

20 Un bilan du droit de la rupture de relations commerciales établies

Après plus de vingt ans d'application, l'interdiction de la rupture brutale de relations commerciales établies a abouti à un droit incohérent, facteur d'insécurité juridique et d'inefficacité économique. Tel est le tableau dressé par Louis Vogel et Joseph Vogel, pour qui une réforme s'impose.

1 En droit français, depuis 1996, le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou artisan de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, **sans préavis écrit** tenant compte de la durée de la relation commerciale, engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé (C. com. art. L 441-6, I-5° issu de la loi Galland du 1-7-1996).

Vingt ans après l'adoption du texte, celui-ci s'est durablement imposé dans la vie des affaires. Il n'est plus possible en principe de mettre fin à une relation commerciale établie en France sans respecter un préavis suffisant, sauf faute particulièrement grave, sous peine d'importants dommages-intérêts, même si le partenaire n'a subi aucun préjudice et s'est reconverti.

Alors que cette disposition avait été imaginée à l'origine pour **protéger les fournisseurs de la grande distribution** contre les déréférencements brutaux des enseignes, le texte s'applique aujourd'hui très largement à toute une série d'entreprises, les fournisseurs de la grande distribution étant paradoxalement peut-être les moins protégés, les enseignes ayant pris l'habitude de précariser leurs relations avec eux en les soumettant de façon répétée à des appels d'offres qui rendent la protection inapplicable.

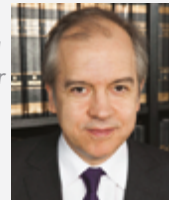
2 Le succès du droit de la rupture de relations commerciales établies s'accompagne d'importants **effets pervers**. Alors que, dans une économie de marché, chaque entreprise doit pouvoir faire appel librement et rapidement aux partenaires les plus performants, dans la plupart des rapports commerciaux noués en France, il n'est plus possible de choisir le fournisseur ou le prestataire le mieux-disant. Dès lors que la relation est ancienne, un long préavis pouvant aller jusqu'à deux ou trois ans s'impose pour changer de partenaire. La forte protection des opérateurs en place et la res-

Louis Vogel est professeur de droit à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), avocat au barreau de Paris et Président du Club d'Iéna.



LOUIS VOGEL
Professeur

Joseph Vogel est avocat au Barreau de Paris, fondateur avec son frère Louis Vogel du cabinet Vogel & Vogel, spécialisé en droit de la concurrence, de la distribution et de la consommation.



JOSEPH VOGEL
Avocat

triction à l'entrée sur le marché d'entreprises performantes et innovantes n'est pas efficiente.

La jurisprudence a tenté d'y remédier en limitant le champ d'application et la portée du texte. Ses efforts demeurent cependant vains. La **rigidification des relations commerciales** demeure. Pire, les efforts de cantonnement menés en ordre dispersé par les juridictions conduisent à d'importantes **incohérences** : des situations proches sont traitées différemment et les partenaires les plus dignes de protection en sont souvent privés alors que ceux qui n'en ont pas besoin peuvent en bénéficier.

3 Ces incohérences s'accompagnent d'une forte **insécurité juridique**. Des courants jurisprudentiels contraires opposent les juges du fond et la Cour de cassation ou même différentes chambres au sein d'une même juridiction. Enfin, fondamentalement, l'**inefficacité économique** demeure et résulte tant de la rigidité des relations que de la longueur des préavis entre partenaires qui ne souhaitent plus travailler ensemble mais sont contraints de poursuivre des relations forcées pour ne pas subir le coût des indemnités de rupture. Cette incohérence généralisée, facteur d'insécurité juridique et d'inefficacité économique, qui concerne aussi bien les conditions d'application du texte que le

régime des sanctions milite en faveur d'une réforme.

I. Incohérence, inefficacité et insécurité juridique des conditions d'application de la rupture de relations commerciales établies

4 L'application de l'article L 442-6, I-5° du Code de commerce implique la réunion de quatre conditions : une relation commerciale (A), au caractère établi (B), rompue brutalement, sans préavis suffisant (C), sauf faute grave (D).

