20) Com. 29 mars 2017, nos 15-15.337, 15-24.241, et 15-17.659, D. 2017. 2444, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; RTD civ. 2017. 722, obs. P. Théry. V. égal. dans le même sens, Com. 26 avr. 2017, n° 15-26.780, D. 2017. 973 ; *ibid.* 2444, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; AJ Contrat 2017. 284, obs. R. Pihéry ; RTD civ. 2017. 722, obs. P. Théry.

saire d'amender cette jurisprudence, tout en préservant l'objectif du législateur de confier l'examen des litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 [...] à des juridictions spécialisées ». La Haute juridiction énonce donc que désormais :

- seuls les appels des jugements rendus par les tribunaux spécialisés seront formés devant la cour d'appel de Paris ;
- les appels des jugements rendus par des tribunaux non spécialisés mais fondés sur l'article L. 442-6 doivent être formés devant les cours d'appel « naturelles » ; cependant, ces dernières devront déclarer, même d'office, irrecevables les demandes fondées sur l'article L. 442-6 formées devant le tribunal non spécialisé.

■ 10. Ainsi, les cours d'appel autres que celle de Paris ne pourront plus statuer sur le fondement de l'article L. 442-6, l'action étant dès son origine irrecevable. Ceci a évidemment pour conséquence qu'une nouvelle action devant le tribunal spécialisé compétent devra être intentée si la prescription n'est pas acquise.

■ 11. Ces arrêts sont satisfaisants en ce que la position qu'ils adoptent est conforme au texte<sup>21</sup>. En revanche, ils le sont moins en ce que la sanction prononcée par les cours d'appel reste l'irrecevabilité des demandes formées devant le tribunal non spécialisé. Cette sanction ne paraît pas conforme au code de procédure civile. En effet, la contestation de la saisine d'une juridiction en

raison de l'attribution du litige qui lui est soumis à une autre juridiction ne relève pas d'une irrecevabilité au sens de l'article 122 du code de procédure civile (fins de non-recevoir) car les demandes ne sont pas irrecevables « pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ». Elle relève de l'exception d'incompétence prévue aux articles 75 et suivants du code de procédure civile

■ 12. Si les demandes ne peuvent être examinées par les juridictions non désignées par les articles D. 442-3 et D. 442-4 du code de commerce, c'est bien parce que ces dernières n'ont pas la compétence d'attribution (*ratione materiae*) pour y procéder. Le défaut de « pouvoir juridictionnel » dont font état les arrêts rendus le 29 mars 2017 par la Cour de cassation renvoie bien à l'incompétence du tribunal non spécialisé pour statuer sur les demandes qui lui sont soumises et non à l'irrecevabilité de celles-ci. La Cour de cassation a donc créé une fin de non-recevoir de toutes pièces, ce qui n'est pas sans conséquence. En effet, une action irrecevable n'interrompt pas la prescription contrairement à la saisine d'une juridiction incompétente<sup>22</sup>. Aussi, la sanction retenue est-elle source de risque pour le plaignant dont l'action peut être jugée irrecevable plusieurs années après l'avoir introduite et ainsi se trouver privé du droit de réintroduire une action si la prescription est acquise dans l'intervalle.

(21) V. cependant, Com. 21 mars 2018, n° 16-28.412, D. 2018. 612 ; AJ Contrat 2018. 182, obs. F. Buy : la Cour de cassation a ajusté sa position pour les appels exercés devant la cour d'appel de Paris avant le revirement même s'ils ont été formés contre des jugements rendus par des tribunaux non spécialisés. Ils restent recevables car conformes à la jurisprudence alors en vigueur. La nouvelle jurisprudence n'est donc pas rétroactive.

(22) C. civ., art. 2241 et 2243.

## II – La nature de la responsabilité : le caractère délictuel de la responsabilité est toujours mystérieux

■ 13. Selon la chambre commerciale de la Cour de cassation, la responsabilité fondée sur l'article L. 442-6, I, 5° est de nature délictuelle et non pas contractuelle<sup>23</sup>, à tout le moins pour les litiges internes. La cour d'appel de Paris, au cours des derniers mois, l'a réaffirmé à plusieurs reprises<sup>24</sup>, de même que la Cour de cassation<sup>25</sup>. Cette qualification reste énigmatique. En effet, il est difficilement compréhensible de qualifier de délictuelle la responsabilité de la rupture de relations commerciales établies qui sont nécessairement de nature contractuelle. Des relations commerciales restent contractuelles, même si elles reposent sur une succession de contrats. L'on ne voit donc pas ce qui justifie subitement que la rupture de ces relations relève de la responsabilité délictuelle au seul motif que l'action est fondée sur l'article L. 442-6, I, 5° plutôt que sur les articles 1134 et 1147 (anciens) ou 1104 et 1231-1 (nouveaux) du code civil<sup>26</sup>.

■ 14. L'article L. 442-6 ne qualifiant nullement la responsabilité encourue, il a été avancé que la nature de celle-ci

serait délictuelle car l'obligation de ne pas rompre brutalement serait légale, de sorte que la responsabilité d'une telle rupture ne pourrait être que délictuelle<sup>27</sup>. Cette explication ne convainc pas. En effet, les relations commerciales des parties sont régies par des dispositions convenues entre elles et/ou parfois par la loi qui impose des dispositions ou qui supplée l'absence de dispositions contractuelles. Ainsi, la cessation de certains contrats est régie par des dispositions légales (par exemple, les baux d'habitation ou commerciaux ou encore le contrat d'agence commerciale pour lequel l'article L. 134-11 du code de commerce fixe la durée des préavis lorsqu'il est à durée indéterminée). Cela ne rend pas pour autant leur rupture « délictuelle » si les dispositions légales applicables ne sont pas respectées.

■ 15. Il est vrai qu'en matière de rupture abusive d'un contrat, la jurisprudence a pu parfois qualifier une telle rupture de « délictuelle »<sup>28</sup>. Cependant, il ne s'agit pas d'une jurisprudence bien établie, la Cour de cassation visant fréquemment l'article 1134 (ancien) du code civil et non

- (23) Com. 6 févr. 2007, n° 04-13.178, D. 2007. 653, obs. E. Chevrier ; *ibid.* 1688, obs. A. Ballot-Léna, E. Claudel, B. Thullier et F.-X. Train ; RTD civ. 2007. 343, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2008. 210, obs. P. Delebecque.
- (24) Paris, pôle 5, ch. 10, 9 janv. 2017, n° 15/17533, D. 2017. 2444, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Paris, pôle 5, ch. 11, 20 janv. 2017, n° 14/25756 ; Paris, pôle 5, ch. 5, 2 mars 2017, n° 15/10786 ; Paris, pôle 5, ch. 5, 2 mars 2017, n° 15/15661 ; Paris, pôle 5, ch. 11, 28 avr. 2017, n° 15/04300 ; Paris, pôle 5, ch. 5, 6 juill. 2017, n° 16/01061.
- (25) Com. 21 juin 2017, n° 16-11.828, D. 2017. 2054, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2018. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; Rev. crit. DIP 2018. 126, note D. Bureau.
- (26) V. à propos de Com. 6 févr. 2007, préc., Ph. Delebecque, RTD com. 2008. 210 : « [...] la solution est surprenante et directement contraire au principe de non-option entre les deux ordres de responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Sauf à admettre que le texte en question organise avant tout une responsabilité légale indifférente aux distinctions classiques du droit des obligations, une telle solution est donc difficile à comprendre » ; E. Chevrier, D. 2007. 653 : « la solution ne va pas forcément de soi en matière de rupture d'une relation contractuelle établie, encore plus quand celle-ci (comme en l'espèce) n'est la conséquence que d'une modification substantielle apportée au contrat » ; A. Ballot-Léna, E. Claudel, B. Thullier, F.-X. Train, D. 2007. 1688 : « [...] il peut sembler curieux que la Cour de cassation ait choisi d'attribuer une nature délictuelle à l'action relative à une rupture de relation commerciale établie. Plus précisément, l'application des règles de droit commun entourant la délimitation du domaine de la responsabilité contractuelle aurait dû conduire, en l'espèce, à la mise en œuvre de cette dernière ».
- (27) A. Ballot-Léna, E. Claudel, B. Thullier, F.-X. Train, D. 2007. 1688 : « Selon une première explication [...] l'obligation de ne pas rompre brutalement des relations commerciales établies est une obligation légale qui doit être sanctionnée par une action de nature délictuelle. Le motif tiré de l'existence d'une relation contractuelle est, pour cette raison, inopérant ».
- (28) V. A. Ballot-Léna, E. Claudel, B. Thullier, F.-X. Train, D. 2007. 1688.

pas l'article 1382 (ancien) de ce même code quand elle doit statuer sur un abus du droit de rompre un contrat<sup>29</sup>. En outre, cette jurisprudence, somme toute très marginale, se heurte aux mêmes objections que celles faites à propos de la responsabilité délictuelle de l'auteur de la rupture brutale de l'article L. 442-6, I, 5°. Une rupture abusive d'un contrat ne saurait modifier la nature de la responsabilité encourue.

