

COMM.

CF

COUR DE CASSATION

Audience publique du 20 avril 2017

Cassation

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 515 F-D

Pourvoi n° A 15-20.760

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la société Walon France, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 1],

contre l'arrêt rendu le 28 mai 2015 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 5), dans le litige l'opposant à la société Azimut Trans, société à responsabilité limitée, dont le siège est [Adresse 2],

défenderesse à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 21 février 2017, où étaient présents : Mme Mouillard, président, Mme Jollec, conseiller référendaire rapporteur, M. Rémary, conseiller doyen, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Jollec, conseiller référendaire, les observations de la SCP Boutet et Hourdeaux, avocat de la société Walon France, de la SCP Delaporte et Briard, avocat de la société Azimut Trans, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que les sociétés Azimut Trans et Walon France (la société Walon) ont conclu, le 7 décembre 2005, avec effet au 1er janvier 2006, un contrat intitulé de sous-traitance de transport d'une durée de quatre années, renouvelable par tacite reconduction, puis deux autres contrats de location de camion ; que, par lettre du 30 juin 2008, la société Walon a résilié unilatéralement le contrat dit de sous-traitance avec effet au 31 décembre suivant ; qu'invoquant une rupture fautive, la société Azimut Trans a assigné, le 3 décembre 2009, la société Walon en paiement de dommages-intérêts correspondant au montant des sommes qu'elle aurait perçues pour la période restant à courir jusqu'au 31 décembre 2009 ; que la société Walon a opposé la prescription de l'action sur le fondement de l'article L. 133-6 du code de commerce ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Walon fait grief à l'arrêt d'écarter la prescription et de la condamner à payer à la société Azimut Trans diverses sommes alors, selon le moyen :

1°/ que les litiges relatifs au contrat type applicable aux transports publics routiers de marchandises exécutés par un sous-traitant sont soumis à la prescription annale de l'article L. 133-6 du code de commerce ; que dans ses conclusions d'appel la société Walon rappelait que, dans le cadre des contrats de transport, elle agissait en qualité d'opérateur de transport au sens du décret n° 2003-1295 du 26 décembre 2003 portant approbation du contrat type applicable aux transports publics de marchandises exécutés par des sous-traitants ; qu'en ne s'expliquant pas sur cet aspect, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article L. 133-6 du code de commerce ;

2°/ que sont soumises à la prescription annale de l'article L. 133-6 du code de commerce toutes les actions auxquelles donne lieu le contrat de transport de marchandises ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'obligation principale de la société Azimut Trans dans le cadre du contrat signé entre les parties était le déplacement de marchandises par transport routier, le contrat ayant pour objet des prestations de transport dont la société Azimut Trans était responsable à compter de la prise en charge jusqu'à leur livraison au destinataire final, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard du texte susvisé ;

3°/ qu'enfin, en écartant la prescription annale de l'article L. 133-6 du code de commerce pour cette raison que l'assignation avait été délivrée le 3 décembre 2009 et que les relations commerciales s'étaient poursuivies au cours de l'année 2009 quand le litige portait sur la validité de la résiliation du contrat notifiée le 30 juin 2008 avec effet au 31 décembre suivant, ce dont il résultait que le point de départ de la prescription de l'action devait être fixé au 30 juin 2008, la cour d'appel a dénaturé les termes du litige et violé les articles 4 et 5 du code de procédure civile ;

Mais attendu que l'arrêt relève que si le contrat intitulé « contrat de sous-traitance de transport routier de marchandises » stipule que la société Azimut Trans s'engage à effectuer des transports publics de véhicules roulants, il ne fait référence à aucun transport de marchandises mais à une mise à disposition de véhicules ; qu'il relève, encore, que la facturation concernait non pas des prix de transports de marchandises mais un prix fixé au kilomètre, selon le type de camion utilisé, sous déduction du prix de location ; qu'il retient, enfin, que les contrats de location de camions sont indissociables du contrat de sous-traitance et répondent à une seule opération économique qui consistait pour la société Azimut Trans à mettre à disposition de son loueur les véhicules loués en y associant un chauffeur ; qu'ayant ainsi fait ressortir que le

contrat litigieux n'avait pas pour objet le transport, la cour d'appel, sans avoir à effectuer la recherche non demandée invoquée par la première branche, a légalement justifié sa décision d'écarter la prescription d'un an, prévue par l'article L. 133-6 du code de commerce pour toutes actions auxquelles le contrat de transport peut donner lieu ; que le moyen, inopérant en sa troisième branche qui critique un motif surabondant, n'est pas fondé pour le surplus ;