A. UN CHAMP D'APPLICATION À GÉOMÉTRIE VARIABLE

5 La jurisprudence a eu tendance à élargir considérablement le champ d'application du texte, avant d'en exclure a priori certaines professions réglementées ou relations à statut spécifique.

L'extension du champ d'application

6 La notion de **producteur, commerçant, industriel ou artisan** a été entendue dans un sens très large par la jurisprudence.

Ont ainsi été considérés comme relevant de son champ d'application en tant qu'auteur de la rupture une mutuelle d'assurances (dans ses rapports avec des carrossiers), ou encore certaines associations, lorsqu'elles exercent une activité de producteur, commerçant, industriel, prestataire de services ou artisan (CA Paris 4-1-2017 n° 14/08156 : LawLex1742 ; CA Rennes 28-2-2014 n° 11/02541 : LawLex141682, Rev. Lamy de la concurrence 2014 n° 2611 obs. S. Beaumont et M. Chevallier, accomplissement des actes de commerce (Cass. com. 25-1-2017 n° 15-13.013 FS-PBI : LawLex17143, BRDA 4/17 inf. 18) et que le demandeur le fait valoir contre elles (Cass. com. 5-1-2016 n° 14-15.555 FS-D : LawLex1653, AJCA 2016 act. p. 155 obs. S. Carval).

Le champ des **victimes** pouvant bénéficier de la protection est encore plus étendu puisque celle-ci a été accordée à un photographe (TGI Paris 14-1-2016 n° 12/09966 : LawLex16171), un architecte (Cass. com. 16-12-2008 n° 07-18.050 : LawLex0945, RJDA 5/09 n° 477), une association (Cass. com. 6-2-2007 n° 03-20.463 : LawLex07205, RJDA 7/07 n° 784 ; Cass. com. 25-1-2017 n° 15-13.013, précité) ou un expert de sinistres (CA Paris 9-1-2017 n° 15/17533 : LawLex1793, Rev. Lamy de la concurrence 2017 n° 3114).

Les professions et relations exclues

7 Semblant considérer que la notion de relation commerciale suppose l'exécution d'actes de commerce de manière habituelle, la jurisprudence a exclu du bénéfice de la protection les **professions réglementées** dont le statut leur interdit de se livrer à une activité commerciale.

Il en a ainsi été jugé pour les médecins libéraux (Cass. 1^{er} civ. 22-1-2009 n° 07-21.233 F-D : LawLex161606), les huissiers (CA Lyon 8-9-2005 n° 04/01046 : LawLex06386), les notaires (Cass. com. 20-1-2009 n° 07-17.556 F-PB : LawLex09207, RJDA 5/09 n° 477, JCP G 2009 I n° 138 §12 obs. N. Sauphanor-Brouillaud), les avocats (Cass. com. 24-11-2015 n° 14-22.578 F-D : LawLex151608, RJDA 3/16 n° 232) et les conseils en propriété intellectuelle (Cass. com. 3-4-2013 n° 12-17.905 F-PB : LawLex13537, RJDA 8-9/13 n° 753).

Pour tenter de contenir l'expansion sans limite du champ d'application de l'article L 442-6, I-5° du Code de commerce, les juridictions l'écartent aussi lorsqu'un **texte spécial** prévoit des règles spécifiques de préavis.

Ne relèvent pas du texte les relations entre les agents commerciaux et leurs mandants, soumises à l'article L 134-11 du Code de commerce (Cass. com. 3-4-2012 n° 11-13.527 FS-PB : LawLex12541, RJDA 8-9/12 n° 804 ; CA Paris 5-2-2015 n° 13/11944 : LawLex15156), les transports publics de