■ **16.** La position de la première chambre civile de la Cour de cassation est plus nuancée que celle de la chambre commerciale. En effet, sans se prononcer sur la nature de la responsabilité fondée sur l'article L. 442-6, I, 5°, elle a toujours reconnu la validité des clauses attributives de juridiction en cas de litige international<sup>30</sup> et celle des clauses compromissoires<sup>31</sup>, donnant ainsi à penser que l'article L. 442-6, I, 5° ne remettait pas en cause la responsabilité contractuelle de la rupture. D'ailleurs, de manière contradictoire, la chambre commerciale de la Cour de cassation admet également la validité des clauses compromissoires, un tribunal arbitral pouvant ainsi statuer sur l'application de l'article L. 442-6, I, 5°<sup>32</sup> et celle des clauses attributives de juridiction dans les litiges internationaux dès lors que celles-ci incluent « tous les litiges découlant du rapport contractuel »<sup>33</sup>. La chambre commerciale reconnaît ainsi une « dimension » contractuelle à la responsabilité de la rupture.

■ **17.** En outre, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), saisie d'une question préjudicielle à propos de la qualification d'une action au regard du règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, a jugé que l'action fondée sur l'article L. 442-6 du code de commerce était bien de nature contractuelle s'il existe « entre les parties, une relation contractuelle tacite »<sup>34</sup>. Des relations commerciales même informelles n'en restent évidemment pas moins contractuelles.

■ **18.** À la suite de cet arrêt, la cour d'appel de Paris a donc jugé à propos de la loi applicable à une relation commerciale (et non à propos de la compétence) que « l'action en réparation du préjudice subi du fait de la rupture brutale [...] sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° [...], entre dans la sphère du litige découlant de la relation contractuelle. Il y a donc lieu de se référer au règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles »<sup>35</sup>. La chambre commerciale de la Cour de cassation a également appliqué les principes de la décision de la CJUE susvisée selon lesquels l'action fondée sur l'article L. 442-6, I, 5° relevait de la matière contractuelle au sens du règlement du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012<sup>36</sup>. Cette nouvelle qualification ne vaut cependant

(29) Com. 17 mars 1992, n° 90-14.742, RTD com. 1993. 160, obs. B. Bouloc ; Com. 14 janv. 1997, n° 95-12.769, RTD civ. 1997. 427, obs. J. Mestre ; *ibid.* 443, obs. P.-Y. Gautier ; Com. 9 avr. 2002, n° 99-15.532 ; Com. 22 mai 2002, n° 00-12.543 ; Com. 15 sept. 2009, n° 08-18.738.

(30) Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mars 2007, n° 06-10.946, D. 2007. 951, obs. E. Chevrier ; RTD com. 2008. 210, obs. P. Delebecque.

(31) Civ. 1<sup>re</sup>, 21 oct. 2015, n° 14-25.080, D. 2015. 2537, note N. Dissaux ; *ibid.* 2526, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *ibid.* 2588, obs. T. Clay ; AJCA 2015. 520, obs. B. Ruy ; RTD civ. 2016. 118, obs. H. Barbier ; RTD com. 2016. 693, obs. E. Loquin.

(32) Com. 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 15-22.675, D. 2017. 501 ; *ibid.* 2444, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *ibid.* 2559, obs. T. Clay ; *ibid.* 2018. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; AJ Contrat 2017. 188, obs. B. Ruy ; RTD civ. 2017. 391, obs. H. Barbier.

(33) Com. 5 juill. 2017, n° 16-13.862.

(34) CJUE 14 juill. 2016, aff. C-196/15, *Granarolo Spam c/ Ambros Emmi France SA*, D. 2016. 1575 ; *ibid.* 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2017. 881, obs. D. Ferrier ; *ibid.* 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; AJ Contrat 2016. 442, obs. I. Luc ; Rev. crit. DIP 2016. 703, note F.-X. Licari ; RTD civ. 2016. 814, obs. L. Usunier ; *ibid.* 837, obs. H. Barbier ; RTD com. 2017. 231, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast.

(35) Paris, pôle 5, ch. 4, 10 mai 2017, n° 14/15261.

(36) Com. 20 sept. 2017, n° 16-14.812, D. 2017. 1841 ; *ibid.* 2444, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *ibid.* 2018. 371, obs. M. Mekki ; Rev. crit. DIP 2018. 126, note D. Bureau. Le règl. (UE) n° 1215/2012 a succédé au règl. (CE) n° 44/2001.



que pour les litiges internationaux. En effet, bien qu'il soit difficile de concevoir que la rupture brutale ne relèverait de la responsabilité contractuelle que lorsque le litige est international, la cour d'appel de Paris continue à qualifier de délictuelle la responsabilité de la rupture pour les litiges internes<sup>37</sup>.

■ 19. La volonté de la jurisprudence à qualifier de délictuelle la responsabilité fondée sur l'article L. 442-6, I, 5° surprend d'autant plus que la distinction entre les responsabilités délictuelle et contractuelle pour les litiges internes n'a plus grand sens, qu'il s'agisse de la question de la compétence juridictionnelle, de celle de la prescription ou encore de la réparation du préjudice. En effet, la réponse à ces questions ne dépend pas de la qualification de la responsabilité.

■ 20. Ainsi, la question de la compétence juridictionnelle<sup>38</sup> est désormais réglée par les articles D. 442-3 et D. 442-4 du code de commerce qui désignent les juridictions pouvant connaître d'un litige fondé sur l'article L. 442-6. En outre, même pour les litiges internes, l'opposabilité de la clause attributive de compétence n'est pas exclue si celle-ci désigne une juridiction spécialisée<sup>39</sup>. De même, les clauses compromissoires restent-elles applicables pour trancher un litige fondé sur l'article L. 442-6, I, 5°<sup>40</sup>. La qualification de la responsabilité n'a donc plus d'intérêt pour déterminer la juridiction devant statuer sur ce texte.

■ 21. S'agissant de la prescription, depuis la réforme de la loi n° 2008-531

du 17 juin 2008, sa durée est de cinq ans en matière commerciale ou civile, qu'il s'agisse d'obligations contractuelles ou délictuelles. Là encore, la qualification de la responsabilité n'est pas décisive.

■ 22. Enfin, en ce qui concerne la réparation du préjudice, elle est en principe intégrale lorsque la faute est délictuelle alors qu'elle est limitée au dommage prévisible en matière contractuelle (C. civ., art. 1150 ancien et 1231-3 nouveau). Cependant, la distinction est assez ténue. En effet, il n'est jamais aisé de savoir ce qu'il faut comprendre par les termes « dommage prévisible », sauf en présence de clauses exclusives ou limitatives de réparation. Néanmoins, la question de l'efficacité de ces clauses qui excluraient ou limiteraient la réparation en cas de rupture fautive se pose au regard de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce relatif aux « obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »<sup>41</sup>, texte fréquemment invoqué pour échapper aux conséquences d'une disposition contractuelle ou encore au regard de l'article 1170 (nouveau) du code civil. Ce texte énonce que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». Des auteurs soulignent d'ailleurs que l'article 1170 « a été forgé pour éradiquer les clauses limitatives de réparation dont le plafond d'indemnisation était trop bas »<sup>42</sup>.

■ 23. En outre, la réparation en matière contractuelle devient intégrale (comme en matière délictuelle) en cas de faute dolosive ou lourde (C. civ., art. 1150

(37) Paris, pôle 5, ch. 11, 19 janv. 2018, n° 15/21628 ; Paris, pôle 1, ch. 2, 25 janv. 2018, n° 17/20673.

(38) C'est d'ailleurs à propos d'une question sur la compétence territoriale que la chambre commerciale de Cour de cassation avait affirmé le principe du caractère délictuel de la responsabilité sur le fondement de l'art. L. 442-6, I, 5° (Com. 6 févr. 2007, n° 04-13.178, D. 2007. 653, obs. E. Chevrier ; *ibid.* 1688, obs. A. Ballot-Léna, E. Claudel, B. Thullier et F.-X. Train ; RTD civ. 2007. 343, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2008. 210, obs. P. Delebecque).

(39) Com. 11 mai 2017, n° 15-21.913 ; Paris, pôle 1, ch., 8 nov. 2017, n° 17/11478.

(40) Com, 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 15-22.675, D. 2017. 501 ; *ibid.* 2444, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *ibid.* 2559, obs. T. Clay ; *ibid.* 2018. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; AJ Contrat 2017. 188, obs. B. Ruy ; RTD civ. 2017. 391, obs. H. Barbier.

(41) L'art. 1171 (nouveau) du code civil comporte une disposition similaire : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. ».

(42) G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, p. 594.



ancien et 1231-3 nouveau). Or, il est permis de penser que celui qui n'accorde pas de préavis ou un préavis fortement insuffisant commet une faute qui pourrait être qualifiée de dolosive ou lourde. Ce n'est que si la durée du préavis était légèrement insuffisante, qu'il ne s'agirait sans doute pas d'une faute dolosive mais d'une faute « simple », c'est-à-dire commise sans avoir eu conscience de la violation d'une obligation. En conséquence, la victime d'une rupture brutale pourrait dans la majeure partie des cas obtenir une réparation intégrale même si la responsabilité de l'auteur de la rupture était contractuelle.