marchandises exécutés par des sous-traitants (Cass. com. 4-10-2011 n° 10-20.240 FS-PB : LawLex111572, RJDA 1/12 n° 93 ; Cass. com. 18-10-2016 n° 15-13.725 : LawLex161724, RJDA 2/17 n° 139), la gérance-mandat régie par les dispositions spéciales de l'article L 146-4 du Code de commerce (CA Paris 23-9-2016 n° 16/08899 : LawLex161535), les rapports internes à une société (CA Paris 3-2-2016 n° 13/15768 : LawLex16256), ou à une coopérative, qui relèvent des dispositions de la loi du 10 septembre 1947 (Cass. com. 8-2-2017 n° 15-23.050 F-PB : LawLex17289, BRDA 5/17 inf. 19), les crédits bancaires (CA Montpellier 20-11-2012 n° 11/06281 : LawLex122365 ; CA Paris 4-2-2016 n° 14/21853 : LawLex16365) ou les baux commerciaux (CA Paris 27-1-2017 n° 14/24110 : LawLex17179, au motif curieux qu'il ne s'agirait pas d'une activité de production de biens ou de prestations de services).

Le traitement inégal de situations comparables

8 La combinaison d'une interprétation large du champ d'application du texte avec l'exclusion de certaines professions et de certaines relations n'obéit pas toujours à une logique évidente et conduit à traiter très différemment des situations économiques pourtant comparables. On voit mal pourquoi la protection accordée sans problème à un photographe, un architecte ou à une association serait déniée à une étude notariale ou à un cabinet d'avocats. Le fondement avancé, l'absence d'autorisation d'exercer une activité commerciale, apparaît aujourd'hui d'autant plus fragile que l'évolution de la réglementation va dans le sens d'une autorisation de certaines **professions réglementées**, comme les experts-comptables ou les avocats, à exercer en partie des activités commerciales.

L'exemple des experts-comptables illustre bien les divergences jurisprudentielles : certaines décisions les excluent du champ d'application du texte sous prétexte qu'ils n'exerceraient pas une activité commerciale (CA Paris 18-3-2016 n° 13/17054 : LawLex16685), alors que d'autres leur accordent la protection lorsque la rupture émane d'un commerçant ou parce que le caractère libéral de leur profession n'interdit pas l'exercice d'activités commerciales en rapport avec elle (CA Paris 11-2-2016 n° 14/17563 : LawLex16315).

9 Des situations économiques identiques se voient ainsi appliquer des ré-

gimes différents. La **réforme du droit des contrats** résultant de l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 applicable aux contrats conclus à compter du 1^{er} oc-

tobre 2016 ne changera pas fondamentalement la situation puisque, si elle postule qu'un contrat à durée indéterminée ne peut être résilié que moyennant un préavis raisonnable, elle prévoit que la règle peut être écartée par la stipulation d'un préavis contractuel, contrairement au droit com-

mun de l'article L 442-6, I-5° du Code de commerce.

L'exclusion de certaines relations juridiques, soumises à un **préavis spécifique**, produit les mêmes distorsions : un transporteur lié par un contrat direct de transport avec son client pourra ainsi bénéficier d'un long délai de préavis au titre de l'article L 442-6, I-5°, alors que le sous-traitant de transport réalisant une même prestation économique ne pourra revendiquer qu'un préavis maximum de trois mois.

B. UNE RELATION ÉTABLIE AUX CONTOURS ÉVOLUTIFS

La tendance à la reconnaissance aisée d'une relation commerciale établie

10 L'article L 442-6, I-5° du Code de commerce ne définit pas la notion de relation commerciale établie. La jurisprudence a tendance à y assimiler toute relation s'inscrivant dans la durée, caractérisée par une continuité et une stabilité du rapport d'affaires, l'absence d'écrit, de contrat-cadre, d'exclusivité ou de garantie de chiffre d'affaires étant indifférents à la qualification.

Le cantonnement de l'extension de la notion de relation commerciale établie

11 Peut-être effrayés par l'extension continue de la notion de relation commerciale établie et l'allongement considérable des durées contractuelles pouvant être prises en compte, les juges ont posé des limites en termes de précarité et de continuité de la relation.

12 **La précarisation de la relation.** Les relations précaires sont écartées du champ d'application de l'article L 442-6, I-5°.

La précarité peut résulter du **déroulement des relations**, marquées par une forte insatisfaction de l'un des partenaires qui exclut leur poursuite, à condition que la fin des relations fasse l'objet d'une notification écrite et ne soit pas simplement prévisible (Cass. com. 6-9-2016 n° 14-25.891 FS-PBI : LawLex161376, RJDA 12/16 n° 908). Elle peut encore résulter du recours systématique à des **appels d'offres**, la mise en concurrence régulière d'un fournisseur ou d'un prestataire privant les relations de toute permanence (Cass. com. 20-9-2011 n° 10-15.750 F-D : LawLex111525, Contrats conc. consom. 2012 comm. n° 12 note N. Mathey ; CA Paris 7-9-2016 n° 14/06517 : LawLex161411 ; CA Paris 7-10-2016 n° 13/19175 : LawLex161644).

13 **Les limites à la perpétuation de la relation.** Il a d'abord été admis que le calcul de l'ancienneté des relations devait prendre en compte la totalité de la durée des relations avec les propriétaires successifs d'un fonds de commerce. Ainsi, lorsqu'une société reprend, dans le cadre d'un plan de cession, les actifs d'une société en relations d'affaires avec un distributeur, le contrat que celui-ci conclut avec le repreneur, s'il présente les mêmes caractéristiques, doit être considéré comme la continuation du contrat initial et s'inscrit dans la relation commerciale établie avec la société reprise (Cass. com. 2-11-2011 n° 10-25.323 F-D : LawLex111746, RJDA 7/12 n° 721).

Afin de poser des limites à l'allongement sans fin de la durée des relations par **reprise de fonds de commerce**, il est désormais exigé, pour que l'ancienneté puisse être reprise, que le cessionnaire du fonds ait manifesté son intention de poursuivre la relation commerciale initiale établie avec le partenaire commercial (Cass. com. 15-9-2015 n° 14-17.964 FS-PB : LawLex151126, RJDA 11/15 n° 785. Voir aussi CA Paris 17-9-2015 n° 13/24537 : LawLex151123 ; Cass. com. 3-5-2016 n° 15-10.158 F-D : LawLex16902, RJDA 11/16 n° 822).

L'insécurité juridique maximale liée à l'évolution permanente du droit positif

14 L'insécurité juridique résulte de plusieurs facteurs. Dès lors que la notion de relation établie s'affranchit totalement du cadre contractuel, les **stipulations contractuelles** perdent toute signifi-

tion. La stipulation d'une durée déterminée est ainsi privée de portée lorsqu'une succession de contrats à durée déterminée fait naître une relation commerciale établie. En outre, la **jurisprudence relative au caractère établi d'une relation**, très fluctuante, évolue très rapidement dans le temps, comme l'illustrent les exemples des cessions de fonds ou des appels d'offres.

C. UNE BRUTALITÉ DE LA RUPTURE À FACETTES MULTIPLES

Une rupture allant au-delà d'un simple arrêt des relations

15 La rupture brutale condamnée par le texte ne nécessite pas forcément une fin complète des relations. Le texte vise autant la **rupture** totale que **partielle**.

Une **forte baisse de chiffre d'affaires** équivaut ainsi à une rupture partielle de relations. En revanche, une baisse non significative de chiffre d'affaires, dans le contexte de relations déjà fluctuantes entre deux partenaires, ne caractérise pas une rupture brutale partielle (CA Paris 18-11-2015 n° 15/06505 : LawLex151518).

La rupture ne se limite pas à l'arrêt ou à la baisse sensible du volume d'affaires. Une **modification substantielle des conditions de vente**, notamment des prix ou des remises, peut caractériser une rupture de relations commerciales établies.

Le caractère substantiel ou admissible des variations d'activité et/ou de conditions laisse un champ d'interprétation non négligeable et conduit à une forte insécurité juridique en pratique. Toute baisse d'activité, même sensible, n'est cependant pas considérée comme nécessairement condamnable. Pour tenir compte du fait que l'auteur d'une baisse d'activité pouvait être lui-même victime d'une baisse de ses propres commandes, en raison de la crise économique, la jurisprudence a eu recours au concept de baisse délibérée de l'activité, non justifiée par une baisse de ses propres commandes (Cass. com. 12-2-2013 n° 12-11.709 F-D : RJDA 5/13 n° 456).