■ 24. Enfin et surtout, la jurisprudence a assez précisément défini ce que la victime de la rupture brutale de l'article L. 442-6, I, 5° peut obtenir en réparation de son préjudice et cette répara-

tion s'apparente à celle qui a toujours été accordée en cas de responsabilité contractuelle. Les dommages et intérêts alloués correspondent à la marge que le plaignant aurait dû obtenir si le préavis auquel il avait droit lui avait été accordé<sup>43</sup>. La qualification de la responsabilité n'entraîne donc pas non plus de conséquences concrètes s'agissant de la réparation du préjudice.

■ 25. Aussi, puisque la qualification délictuelle de la responsabilité fondée sur l'article L. 442-6, I, 5° n'est pas justifiée, serait-il souhaitable de mettre fin à cette « fiction ». La discussion n'aurait encore d'intérêt que si l'explication de la paralysie des clauses résolutoires sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° résidait dans le caractère délictuel de la responsabilité, ce qui n'est cependant pas clairement affirmé<sup>44</sup>.

### III – L'auteur et la victime de la rupture : une jurisprudence qui n'est pas toujours claire et cohérente

■ 26. Si l'article L. 442-6, I, 5° dispose que l'auteur de la rupture doit être « producteur, commerçant, industriel ou [une] personne immatriculée au répertoire des métiers », la question s'est posée de savoir si la qualité de l'auteur était suffisante pour engager une action sur ce fondement. Autrement dit, fallait-il également que la victime soit « producteur, commerçant, industriel ou [une] personne immatriculée au répertoire des métiers » pour que le texte soit applicable ?

■ 27. La Cour de cassation a adopté une position claire en affirmant, à propos de l'action d'une association qui n'était pas « producteur, commerçant, indus-

triel ou [une] personne immatriculée au répertoire des métiers », que l'article L. 442-6, I, 5° « peut être mis en œuvre quel que soit le statut juridique de la victime [...] »<sup>45</sup>. Cette position est conforme à l'article L. 442-6, I, 5° qui ne vise que l'auteur de la rupture et non la victime. En conséquence, il est justifié de ne prendre en considération que la qualité de l'auteur de la rupture pour déterminer si le texte est applicable. La cour d'appel de Paris a eu récemment la même approche à propos de la rupture d'un contrat par une compagnie d'assurance qui la liait à un expert. L'auteur de la rupture étant commerçant, peu importe que la victime ne le soit pas<sup>46</sup>.

(43) V. § 56 s.

(44) Com. 9 juill. 2013, n° 12-21.001, RTD civ. 2014. 118, obs. B. Fages. V. § 37 s.

(45) Com. 6 févr. 2007, n° 03-20.463, D. 2007. 1317, obs. E. Chevrier, note A. Cathiard ; RTD civ. 2007. 343, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2007. 558, obs. L. Grosclaude.

(46) Paris, pôle 5, ch. 10, 9 janv. 2017, n° 15/17533, D. 2017. 2444, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra.

■ **28.** La victime de la rupture brutale peut donc être membre d'une profession libérale<sup>47</sup>. Cette solution conduit cependant à un paradoxe puisque, si par exemple un expert-comptable peut se plaindre de ce qu'un de ses clients commerçants a rompu de manière brutale leur relation, ce même client ne peut pas contester la rupture brutale de la relation à l'initiative de l'expert-comptable. Ce dernier n'étant pas « producteur, commerçant, industriel ou [une] personne immatriculée au répertoire des métiers », l'article L. 442-6, I, 5° ne pourrait s'appliquer<sup>48</sup>. L'article 1211 (nouveau) du code civil ne peut remédier qu'imparfaitement à cette situation. En effet, le « délai raisonnable » du préavis prévu par ce texte ne s'applique qu'à un contrat à durée indéterminée et en l'absence de délai contractuellement prévu. Son champ d'application n'est donc pas le même que celui de l'article L. 442-6, I, 5°.

■ **29.** La jurisprudence devrait donc être claire à propos de l'auteur et la victime de la rupture. Ce n'est cependant pas toujours le cas. Ainsi il a pu être jugé étonnamment que bien que l'auteur de la rupture ne soit pas commerçant ou artisan, le texte s'appliquait<sup>49</sup>. Par ailleurs, l'article L. 442-6, I, 5° est écarté pour des relations commerciales soumises à des dispositions particulières. La Cour de cassation a écarté l'application de l'article L. 442-6, I, 5° dans les relations entre l'agent commercial et son mandant<sup>50</sup>. La cour d'appel de Paris a également exclu le contrat de gérance-mandat car il est

soumis à des dispositions spéciales et d'ordre public<sup>51</sup>. Il a également été jugé que l'article L. 442-6, I, 5° ne s'appliquait pas à la rupture de relations commerciales de transports publics de marchandises exécutés par des sous-traitants lorsque la relation contractuelle est régie par le contrat-type institué par la loi d'orientation des transports intérieurs (LOTI)<sup>52</sup>.

■ **30.** Le texte a encore été écarté dans les relations :

- entre un bailleur et un preneur, car « la relation commerciale établie visée par ce texte consiste en la fourniture d'un produit ou d'une prestation de services et ne peut s'entendre de la conclusion d'un bail [...] »<sup>53</sup> ;

- entre un associé et une société coopérative au motif que les statuts des coopératives fixent, aux termes de la loi du 10 septembre 1947, les conditions d'adhésion, de retrait et d'exclusion des associés<sup>54</sup>.

■ **31.** L'exclusion de certains contrats du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5° se comprend aisément. Ainsi, l'exclusion des agents commerciaux ne choque pas dans la mesure où la loi prévoit déjà la durée du préavis en fonction de la durée des relations (C. com., art. L. 134-11). En outre, la protection des agents commerciaux est importante en raison de l'indemnité prévue par l'article L. 134-12 du code de commerce en réparation du préjudice subi du fait de la cessation du

(47) La relation commerciale au sens du texte n'équivaut donc pas à une relation entre commerçants contrairement à ce qui peut parfois être jugé (v. par ex. Paris, pôle 5, ch. 5, 7 déc. 2017, n° 15/23109).

(48) Paris, pôle 5, ch. 5, 2 juin 2017, n° 14/17950 (concernant un syndicat professionnel).

(49) Com. 14 sept. 2010, n° 09-14.322 ; Com. 3 avr. 2013, n° 12-17.163.

(50) Com. 3 avr. 2012, n° 11-13.527, D. 2012. 1062, et les obs. ; *ibid.* 2760, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *ibid.* 2013. 732, obs. D. Ferrier. V. égal. Com. 18 oct. 2017, n° 15-19.531.

(51) Paris, pôle 1, ch. 8, 23 sept. 2016, n° 16/08899 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 17 janv. 2018, n° 15/04976.

(52) Com. 22 sept. 2015, n° 13-27.726, D. 2015. 1949 ; RTD com. 2015. 743, obs. B. Bouloc ; Paris, pôle 5, ch. 5, 25 janv. 2018, n° 16/01554.

(53) Paris, pôle 5, ch. 3, 27 janv. 2017, n° 14/24110. V. égal. Civ. 3<sup>e</sup>, 15 févr. 2018, n° 17-11.329, D. 2018. 414 ; AJ Contrat 2018. 143, obs. K. Magnier-Merran rendu à propos de l'application l'art. L. 442-6, I, 2° du code de commerce (déséquilibre significatif).

(54) Com. 8 févr. 2017, n° 15-23.050, D. 2017. 404 ; *ibid.* 2444, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *ibid.* 2018. 865, obs. D. Ferrier ; Rev. sociétés 2017. 636, note D. Hiez ; RTD civ. 2017. 372, obs. H. Barbier. V. égal. dans le même sens, Com. 11 mai 2017, n° 14-29.717 (à propos des modalités de retrait d'un GIE), D. 2017. 1583, obs. E. Chevrier, note O. Deshayes et A. Tadros ; *ibid.* 2335, obs. E. Lamazerolles et A. Rabreau ; *ibid.* 2444, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *ibid.* 2018. 371, obs. M. Mekki ; AJ Contrat 2017. 337, obs. F. Buy ; Rev. sociétés 2018. 250, note L. Godon ; RTD civ. 2017. 643, obs. H. Barbier ; RTD com. 2017. 593, obs. M. Chagny.

contrat. En ce qui concerne les sous-traitants dans le transport public de marchandises, l'intervention de la loi dans la détermination des préavis de rupture conduit, selon la jurisprudence, à rendre inapplicable l'article L. 442-6, I, 5°.

■ **32.** De même, l'exclusion des relations entre un bailleur et un preneur se comprend en raison des dispositions spécifiques sur les baux commerciaux (C. com., art. L. 145-1 s.). C'est bien parce qu'il y a une réglementation spécifique d'ordre public relative aux baux que l'article L. 442-6, I, 5° ne peut s'appliquer<sup>55</sup> et non parce que ce texte ne peut s'appliquer qu'à une relation commerciale qui « consiste en la fourniture d'un produit ou d'une prestation de services » et non à un bail<sup>56</sup>. En d'autres termes, si l'article L. 442-6, I, 5° ne peut s'appliquer à des baux commerciaux en raison du statut particulier de ces baux, ce texte ne doit pas être écarté si le

contrat de bail n'est pas soumis à une réglementation spécifique dès lors que l'auteur de la rupture est commerçant, producteur industriel ou artisan. D'ailleurs, la cour d'appel de Paris n'a pas exclu l'application de l'article L. 442-6, I, 5° à la réservation (qualifiée de « droit d'entrée ») d'un emplacement dans un lieu d'exposition<sup>57</sup>.