Une augmentation du risque juridique en cas de levée d'exclusivité pendant le préavis

16 Traditionnellement, les contrats de distribution exclusive prévoient, en cas de résiliation ordinaire avec préavis, la

faculté pour le fournisseur de nommer un nouveau distributeur sur le territoire contractuel pendant le préavis.

La jurisprudence a d'abord considéré que la seule levée de l'exclusivité pendant le préavis ne suffisait pas à caractériser une rupture de relations commerciales établies, laissant entendre qu'elle devait s'accompagner d'une perte significative et avérée d'activité. Elle semble désormais considérer que, sauf circonstances particulières, l'octroi d'un préavis suppose le **maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures**, y compris de l'exclusivité territoriale afin que le distributeur puisse se réorganiser (Cass. com. 10-2-2015 n° 13-26.414 F-PB : LawLex15184, RJDA 5/15 n° 392, Lettre distrib. mars 2015 p. 2). Elle valide cependant des **mainlevées réciproques** de l'exclusivité de distribution accordée par le fournisseur et d'approvisionnement souscrite par le distributeur.

Elle a ainsi considéré que « l'abandon réciproque de l'exclusivité conformément aux stipulations contractuelles n'est pas assimilable à une rupture partielle des relations commerciales » (Cass. com. 9-7-2013 n° 12-20.468 FS-PB : LawLex131090, Bull. civ. IV n° 115, Lettre distrib. septembre 2013 p. 1) ou que « l'abandon réciproque de l'exclusivité conformément aux dispositions contractuelles ayant lié les parties constitue l'aménagement contractuel de l'exécution du préavis en cas de rupture du contrat et n'a pas pour effet de déroger aux dispositions impératives de l'article L 442-6, I-5° C. com. et n'est donc pas assimilable à une rupture brutale des relations commerciales » (CA Paris 7-11-2016 n° 15/10249 : LawLex161874, Lettre distrib. décembre 2016 p. 3).

Il n'est pas certain que, au regard de l'interdiction absolue de renoncer par avance au bénéfice de la protection d'ordre public du texte, ces arrêts bienveillants offrent une protection juridique pérenne.

D. L'INSÉCURITÉ DE LA NOTION DE FAUTE OU DE FORCE MAJEURE SUSCEPTIBLE DE JUSTIFIER L'ABSENCE DE PRÉAVIS

La division de la jurisprudence sur la nature de l'inexécution justifiant une dispense de préavis

17 Le texte de l'article L 442-6, I-5° apparaît très clair : « Les dispositions qui précèdent ne font 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. » Une simple inexécution des obligations contractuelles devrait donc suffire à justifier une dispense de préavis. La jurisprudence

est plus stricte, et surtout profondément divisée.

Selon la **troisième chambre civile de la Cour de cassation**, les juges du fond doivent seulement rechercher si l'absence de délai de prévenance est justifiée par une inexécution de ses obligations par le partenaire évincé, sans exiger une faute grave ou lourde (Cass. 3^e civ. 7-11-2012 n° 11-11.204 FS-D : LawLex122307).

La **chambre commerciale** se montre beaucoup plus sévère. En présence d'une clause résolutoire prévoyant une résolution de plein droit d'un mandat en cas d'atteinte inférieure à 80% de l'objectif annuel, alors que la moyenne nationale de réalisation est de 105%, elle prive la clause résolutoire de tout effet en la subordonnant à la constatation d'un manquement grave que le non-respect d'objectifs ne saurait caractériser (Cass. com. 9-7-2013 n° 12-21.001 F-D : LawLex131101, RJDA 11/13 n° 950). Cette jurisprudence fragilise toutes les clauses résolutoires en subordonnant leur efficacité à la constatation d'une faute grave, qui n'est requise ni par la troisième chambre civile ni par certains juges du fond (CA Paris 2-7-2014 n° 11/01468 : LawLex14777), au moment où la réforme du droit des contrats affirme au contraire leur validité.

Une force majeure donnant lieu à discussion

18 En apparence, la justification de la rupture en cas de force majeure devrait être simple. En pratique, l'analyse apparaît beaucoup plus complexe. Très souvent, la rupture se justifie dans l'immédiat par un cas de **force majeure**, mais est **suivie par une décision délibérée de réorganisation** qui va au-delà et rend nécessaire un préavis. Ainsi, il arrive fréquemment qu'après un incendie des locaux d'exploitation, l'entreprise décide de délocaliser son activité, rendant impossible le maintien des relations avec les transporteurs locaux de l'ancien emplacement. Dans ce cas, il est régulièrement jugé que si l'incendie des locaux du client constitue bien un cas de force majeure, justifiant l'interruption des commandes de prestations sans préavis, il n'en va pas de même de la délocalisation ultérieure de sa production (CA Paris 17-4-2013 n° 10/04855 : LawLex13702).

II. Incohérence, inefficacité et insécurité juridique des sanctions de la rupture brutale

A. UN RÉGIME DE SANCTIONS INCOHÉRENT ET INÉQUITABLE

Les incohérences procédurales

19 Les incohérences procédurales dans l'ordre interne. La **spécialisation des tribunaux** compétents pour connaître de la rupture de relations commerciales établies (8 tribunaux de grande instance et tribunaux de commerce et la seule cour d'appel de Paris en appel), qui s'impose tant en référé qu'au fond, obéit à un souci

d'efficacité compréhensible. Elle produit cependant d'importants effets pervers.

Il suffit ainsi de faire valoir en défense un moyen fondé sur l'article L 442-6 pour

échapper à la compétence du tribunal de droit commun saisi d'un litige contractuel. La jurisprudence retenant la compétence de la cour d'appel de Paris pour toutes les décisions rendues

dans les litiges relatifs à l'article L 442-6 sous peine de **fin de non-recevoir relevée d'office** (Cass. com. 24-9-2013 n° 12-21.089 F-PB : LawLex131420, RJDA 11/13 n° 951 ; Cass. com. 7-10-2014 n° 13-21.086 FS-PB, LawLex141066, RJDA 1/15 n° 50 ; Cass. com. 31-3-2015 n° 14-10.016 F-PB : LawLex15433, RJDA 6/15 n° 463 ; Cass. com. 6-9-2016 n° 15-15.328 F-PB : LawLex161406, Contrats conc. consom. 2016 comm. n° 234 note N. Mathey), y compris lorsque ces décisions ont été prononcées par des juridictions non spécialisées (Cass. com. 31-3-2015, précité), conduit à des irrecevabilités qui obligent les parties à former simultanément deux appels, devant la cour d'appel de Paris et celle de province, pour éviter toute forclusion. Même si la Cour de cassation corrigeait cette anomalie en déclarant l'appel devant la juridiction de droit commun recevable et les demandes fondées sur l'article L 442-6 irrecevables, un traitement fondé sur une simple exception d'incompétence serait sans doute plus simple.

“La spécialisation des tribunaux produit des effets pervers”

20 Des règles de compétence dans l'ordre international permettant le contournement de la protection. La Cour de cassation considère que la **clause attributive de juridiction** (Cass. 1^e civ. 22-10-2008 n° 07-15.823 FS-PBI : LawLex081850, Bull. civ. I n° 233) ou la **clause compromissoire** (Cass. 1^e civ. 8-7-2010 n° 09-67.013 FS-PBI : LawLex10840, Bull. civ. I n° 156) qui vise tout litige né du contrat doit être mise en œuvre même si les dispositions impératives ou constitutives de lois de police de l'article L 442-6 du Code de commerce sont applicables au fond (Cass. 1^e civ. 18-1-2017 n° 15-26.105 F-PB : LawLex17148, RJDA 4/17 n° 289).