■ **33.** En revanche, il est difficile de comprendre la position adoptée par la Cour de cassation à propos de l'exclusion d'une société associée d'une coopérative car l'auteur de l'exclusion est bien commerçant et aucune législation particulière ne régit l'exclusion d'une coopérative. La Cour de cassation fait donc prévaloir le contrat (statuts) sur les dispositions légales impératives de l'article L. 442-6 du code de commerce, ce qui est étonnant. Ainsi, la jurisprudence n'est pas toujours cohérente s'agissant des bénéficiaires de l'article L. 442-6, I, 5°.

## IV – La notion de rupture brutale : le caractère exceptionnel de la rupture des relations sans préavis du fait de la remise en cause des clauses résolutoires

■ **34.** Toute rupture sans préavis ou avec un préavis insuffisant n'est pas « brutale » au sens de l'article L. 442-6, I, 5°. En effet, ce texte précise que la nécessité d'accorder un préavis avant de rompre des relations commerciales établies ne fait « pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure ». Cette disposition va de soi puisqu'il n'est pas toujours envisageable d'accorder un préavis à un cocontractant

qui a commis une faute dans l'exécution de son contrat avant d'y mettre fin.

■ **35.** Traditionnellement, la cessation d'un contrat peut être fondée sur une clause résolutoire qui prévoit les conditions dans lesquelles le contrat peut prendre fin ou, en l'absence d'une telle clause, lorsque « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls »<sup>58</sup>. En principe,

(55) C'est également ce qui justifie l'exclusion de l'art. L. 442-6, des contrats de crédit exclusivement régis par le code monétaire et financier (V. Paris, pôle 5, ch. 4, 27 sept. 2017, n° 16/00671, AJ Contrat 2017. 535, obs. N. Eréséo ; RTD civ. 2018. 114, obs. H. Barbier ; Com. 25 oct. 2017, n° 16-16.839, D. 2017. 2148 ; *ibid.* 2444, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; AJ Contrat 2018. 47, obs. E. Mouial Bassilana ; *ibid.* 2017. 530, obs. J. Lasserre Capdeville ; RTD civ. 2018. 114, obs. H. Barbier ; Paris, pôle 5, ch. 6, 22 déc. 2017, n° 16/08340).

(56) Paris, pôle 5, ch. 3, 27 janv. 2017, n° 14/24110.

(57) Paris, pôle 5, ch. 11, 3 févr. 2017, n° 15/00539.

(58) Civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, D. 1999. 197, note C. Jamin ; *ibid.* 115, obs. P. Delebecque ; RDSS 2000. 378, obs. G. Mémeteau et M. Harichaux ; RTD civ. 1999. 394, obs. J. Mestre ; *ibid.* 506, obs. J. Raynard.

« en présence d'une clause résolutoire, le juge perd tout pouvoir d'appréciation quant à la gravité de la faute et doit appliquer la sanction prévue entre les parties »<sup>59</sup>. Une faute grave n'est donc pas nécessaire pour que la clause résolutoire produise ses effets dès lors que les conditions de sa mise en œuvre sont remplies. Ce n'est pas choquant puisqu'il revient aux parties de déterminer ce qui justifie la cessation du contrat, c'est-à-dire ce qui pour elles est suffisamment grave pour que leurs relations cessent sans préavis. Le juge n'a ainsi pas à revenir sur ce que les parties ont décidé, sauf abus.

■ 36. En revanche, en l'absence d'une clause résolutoire, la faute qui fonde la résiliation doit être suffisamment grave. Le juge doit donc apprécier, en cas de litige, le degré de gravité de la faute qui est invoquée et décider si celle-ci justifie une cessation immédiate des relations. Cette distinction jurisprudentielle est d'ailleurs désormais consacrée par la loi depuis la réforme du droit des obligations par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016<sup>60</sup>.

■ 37. La chambre commerciale de la Cour de cassation est cependant revenue sur ces principes lorsque la rupture des relations est examinée à l'aune de l'article L. 442-6, I, 5°. Elle a en effet jugé que, même en présence d'une clause résolutoire, l'inexécution devait être « grave ». Ainsi, alors que le mandat prévoyait sa révocation au bénéfice du mandant pour insuffisance de résultats « sans indemnité si le mandataire n'atteignait pas au moins 80 % de l'objectif annuel d'une année considérée », le fait que celui-ci « avait seulement réalisé 40 % ou 65 % des objectifs [...] ne suffisait pas à caractériser un manquement grave [du mandataire] à ses obligations

contractuelles justifiant la rupture par [le mandant] de leurs relations commerciales sans préavis »<sup>61</sup>.

■ 38. En d'autres termes, toute rupture sans préavis suffisant examinée à l'aune de l'article L. 442-6, I, 5°, fondée ou non sur une clause résolutoire, doit être justifiée par une faute grave de la victime de la rupture. Cet arrêt surprend. En effet :

- **en premier lieu**, la décision se comprendrait si la rupture ne résultait pas d'une clause résolutoire dont la mise en œuvre ne nécessitait pas en principe une faute grave.

Certes, « le jeu de la clause résolutoire est paralysé par la mauvaise foi du créancier depuis déjà fort longtemps »<sup>62</sup>, de sorte que la toute-puissance d'une clause résolutoire trouve sa limite lorsqu'elle est mise en œuvre de manière abusive. Cependant, la chambre commerciale n'a pas reproché à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si l'auteur de la rupture était de mauvaise foi.

Il faut peut-être chercher l'explication de cet arrêt dans le fait que la responsabilité de l'auteur de la rupture étant délictuelle<sup>63</sup>, il ne peut invoquer les clauses résolutoires contractuelles pour mettre fin à la relation. De la sorte, toute rupture devrait être grave comme en l'absence de clauses résolutoires et ce même si l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce ne mentionne pas la nécessité d'une inexécution qualifiée de « grave ».

La chambre commerciale paralyserait ainsi totalement les clauses résolutoires en cas de rupture brutale au sens de l'article L. 442-6, I, 5°. Il est vrai qu'il serait contradictoire d'affirmer le principe de la responsabilité délictuelle et

(59) Y. Rouquet, D. 2001. 3047.

(60) C. civ., nouv. art. 1224.

(61) Com. 9 juill. 2013, n° 12-21.001, RTD civ. 2014. 118, obs. B. Fages. V. égal. Com. 5 avr. 2018, n° 16-19.923 : la Cour de cassation maintient sa position à propos de la rupture en cas de non-atteinte de l'objectif convenu, en l'occurrence sur trois années consécutives.

(62) C. Chabas, Répertoire de Droit Civil, Résolution – Résiliation, § 137.

(63) V. § 13 s.

de juger la rupture licite en cas de mise en œuvre d'une clause contractuelle résolutoire. Cette explication qui ne ressort cependant pas de la lecture de l'arrêt pourrait lui donner une certaine cohérence. Il n'en demeure pas moins contestable car, encore une fois, ce sont les parties qui ont défini les cas dans lesquels les relations ne pouvaient se poursuivre, de sorte que l'immixtion du juge dans l'appréciation de la faute crée une véritable insécurité.

Cette décision est d'autant plus contestable que la victime de la rupture ne manque pas de moyens pour la contester. Comme déjà souligné, elle peut invoquer l'abus de droit ou encore les articles L. 442-6, I, 2° du code de commerce ou 1171 (nouveau) du code civil pour faire valoir que la clause résolutoire invoquée est significativement déséquilibrée.

Quoi qu'il en soit, la chambre commerciale a manifestement voulu affirmer que l'article L. 442-6, I, 5° étant un texte impératif, le droit à bénéficier d'un préavis est presque absolu. Les exceptions doivent donc être limitées ;

- **en second lieu**, la question qui se pose est celle de savoir ce qui, pour la chambre commerciale, constitue une faute grave justifiant une rupture sans préavis.

Il apparaissait en effet que, compte tenu des réalisations par rapport aux objectifs et le fait que le débiteur de l'obligation était prévu par une clause prévoyant expressément le droit de mettre fin au contrat dans cette hypothèse, la faute était suffisamment grave. Dans un contrat commercial, le fait de ne pas remplir les objectifs (et de loin), qui plus est sur deux ans, est grave sauf à démontrer que des circonstances par-

ticulières auraient empêché le débiteur de la clause d'objectifs de les atteindre.

■ **39.** La position adoptée par la chambre commerciale étant particulièrement sévère pour celui qui met fin à une relation sans préavis en cas de faute de son cocontractant, la position des juges du fond à la suite de cet arrêt était attendue. L'examen de la jurisprudence récente de la cour d'appel de Paris montre que celle-ci reconnaît le droit pour les parties de mettre fin aux relations commerciales sans préavis en cas de manquements contractuels<sup>64</sup> mais souligne souvent, conformément à la décision de la Cour de cassation susvisée, que « l'inexécution qui peut être invoquée doit être suffisamment grave pour justifier la rupture sans préavis »<sup>65</sup>. Cependant, elle se montre moins stricte quant à la gravité de la faute et admet assez fréquemment la rupture sans préavis dès lors qu'il y a une faute caractérisée, même si le débat particulier de la rupture pour non-atteinte des objectifs n'est manifestement pas clos.

■ **40.** La rupture n'est ainsi pas brutale : - lorsque l'activité du distributeur est insuffisante au regard d'une clause d'objectifs.

Il a ainsi été jugé que la rupture était justifiée en cas de chute brutale des quotas de vente d'un distributeur car cela « constitue un manquement grave caractérisé justifiant la rupture immédiate, sans préavis, des relations commerciales établies »<sup>66</sup>.

En revanche, dans une autre espèce, la cour d'appel de Paris, a pu décider, sans exclure que le non-respect des quotas pouvait « justifier une rupture des relations commerciales établies entre

(64) Paris, pôle 5, ch. 11, 10 mars 2017, n° 15/04629.

(65) Paris, pôle 5, ch. 5, 23 mars 2017, n° 15/00408 ; v. égal. Paris, pôle 5, ch. 4, 7 juin 2017, n° 14/22627 ; Paris, pôle 5, ch. 5, 6 juill. 2017, n° 16/01061.

(66) Paris, pôle 5, ch. 10, 11 janv. 2017, n° 14/07959, AJ Contrat 2017. 229, obs. S. Regnault. V. égal. pour une activité insuffisante avec ou sans clause d'objectifs, Paris, pôle 5, ch., 10, 16 janv. 2017, n° 15/11969 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 22 mars 2017, n° 15/12553 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 20 sept. 2017, n° 14/21611 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 18 oct. 2017, n° 13/13261 ; Paris, pôle 5, ch. 11, 15 déc. 2017, n° 15/24483.

les deux sociétés », qu'il ne constituait pas en l'occurrence « une inexécution [...] suffisamment grave pour qu'aucun préavis ne soit respecté »<sup>67</sup>. Pourtant, la cour d'appel avait relevé que si les quotas pour la France avaient été respectés, ils ne l'avaient pas été pour quatre autres pays ;

- lorsqu'un réparateur automobile se prétend concessionnaire malgré une mise en demeure du constructeur de cesser ces agissements<sup>68</sup> ;

- lorsqu'elle est justifiée par des impayés<sup>69</sup> ;

- lorsqu'elle intervient à la suite de la violation d'une clause d'*intuitu personae* par le cocontractant lors d'une cession (changement d'actionnaire)<sup>70</sup> ;

- en cas de manquements au dispositif de lutte contre la corruption et de déclaration des liens d'intérêts<sup>71</sup> ou de mise à

disposition d'intérimaires ne remplissant pas les conditions légales du détachement transnational de travailleurs<sup>72</sup>.

■ 41. La cour d'appel de Paris ne paraît ainsi pas plus exigeante dans l'examen de la rupture sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° qu'elle ne l'est au regard des fondements contractuels traditionnels<sup>73</sup>, ce qui paraît cohérent. En effet, la victime d'une faute n'a pas à la supporter davantage lorsqu'elle est commise dans une relation commerciale au sens de l'article L. 442-6, I, 5° que lorsque la relation est soumise aux dispositions du code civil. Cependant, la chambre commerciale de la Cour de cassation maintient sa position<sup>74</sup>, cela doit inciter à la prudence dans la mise en œuvre d'une rupture sans préavis fondée sur une faute.

## V – La durée du préavis : en l'absence d'une règle « mathématique », la prudence reste de mise

535

■ 42. Le législateur a laissé le soin à l'auteur de la rupture, sous le contrôle du juge, de déterminer la durée du préavis qui doit être accordé ou au pouvoir réglementaire puisque l'article L. 442-6, I, 5° énonce que des arrêtés ministériels peuvent prévoir un délai minimum de préavis<sup>75</sup>. Par ailleurs, les accords interprofessionnels lorsqu'ils existent en la matière ne peuvent fixer que des durées de préavis minimales, de sorte qu'ils ne dispensent pas « la juridiction d'examiner si le préavis, qui respecte le délai minimal fixé par cet accord,

tient compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances de l'espèce »<sup>76</sup>. En tout état de cause, les parties et les juges ne peuvent s'en tenir au préavis contractuellement fixé, lorsqu'un tel préavis existe, s'il est insuffisant ou s'il est excessif<sup>77</sup>.

■ 43. Pour déterminer la durée du préavis à accorder, celui qui veut rompre une relation doit donc se référer à la jurisprudence. La Cour de cassation rappelle fréquemment ce qu'il convient de prendre en compte pour déterminer

(67) Paris, pôle 5, ch. 4, 8 févr. 2017, n° 15/23318.

(68) Paris, pôle 5, ch. 4, 18 janv. 2017, n° 14/06499.

(69) Paris, pôle 5, ch. 11, 10 mars 2017, n° 15/04629 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 7 juin 2017, n° 14/23455.

(70) Paris, pôle 5, ch. 4, 15 mars 2017, n° 15/05909.

(71) Paris, pôle 5, ch. 5, 30 nov. 2017, n° 15/19388.

(72) Paris, pôle 5, ch. 4, 7 mars 2018, n° 16/00852.

(73) C. civ. art. anc. 1134 et 1147 et nouv. 1104 et 1231-1.

(74) Com. 5 avr. 2018, n° 16-19.923.

(75) Cependant, de tels arrêtés n'ont jamais été pris.

(76) Com. 2 déc. 2008, n° 08-10.731, D. 2009. 92, obs. E. Chevrier.

(77) Com. 22 oct. 2013, n° 12-19.500, D. 2013. 2516 ; RTD civ. 2014. 118, obs. B. Fages ; RTD com. 2014. 389, obs. B. Boulloc.

la durée d'un préavis, à savoir que selon la formule désormais consacrée, « la durée du préavis doit être appréciée au regard de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances au moment de la notification de la rupture »<sup>78</sup>. Le critère principal est donc la durée des relations commerciales. Plus celles-ci ont été longues et plus la durée du préavis doit être élevée. Il s'agit du seul critère mentionné par l'article L. 442-6, I, 5° (outre la durée minimale des accords interprofessionnels). Il est pourtant permis de penser que la durée des relations est assez indifférente pour la fixation de la durée d'un préavis si l'objet du préavis est de permettre la reconversion du partenaire dont le contrat est résilié<sup>79</sup>. En effet, la reconversion n'est pas rendue plus difficile par le fait que les relations ont été longues mais plus sûrement par l'importance du courant d'affaires existant entre les partenaires qui se séparent.

■ 44. Pour autant, s'il paraît plus juste de s'attacher à l'importance du courant d'affaires qu'à la durée des relations, ce critère doit lui-même être nuancé, car un fort courant d'affaires entre les parties ne justifie pas toujours un délai de préavis augmenté :

- en effet, d'abord, le fait de distribuer ou de fournir exclusivement ou quasi exclusivement des produits n'implique pas toujours de se trouver en situation de dépendance.

La dépendance doit s'apprécier aussi au regard de l'existence des autres solutions dont dispose l'opérateur dont le contrat est rompu. S'il est fournisseur

exclusif alors qu'il existe sur le marché d'autres clients qu'il peut approvisionner, la dépendance n'existe pas. De même, si un distributeur peut trouver facilement d'autres fournisseurs, il ne peut prétendre être dépendant du fournisseur qui a mis fin à leur relation.

C'est ainsi qu'il a toujours été jugé que les concessionnaires automobiles ou de motocycles n'étaient pas en situation de dépendance économique vis-à-vis de leurs fournisseurs, même s'ils sont exclusifs, parce qu'ils peuvent passer d'une marque à une autre<sup>80</sup> ;

- ensuite, il est fréquent que les juges estiment que le partenaire évincé ne peut revendiquer un préavis plus long lorsque le fort courant d'affaires résulte d'un choix dudit partenaire<sup>81</sup>. C'est donc parce qu'il a pris un risque en ne se diversifiant pas qu'il ne peut revendiquer la dépendance dans laquelle il se trouve. Néanmoins, cette motivation qui repose sur le fait que la victime a commis une faute ne convainc pas. En effet, il n'est pas fautif en soi de ne vouloir travailler qu'avec un seul partenaire, cette exclusivité pouvant s'expliquer par diverses raisons tout à fait justifiées économiquement.

La question devrait être traitée autrement. Si le partenaire évincé ne s'est pas diversifié alors qu'il était possible de le faire, c'est donc qu'il n'était pas en situation de dépendance, même s'il réalisait un fort courant d'affaires avec celui qui a décidé de se séparer de lui. En conséquence, il n'y a pas à tenir compte du fort courant d'affaires en l'absence d'une dépendance économique pour allonger la période de préavis.

(78) Com. 6 nov. 2012, n° 11-24.570 ; Com. 22 oct. 2013, n° 12-19.500, D. 2013. 2516 ; RTD civ. 2014. 118, obs. B. Fages ; RTD com. 2014. 389, obs. B. Bouloc ; Com. 8 avr. 2014, n° 13-15.410, AJCA 2014. 180, obs. A. Lecourt.