Il en résulte une situation assez peu équitable pour les **entreprises françaises**. Les partenaires français d'entreprises étrangères ayant inséré au contrat des clauses attributives de compétence ou compromissoires au profit d'un juge ou arbitre étranger sont privés de la protection. En revanche, les entreprises françaises en concurrence avec ces entreprises étrangères sur le marché français sont soumises à la rigueur de l'article L 442-6, I-5^e et souffrent ainsi d'un déficit de compétitivité.

Dans ce cas, le partenaire français victime d'une rupture de relations ne pourra espérer voir son litige jugé par un tribunal français que s'il parvient à convaincre le ministre de l'économie d'agir à sa place, celui-ci disposant d'une action autonome pour poursuivre devant les tribunaux français les violations de l'article L 442-6 du Code de commerce qui produisent leurs effets en France.

Les incohérences de la réparation du préjudice

21 L'octroi d'indemnités en dehors de tout préjudice. L'absence de préavis suffisant peut donner lieu à une demande de poursuite des relations (T. com. Paris réf. 29-11-2016 n° 2014027403 : LawLex162014, L'Essentiel Droit de la distribution et de la concurrence 2017 n° 11002), y compris en référé, et/ou à une action en dommages-intérêts. Même si la jurisprudence exclut l'indemnisation de la rupture en se limitant à sa brutalité (Cass. com. 10-2-2015 n° 13-26.414 F-PB : LawLex15184, RJDA 5/15 n° 392, Contrats conc. consom. 2015 comm. n° 89 note N. Mathey ; Cass. com. 20-10-2015 n° 14-18.753 F-D : LawLex151350, Contrats conc. consom. 2016 comm. n° 10 obs. N. Mathey), bien souvent, elle accorde une

indemnité en l'absence de tout préjudice, en refusant de tenir compte des **événements postérieurs à la notification de la rupture**, notamment la reconversion du partenaire résilié (Cass. com. 6-11-2012 n° 11-24.570 F-D : LawLex122304, RJDA 3/13 n° 263 ; Cass. com. 9-7-2013 n° 12-20.468 FS-PB : LawLex131090, Bull. civ. IV n° 115).

La cour d'appel de Paris résiste depuis janvier 2016 à cette jurisprudence (CA Paris 28-1-2016 n° 14/13036 : LawLex16225, JCP G 2016 n° 288 obs. C. Grimaldi ; CA Paris 28-1-2016 n° 14/13190 : LawLex16277 ; CA Paris 29-1-2016 n° 13/17529 : LawLex16284 ; CA Paris 28-1-2016 n° 14/13190 : LawLex16227), à juste titre, mais avec pour conséquence une insécurité juridique pour les opérateurs, la Cour de cassation n'ayant pas modifié sa position (Cass. com. 4-10-2016 n° 15-14.025 F-D : LawLex161642, RJDA 2/17 n° 123).

22 L'octroi d'indemnités sur des bases infondées. La jurisprudence continue généralement à accorder des indemnités sur la base de la **marge brute** (CA Paris 21-10-2016 n° 14/16611 : LawLex161767), alors qu'en cas de préavis non effectué, l'entreprise résiliée ne supporte plus une grande partie de ses coûts. Ce calcul conduit à surévaluer l'indemnisation qui ne devrait pas prendre en compte les coûts évités.

De même, la référence à la moyenne des trois dernières années d'activité est incohérente avec l'indemnisation d'un préjudice futur (pour un refus d'évaluation sur la moyenne de la marge brute passée : CA Paris 14-12-2016 n° 14/15221 : LawLex1715, L'Essentiel Droit de la distribution et de la concurrence 2017 n° 11007) et conduit à une surévaluation du préjudice en cas de baisse d'activité ou de crise sectorielle.

B. UN RÉGIME DE SANCTIONS IGNORANT LE DROIT DE L'UE

Une responsabilité de nature délictuelle dans l'ordre interne, mais contractuelle dans l'ordre international européen

23 La nature de la responsabilité issue de l'article L 442-6, I-5° du Code de commerce n'est pas définie par le texte. La Cour de cassation a pris position en faveur de la qualification délictuelle bien que la rupture d'une relation commerciale établie intervienne le plus souvent dans un cadre contractuel et nécessite

très fréquemment une appréciation de la violation des obligations contractuelles ou de leur bonne exécution.