(79) Com. 12 avr. 2016, n° 13-27.712, RTD civ. 2016. 618, obs. H. Barbier ; Paris, pôle 5, ch. 4, 9 mai 2018, n° 16/07127.

(80) Cons. conc., n° 89-0-16 relative à des pratiques anticoncurrentielles reprochées par la société Chaptal S.A. à la société Mercedes Benz France. V. égal., Paris, 1<sup>re</sup> ch. H, 4 mai 2004, n° ECOC0400233K (recours contre Cons. conc., n° 03-D-42 du 18 août 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par Suzuki et autres sur le marché de la distribution des motocycles).

(81) Com. 7 juill. 2015, n° 14-17.657, D. 2016. 964, obs. D. Ferrier ; Paris, pôle 5, ch. 4, 25 mai 2016, n° 14/14587 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 1<sup>er</sup> févr. 2017, n° 14/05713 ; Paris, pôle 5, ch. 11, 10 févr. 2017, n° 15/00523 ; Paris, pôle 5, ch. 5, 6 juill. 2017, n° 15/25066 ; Paris, pôle 5, ch. 5, 21 déc. 2017, n° 16/00894.



■ 45. Le critère de la durée des relations ne devrait donc pas être décisif dans l'appréciation de la durée du préavis à accorder. Pour autant, il n'est guère possible de s'en affranchir parce que le texte légal y fait expressément référence. En outre, il s'agit *a priori* d'un critère simple qui peut cependant se révéler parfois compliqué à manier, notamment lorsqu'il faut tenir compte pour déterminer la durée du préavis des relations qui ont existé avant celles liant les partenaires actuels.

■ 46. Ainsi, il a pu être jugé que le seul fait pour une entreprise d'acquiescer un fonds de commerce lors d'un plan de cession emportait la reprise de l'ancienneté de la relation commerciale entretenue antérieurement à l'acquisition avec un client dès lors que ce client avait signé avec l'acquéreur par la suite « un nouveau contrat qui n'était que la reprise, à quelques modifications près, du contrat conclu l'année précédente [...], de sorte que ce contrat s'inscrivait dans la lignée des précédents »<sup>82</sup>. Cette décision pouvait surprendre puisqu'il y avait eu un véritable changement de partenaire commercial pour le client. En outre, la seule cession du fonds n'entraîne pas en principe la cession des contrats de distribution ou de fourniture.

■ 47. La Cour de cassation est par la suite revenue à une position plus traditionnelle, jugeant que la cession du fonds de commerce ne substituait pas de plein droit « le cessionnaire au cédant dans les relations contractuelles et commerciales que cette société entretenait » avec un transporteur, et ce même si le cessionnaire avait confié après l'acquisition du

fonds des prestations de transport, car « ces seuls éléments ne permettent pas de considérer que [le cessionnaire] ait eu l'intention de poursuivre la relation commerciale initialement nouée entre le cédant et le transporteur »<sup>83</sup>. Sauf circonstances particulières, il n'y avait donc pas à tenir compte de la relation antérieurement nouée pour déterminer la durée du préavis<sup>84</sup>. Cette décision avait le mérite de réduire l'insécurité juridique. En effet, la mémoire d'une entreprise a ses limites. Plus la relation a été longue et plus il est difficile de savoir à quand remontent les relations. S'il faut en plus s'interroger sur le point de savoir si les relations avec un partenaire n'ont pas pour origine des relations antérieurement nouées avec un autre partenaire qui lui aurait cédé un fonds de commerce, la détermination de la durée des relations devient très complexe et risquée.

■ 48. Néanmoins, un arrêt postérieur de la chambre commerciale de la Cour de cassation jette à nouveau le trouble sur une question qui semblait réglée<sup>85</sup>. Une cour d'appel avait considéré qu'un fournisseur dont la relation avait été rompue par un client ne pouvait se prévaloir des relations entretenues antérieurement par ce même client avec un autre fournisseur. La cour d'appel relevait notamment qu'aucune cession de fonds de commerce n'était manifestement intervenue entre l'ancien et le nouveau fournisseur. Cet arrêt est cassé car le fait que dans le contrat conclu avec le fournisseur par le client, il était fait référence aux anciens contrats conclus avec le précédent fournisseur et que ce contrat comportait la mention

(82) Com. 2 nov. 2011, n° 10-25.323, D. 2012. 795, note C. Mouly-Guillemaud ; *ibid.* 577, obs. D. Ferrier.

(83) Com. 15 sept. 2015, n° 14-17.964, D. 2016. 59, note C. Mouly-Guillemaud ; *ibid.* 2526, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; AJCA 2015. 477, obs. J.-D. Bretzner ; RTD civ. 2015. 885, obs. H. Barbier. V. égal. dans le même sens, Com. 3 mai 2016, n° 15-10.158, D. 2016. 2484, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *ibid.* 2017. 881, obs. D. Ferrier ; Paris, pôle 5, ch. 4, 3 mai 2017, n° 14/22028 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 26 avr. 2017, n° 15/10316 ; Paris, pôle 5, ch. 5, 22 juin 2017, n° 16/10556.

(84) Une partie ne peut pas non plus se prévaloir d'une relation unique avec un groupe lorsqu'elle a noué des relations avec trois sociétés de ce groupe (Paris, pôle 5, ch. 4, 27 sept. 2017, n° 15/24236). V. égal. Paris, pôle 5, ch. 4, 22 nov. 2017, n° 15/01067, D. 2018. 865, obs. D. Ferrier ; Paris, pôle 5, ch. 4, 20 déc. 2017, n° 15/20154 ; Paris, pôle 5, ch. 5, 1<sup>er</sup> févr. 2018, n° 15/11151.

(85) Com. 26 avr. 2017, n° 16-12.881.

« annule et remplace » lesdits contrats antérieurs, aurait dû conduire la Cour à rechercher s'il ne résultait pas de cette mention « que la relation initialement nouée [...] s'était poursuivie » entre le nouveau fournisseur et le client.

■ 49. Compte tenu de la position adoptée aux termes de son arrêt du 15 septembre 2015, la chambre commerciale semble opérer un retour en arrière. En outre, alors même que la cour d'appel s'était enquis de savoir s'il y avait eu une cession de fonds, un apport d'actif ou encore une cession de contrat, l'on ne voit pas quelle recherche supplémentaire celle-ci devait faire. S'il est vrai qu'il est étonnant qu'une référence à des contrats conclus par l'ancien fournisseur figure dans le contrat conclu avec le nouveau fournisseur, la cour d'appel s'était manifestement posé les bonnes questions et n'avait pas obtenu de réponses satisfaisantes. La cassation paraît donc sévère.

■ 50. L'arrêt après renvoi est décevant. En effet, la cour d'appel s'incline au motif que l'« identité d'objet [*des contrats*] conduit à juger que la relation initialement nouée [*par un fournisseur avec le client*] s'est poursuivie au moyen du contrat signé [*par un autre fournisseur avec le même client*] » sans jamais expliquer le lien entre les fournisseurs successifs qui justifierait la reprise d'ancienneté<sup>86</sup>. La détermination de la durée du préavis à accorder est donc une opération d'autant plus délicate que les principes pour y parvenir sont loin d'être tous fixés définitivement.

■ 51. Si la durée des relations est un critère important, il s'agit cependant selon la jurisprudence d'un critère parmi d'autres. Ainsi, selon la cour d'appel de Paris, « le délai de préavis doit s'entendre du temps nécessaire à l'entre-

prise délaissée pour se réorganiser en fonction de la durée, de la nature et des spécificités de la relation commerciale établie, du produit ou du service concerné [...]. Les principaux critères à prendre en compte sont l'ancienneté des relations, le volume d'affaires et la progression du chiffre d'affaires, les investissements effectués, les relations d'exclusivité, la spécificité des produits et la dépendance économique »<sup>87</sup>.

■ 52. Cependant, si la durée des relations est présentée comme un critère parmi d'autres, il reste le principal critère. Les juridictions prennent d'abord en considération la durée des relations et ajustent ensuite la durée du préavis qu'elles déterminent en fonction des autres éléments de l'espèce et notamment du niveau du courant d'affaires. L'idée assez répandue selon laquelle le préavis à accorder doit être d'un mois par année de relation n'est pas toujours vérifiée. Il s'agit cependant d'un ordre de grandeur intéressant pour déterminer la durée d'un préavis. Quant au plafonnement du préavis à vingt-quatre mois, l'examen de la jurisprudence montre effectivement que la durée des préavis déterminée par les juges va rarement au-delà. En effet, si la durée d'un préavis a pu être fixée à trente-six mois, les circonstances étaient exceptionnelles (durée des relations de soixante ans, dépendance économique et reconversion rendue difficile pour le distributeur en raison de la spécificité de l'activité et des produits et par l'absence d'un fournisseur de remplacement, de sorte que pour le distributeur il s'agissait d'« une réorientation importante de son activité et non le remplacement d'un simple fournisseur »<sup>88</sup>).

■ 53. Le tableau ci-contre recense la durée des préavis suffisante telle que déterminée par la jurisprudence au tra-

(86) Paris, pôle 5, ch. 11, 19 janv. 2018, n° 17/11354.

(87) Paris, pôle 5, ch. 4, 19 avr. 2017, n° 16/02308. V. égal. Paris, pôle 5, ch. 5, 2 mars 2017, n° 15/10786 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 8 mars 2017, n° 14/17164.

(88) Paris, pôle 5, ch. 4, 7 janv. 2015, n° 12/17844, pourvoi rejeté par Com. 4 oct. 2016, n° 15-14.025, RTD com. 2016. 719, obs. M. Chagny.

Décisions	Durée des relations	Niveau du courant d'affaires*	Durée du préavis qui aurait dû être accordée
Paris, pôle 5, ch. 10, 9 janv. 2017, n° 15/17533	12 ans	90 %	12 mois
Paris, pôle 5, ch. 5, 2 févr. 2017, n° 15/04850	20 ans	30 à 40 %	12 mois
Paris, pôle 5, ch. 4, 15 févr. 2017, n° 14/16376	18 ans	2 %	10 mois
Paris, pôle 5, ch. 4, 22 févr. 2017, n° 14/02772	22 ans	31,3 %	12 mois
Paris, pôle 5, ch. 4, 8 mars 2017, n° 14/13430	10 ans et 5 mois	30 %	8 mois
Paris, pôle 5, ch. 4, 8 mars 2017, n° 14/17164	13 ans	34 à 55 % selon les années	9 mois
Paris, pôle 1, ch. 8, 24 mars 2017, n° 17/00938 (référé)	15 ans	Entre 65 % et 80 % selon les années	15 mois
Paris, pôle 5, ch. 4, 29 mars 2017, n° 14/16043	12 ans	12 %	12 mois
Com. 26 avr. 2017, n° 15-23.078	35 ans	89 à 91 %	24 mois
Paris, pôle 1, ch. 3, 10 juil. 2017, n° 17/06864 (référé)	11 ans	72 %	11 mois
Paris, pôle 5, ch. 4, 20 sept. 2017, n° 16/04958	16 ans	1 %	5 mois
Paris, pôle 5, ch. 4, 4 oct. 2017, n° 16/06208	50 ans	41 %	18 mois
Paris, pôle 5, ch. 4, 11 oct. 2017, n° 15/22585	9 ans	50 %	10 mois
Paris, pôle 5, ch. 4, 22 nov. 2017, n° 16/09705	22 ans	80 %	14 mois
Paris, pôle 5, ch. 4, 13 déc. 2017, n° 15/18919	7 ans	90 %	8 mois
Paris pôle 5, ch. 11, 19 janv. 2018, n° 15/10939	12 ans	Quasi 100 %	18 mois
Paris, pôle 5, ch. 4, 7 févr. 2018, n° 16/00080	9 ans	33 %	4 mois
Paris, pôle 5, ch. 4, 21 févr. 2018, n° 15/08409	12 ans	40 %	10 mois
Paris, pôle 5, ch. 4, 28 févr. 2018, n° 15/06357	9 ans	80 %	9 mois
Paris, pôle 5, ch. 4, 7 mars 2018, n° 15/11696	13 ans	Clause d'exclusivité	24 mois
Paris, pôle 5, ch. 4, 21 mars 2018, n° 16/05253	11 ans	1,02 %	9 mois
Paris, pôle 5, ch. 4, 28 mars 2018, n° 16/06957	12 ans	0,8 %	6 mois
Paris, pôle 5, ch. 4, 28 mars 2018, n° 16/06477	16 ans	44 %	12 mois
Paris, pôle 5, ch. 4, 4 avr. 2018, n° 16/06822	16 ans	10 %	12 mois

(\*) Part du chiffre d'affaires de la victime de la rupture réalisée avec l'auteur de la rupture.

vers d'arrêts rendus au cours des derniers mois en tenant compte de deux données, la durée des relations et le niveau du courant d'affaires entre les parties :

■ 54. Ce tableau montre qu'il est bien difficile de dégager une règle mathématique pour déterminer la durée des préavis. Tout au plus peut-on faire observer que, à quelques exceptions près, si l'on pouvait penser au moment où l'article L. 442-6, I, 5° prenait son essor que la durée des préavis allait s'allonger, la jurisprudence récente de la cour d'appel de Paris ne le montre pas. Les décisions sont en outre plutôt bien motivées quant à la durée des préavis, montrant un vrai souci de prendre en compte un maximum d'éléments pour se déterminer.

■ 55. Il appartient donc à celui qui veut mettre fin à une relation commerciale de faire la même analyse multicritère

et, en cas de doute, de ne pas hésiter à accorder quelques mois de plus<sup>89</sup>. Il est évidemment toujours dérangeant pour des opérateurs de ne pas disposer d'une sécurité juridique. La tentation est donc grande, afin de leur donner plus de sécurité, de demander au législateur de fixer la durée des préavis ou prévoir un plafonnement ou encore déterminer une fourchette. Cela semble cependant illusoire, car les situations de fait sont très diverses. Un texte légal n'est donc *a priori* pas adapté pour fixer la durée des préavis. En revanche, des accords interprofessionnels fixant la durée des préavis et non des préavis d'une durée minimale pourraient être envisagés. Afin que les durées de préavis ne s'appliquent pas seulement aux entreprises signataires de l'accord interprofessionnel, un texte réglementaire pourrait les rendre obligatoires pour l'ensemble du secteur concerné.

## VI – Le préjudice en cas de préavis insuffisant : la Cour de cassation remet en cause le principe selon lequel un préjudice doit être démontré

■ 56. L'indemnisation en cas de préavis insuffisant sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce a donné lieu à une jurisprudence nette de la chambre commerciale de la Cour de cassation, à défaut d'être exempte de tout reproche : « en cas d'insuffisance du préavis, le préjudice en résultant est évalué en fonction de la durée du préavis jugée nécessaire »<sup>90</sup>. La Haute juridiction considère donc que même si la partie qui subit la rupture a pu se reconvertir avant même la fin du préavis qui aurait dû lui être accordé, cela est indifférent. La Cour de cassation se place au moment de la rupture pour déterminer le préjudice

et son étendue, refusant de prendre en compte tout élément postérieur. Pourtant, il est de principe que le préjudice n'est pas déterminé au moment de la faute mais au moment où le juge statue<sup>91</sup>, y compris lorsque cette responsabilité est délictuelle<sup>92</sup>. Ce principe permet de tenir compte soit d'une aggravation du préjudice, soit de sa diminution depuis que le dommage a été subi. La position de la chambre commerciale est donc tout à fait dérangeante, car elle revient à forfaitiser un préjudice et à rendre son indemnisation automatique. La chambre commerciale est ainsi revenue sur un principe fondamental du droit français

(89) Le préavis doit être doublé en cas de fourniture de produits sous marque de distributeur (s'agissant de la définition de ces produits, v. C. consom., art. R. 412-47 et Paris, pôle 5, ch. 5, 30 nov. 2017, n° 16/03369).

(90) Com. 9 juill. 2013, n° 12-20.468, D. 2013. 2324, note C. Mouly-Guillemaud ; *ibid.* 2014. 893, obs. D. Ferrier.

(91) Com. 23 janv. 1973, n° 71-12.255 ; Com. 24 févr. 2000, n° 98-15.222, D. 2000. 85 ; Com. 7 juill. 2004, n° 02-15.208.

(92) Crim. 1<sup>er</sup> mars 2011, 10-85.965.

de la responsabilité civile, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle, selon lequel un préjudice doit être démontré.

■ 57. L'indemnisation au titre de l'article L. 442-6, I, 5° ne suppose que de rapporter la preuve de la faute, c'est-à-dire de l'insuffisance ou de l'absence de préavis. La nécessité de démontrer un préjudice et un lien de causalité a disparu. Malgré les critiques, la chambre commerciale continue à statuer en ce sens<sup>93</sup>. Certes, elle peut être suivie lorsqu'elle affirme que la victime n'a pas l'obligation de limiter son préjudice à l'issue du préavis<sup>94</sup>, même si ce n'est pas encourager une attitude très commerciale. Cependant, si la victime parvient à minimiser les conséquences de la rupture, il est juste, au regard de l'évaluation du préjudice, d'en tenir compte. S'il n'y a ni manque à gagner ni perte, il n'y a pas lieu d'indemniser<sup>95</sup>. La cour d'appel de Paris a bien pris note de la position de la chambre commerciale<sup>96</sup>, mais elle s'en écarte parfois lorsque le préjudice invoqué apparaît à l'évidence inexistant<sup>97</sup>.

■ 58. En ce qui concerne le montant de l'indemnisation, s'il est acquis que le préjudice est évalué en tenant compte de la marge qui aurait dû être perçue pendant la durée du préavis qui devait être accordée, encore faut-il savoir s'il s'agit de la marge brute ou de la marge sur coûts variables, voire de la marge nette.

■ 59. La distinction entre ces notions est importante. La difficulté est qu'il n'en existe pas de définition précise. Cependant, généralement, la marge brute résulte de la différence entre les ventes et les achats (après déduction de la variation du stock) en matière de vente de marchandises et correspond au chiffre d'affaires en ce qui concerne l'activité de prestations de service. S'agissant de la marge sur coûts variables (parfois appelée semi-brute ou semi-nette), elle est obtenue après déduction de la marge brute des coûts variables, c'est-à-dire les coûts qui ne sont plus exposés du fait de la cessation de la relation commerciale (frais de prospection, de financement de stock, primes vendeurs...). Quant à la marge nette, il s'agit de ce qui reste à l'entreprise après déduction de l'ensemble des frais fixes et variables.