Après avoir évincé sur ce fondement critiquable les clauses attributives de compétence au profit du juge compétent en matière délictuelle, la chambre commerciale de la Cour de cassation a assoupli sa position. Elle reconnaît désormais qu'une clause qui attribue compétence pour tous litiges découlant des relations contractuelles est suffisamment large pour s'appliquer à la rupture de relations commerciales établies, quelle que soit la nature, contractuelle ou délictuelle, de la responsabilité encourue (Cass. com. 20-3-2012 n° 11-11.570 F-D : LawLex12495, Contrats conc. consom. 2012 comm. n° 208 note N. Mathey).

Délictuelle en droit interne, l'action indemnitaire fondée sur une rupture de relations commerciales établie est en revanche considérée comme de nature contractuelle en droit de l'Union européenne s'il existe une relation contractuelle tacite entre les parties (CJUE 14-7-2016 aff. 196/15 : LawLex161360, RLC 2016 p. 3032 obs. N. Kouchnir-Cargill et E. Camilleri, Contrats conc. consom. 2016 comm. n° 375 obs. L. Idot, AJC 2016 p. 442 note I. Luc).

L'absence de prise en compte des durées de préavis expressément exemptées par les règlements d'exemption européens

24 La jurisprudence interne fait prévaloir les préavis de l'article L 442-6 (Cass. com. 4-10-2016 n° 15-14.685 F-D : LawLex161641, Contrats conc. consom. 2017 n° 10 note N. Mathey ; CA Versailles 4-9-2012 n° 11/01018 : LawLex122118 ; CA Limoges 9-2-2012 n° 10/01700 : LawLex12294, Concurrences 4/2012 p. 86 obs. N. Eréséo, RDC 2013 p. 179 obs. M. Béhar-Touchais ; CA Limoges 18-2-2015 n° 13/01488 : LawLex15227 ; CA Paris 15-1-2014 n° 12/13845 : LawLex1433. En sens contraire : CA Paris 11-5-2011 n° 10/03078 : LawLex11935 ; CA Paris 11-5-2011 n° 10/03080 : LawLex11936 ; CA Paris 11-5-2011 n° 10/03087 : LawLex11937, CA Paris 11-5-2011 n° 10/03073 : LawLex11946 ; CA Paris 11-5-2011 n° 10/03093 : LawLex11947) sur ceux résultant des règlements d'exemption européens (anciens règlements applicables dans le secteur automobile), alors que ces deux corps de règles sont édictés en vue de la protection du marché et de la concurrence et que la primauté du droit européen devrait conduire à faire

prévaloir les contrats exemptés en vertu d'un règlement sur les préavis de l'article L 442-6.

En conclusion

25 Le droit de la rupture de relations commerciales établies conduit à un allongement considérable de toutes les relations commerciales en France, à l'exception de quelques rares acteurs ou activités exclus. La rigidité qui en résulte empêche ou freine le libre choix des partenaires les plus compétitifs et l'arrivée des nouveaux entrants sur le marché. L'interprétation du texte conduit également à accorder des indemnités à des entreprises n'ayant subi aucun préjudice et, inversement, à priver de toute indemnité, sous couvert de relations précaires suite à des appels d'offres, celles qui en auraient le plus besoin. A ce constat d'inefficacité et d'inéquité s'ajoute celui d'une insécurité juridique généralisée.

Cette situation ne peut plus durer et appelle une **réforme d'ensemble**. A minima, il serait souhaitable de plafonner le délai de préavis, par exemple à un an, pour assurer une plus grande souplesse des relations commerciales et d'adopter un corps de règles plus précis notamment quant à la réparation du préjudice. A cet égard, il apparaît essentiel de limiter l'indemnisation au préjudice effectif, en tenant compte de la reconversion du partenaire résilié et de limiter la réparation à la marge déduction faite des frais évités.