■ 60. Un préjudice résultant de la cessation d'une relation commerciale ne peut à l'évidence pas être évalué à hauteur de la marge brute. Tous les frais dits « variables » qui ne sont plus exposés du fait de la cessation des relations doivent être déduits. Pourtant, dans la jurisprudence récente, nombre de décisions indemnisent le préjudice résultant de la cessation des relations à hauteur de la marge brute perdue<sup>98</sup>. Cette jurisprudence s'explique sans doute parce que l'auteur de la rupture ne se défend pas ou se défend mal sur le préjudice,

(93) Com. 20 mai 2014, n° 13-16.398, D. 2014. 1196 ; *ibid.* 2488, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; AJCA 2014. 240, obs. M. Nezam ; Com. 3 févr. 2015, n°s 13-24.592 et 13-25.496 ; Com. 4 oct. 2016, n° 15.14.205 ; Com. 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 15-12.785, D. 2018. 865, obs. D. Ferrier ; Com. 5 juill. 2017, n° 16-14.201, D. 2017. 2444, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *ibid.* 2018. 865, obs. D. Ferrier ; Com. 5 avr. 2018, n° 16-26.568.

(94) Com. 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 15-12.785, D. 2018. 865, obs. D. Ferrier.

(95) « Ce principe de forfaitisation de l'indemnité, dont le non-respect expose les juridictions à la censure, a cependant pour conséquences contestables, sur le plan juridique, de malmener le principe pourtant fermement ancré en droit français de la réparation intégrale et, d'un point de vue économique, d'être, dans certains cas, à l'origine d'un effet d'aubaine pour la victime évincée et d'une sanction pécuniaire à l'encontre de l'auteur de la rupture », M. Chagny, RTD com. 2016. 719.

(96) Paris, pôle 5, ch. 11, 6 janv. 2017, n° 14/22793 ; Paris, pôle 5, ch. 5, 2 févr. 2017, n° 14/17164 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 15 févr. 2017, n° 14/16376 ; Paris, pôle 5, ch. 5, 15 mars 2018, n° 15/19370.

(97) Paris, pôle 5, ch. 5, 9 nov. 2017, n° 15/17687 (« la victime de la rupture doit démontrer avec certitude que la rupture lui a causé une perte de marge pendant la période où elle aurait dû bénéficier d'un préavis »). V. égal. Paris, pôle 5, ch. 4, 9 mai 2018, n° 16/07127.

(98) Paris, pôle 5, ch. 11, 6 janv. 2017, n° 14/22793 ; Paris, pôle 5, ch. 10, 9 janv. 2017, n° 15/17533, D. 2017. 2444, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Paris, pôle 5, ch. 11, 20 janv. 2017, n° 14/25756 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 15 févr. 2017, n° 14/16376 ; Paris, pôle 5, ch. 5, 25 janv. 2018, n° 15/16368 ; Paris, pôle 5, ch. 5, 1<sup>er</sup> févr. 2018, n° 15/11151.

ne contestant pas ou mal l'indemnisation à hauteur de la marge brute demandée.

■ **61.** En effet, au cours de ces dernières années, l'on observe que les juges du fond ne sont plus attachés à la marge brute dès lors qu'il est montré que les frais variables doivent être déduits car ils ne sont plus supportés<sup>99</sup>. Sans doute qu'une analyse plus fine pourrait montrer que certains frais dits « fixes » pourraient également être déduits parce que les termes « frais fixes » ne veulent pas dire que ces frais sont irréductibles<sup>100</sup>. Ils mettent simplement plus de temps à être réduits.

■ **62.** Si le principe de l'indemnisation à hauteur de la marge perdue est bien arrêté, les préjudices annexes sont en général écartés au motif que seules les conséquences de la brutalité de la rupture ouvrent droit à l'indemnisation et non la rupture elle-même<sup>101</sup>. En effet, si la Cour de cassation semble inflexible

sur le caractère automatique de l'indemnisation en cas de rupture brutale, elle l'est tout autant pour cantonner l'indemnisation à la marge perdue<sup>102</sup>. Ainsi, lors de l'examen des préjudices annexes, la chambre commerciale revient au principe selon lequel un lien de causalité entre la faute et le préjudice doit être démontré.

■ **63.** Par exemple, n'a pas été démontré le lien de causalité entre la rupture brutale et le coût des licenciements<sup>103</sup>, l'image et le préjudice moral<sup>104</sup>, la reprise d'un stock<sup>105</sup>, la perte de la valeur du fonds de commerce<sup>106</sup>, des investissements<sup>107</sup> ou encore une liquidation judiciaire<sup>108</sup>. En revanche, la perte sur une machine achetée spécifiquement pour exécuter la relation commerciale est en lien avec la rupture brutale<sup>109</sup>. Les juges ne rejettent pas par principe les préjudices autres que la marge. Ils s'interrogent sur le lien entre ceux-ci et la rupture brutale.

\*\*\*

■ **64.** Pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué ? C'est la question qui vient à l'esprit à la lecture des

décisions rendues sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce. La mise en œuvre du texte qui,

(99) Paris, pôle 5, ch. 4, 8 mars 2017, n° 14/13430 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 26 avr. 2017, n° 13/02074 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 28 juin 2017, n° 14/26044 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 18 oct. 2017, n° 15/18283 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 22 nov. 2017, n° 16/09705 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 7 févr. 2018, n° 15/07473 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 21 mars 2018, n° 16/06382 ; Paris, pôle 5, ch. 11, 4 mai 2018, n° 16/23405.

(100) Paris, pôle 5, ch. 4, 26 avr. 2017, n° 13/02074.

(101) Paris, pôle 5, ch. 5, 2 févr. 2017, n° 15/04850 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 8 mars 2017, n° 14/17164 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 29 mars 2017, n° 15/16932 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 29 mars 2017, n° 15/22953.

(102) Com. 11 juin 2013, n° 12-20.846, D. 2013. 2812, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Com. 10 févr. 2015, n° 13-26.414, D. 2015. 429 ; *ibid.* 2016. 964, obs. D. Ferrier ; AJCA 2015. 182, obs. S. Carval ; RTD civ. 2015. 381, obs. H. Barbier ; Com. 5 juill. 2016, n° 15-17.004, D. 2016. 1557 ; *ibid.* 2484, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; AJ Contrat 2016. 439, obs. S. Regnault ; RTD civ. 2016. 837, obs. H. Barbier ; RTD com. 2016. 719, obs. M. Chagny ; Com. 6 sept. 2016, n° 15-10.324, D. 2016. 2484, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra.

(103) Paris, pôle 5, ch. 5, 2 févr. 2017, n° 15/04850 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 8 mars 2017, n° 14/17164 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 25 oct. 2017, n° 16/20059 ; Paris, pôle 5, ch. 11, 10 nov. 2017, n° 15/23523 ; Paris, pôle 5, ch. 5, 22 mars 2018, n° 15/24108.

(104) Paris, pôle 5, ch. 5, 2 févr. 2017, n° 15/04850 ; Paris, pôle 5, ch. 4, 28 mars 2018, n° 15/12951. V. cependant, Com. 5 avr. 2018, n° 16-26.568.

(105) Paris, pôle 5, ch. 4, 22 févr. 2017, n° 14/02772 ; V. cependant, Paris, pôle 5, ch. 5, 15 mars 2018, n° 15/19370.

(106) Paris, pôle 5, ch. 11, 19 janv. 2018, n° 15/10939.

(107) Paris, pôle 5, ch. 5, 25 janv. 2018, n° 15/16368.

(108) Paris, pôle 5, ch. 4, 29 mars 2017, n° 15/22953.

(109) Paris, pôle 5, ch. 4, 29 mars 2017, n° 15/22953.

répétons-le, a toute sa place dans le code de commerce <sup>110</sup>, est rendue complexe et incertaine alors que si les principes juridiques bien connus (notamment ceux de la responsabilité civile contractuelle) étaient appliqués, le texte serait tout aussi efficace et garantirait davantage aux opérateurs une sécurité juridique. Il faut donc souhaiter que la chambre commerciale de la Cour de cassation ajuste sa jurisprudence pour donner au texte toute sa cohérence comme elle l'a fait à propos de la recevabilité des recours

contre les jugements rendus sur les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5°, justifiant ce revirement précisément par le souci de sécurité juridique <sup>111</sup>. Le chemin à parcourir dans cette direction paraît cependant assez long. Le législateur pourrait intervenir puisque le projet de loi « agriculture et alimentation » envisage de « simplifier et préciser les définitions des pratiques mentionnées à l'article L. 442-6, en ce qui concerne notamment la rupture brutale des relations commerciales [...] » <sup>112</sup>.

(110) Ce texte va beaucoup plus loin que l'art. 1211 (nouveau) du code civil qui fait prévaloir le préavis contractuel lorsqu'il existe. La réforme du droit des obligations n'a donc pas retiré son intérêt à ce texte.

(111) V. § 9 s.

(112) V. art. 10 du projet de loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous (enregistré à la Présidence du Sénat le 13 juin 2018).