Mais sur le deuxième moyen, pris en sa première branche :

Vu l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis ;

Attendu que pour condamner la société Walon à payer à la société Azimut Trans les sommes de 3 480 444 euros pour le préjudice résultant de la rupture du contrat et 70 506,03 euros pour le préjudice résultant du non-respect du tarif majoré, outre les intérêts légaux, l'arrêt retient que les parties ont conclu le 7 décembre 2005 un contrat à durée déterminée de quatre ans sans que cette durée soit assortie d'une possibilité de résiliation anticipée ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le contrat du 7 décembre 2005 stipulait qu'il pouvait être résilié par l'une ou l'autre des parties par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception moyennant un préavis, que cette résiliation n'avait pas à être motivée et justifiée et que le préavis était de trois mois quand le temps écoulé depuis le début d'exécution du contrat ne dépassait pas deux ans et de six mois quand cette durée était supérieure à deux ans, la cour d'appel, qui en a dénaturé les termes clairs et précis, a violé le principe susvisé ;

Et sur le quatrième moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 455 du code de procédure civile ;

Attendu que pour condamner la société Walon à payer à la société Azimut Trans la somme de 685 599,24 euros à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant du non-respect de la garantie d'exploitation de quarante-quatre semaines pour l'année 2008, l'arrêt retient que la société Walon n'apporte aucun élément portant sur l'absence d'exécution de cette garantie contractuelle ;

Qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de la société Walon qui contestait l'existence de cette garantie contractuelle, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 28 mai 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne la société Azimut Trans aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la société Walon France la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt avril deux mille dix-sept.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Boutet et Hourdeaux, avocat aux Conseils, pour la société Walon France.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR infirmé le jugement du tribunal de commerce de Lille du 29 novembre 2012 et condamné la société WALON FRANCE à payer à la société AZIMUT TRANS les sommes de 3.480.444 € à titre de dommages et intérêts pour le préjudice résultant de la rupture du contrat, 685.599,24 € pour le préjudice résultant du non-respect de la garantie des 44 semaines pour l'année 2008 et 70.506,03 € à titre de dommages et intérêts pour le préjudice résultant du non-respect du tarif majoré et dit que ces sommes porteront intérêt au taux légal à compter de l'assignation du 3 décembre 2009 ;

AUX MOTIFS QUE sur la prescription, la société Walon soutient que les obligations de la société Azimut Trans reposaient sur des contrats de transport de sorte que ses demandes sont soumises au délai de prescription de l'article L. 133-6 du code de commerce soit un an et qu'elles sont dès lors prescrites ; que la société Azimut Trans soutient que son action n'est pas prescrite car :

- le contrat de sous-traitance n'est pas, en dépit de son intitulé, un contrat de transport dès lors qu'il est indissociable des contrats de location et qu'il s'agit de contrats de location avec chauffeur qui ne sauraient être soumis au délai de prescription annale applicable en matière de transport ;
- il existait une convention de compensation des créanciers et dettes réciproques des deux sociétés ;
- l'action a été engagée dans le délai d'un an puisque sa demande porte sur l'année 2009 et qu'elle a assigné la société Walon le 3 décembre 2009 ;

que les parties ont conclu un contrat intitulé contrat de sous-traitance de transport routier de marchandises, stipulant que le sous-traitant s'engage à effectuer des transports publics de véhicules roulant ; que toutefois ce contrat vise expressément en annexe chacun des véhicules qui sera utilisé pour réaliser ces transports, véhicules appartenant à la société Walon et qui font l'objet de contrat de location au profit de la société Azimut Trans ; que les contrats de location de véhicules prévoient leur affectation obligatoire aux contrats dits de sous-traitance ; que le contrat de sous-traitance stipulait un volume indicatif confié au sous-traitant consistant en « un travail correspondant au minimum à une exploitation de matériel 44 semaines par an, 6 jours sur sept », précisant qu'il ne s'engageait en aucun volume minimum ; qu'il n'était ainsi fait référence à aucun transport de marchandise mais à une mise à disposition de véhicules ; que le contrat précisait que ceux-ci devaient respecter des caractéristiques permettant de les identifier comme étant des véhicules Walon ; que de plus la société Walon était l'émetteur de la lettre de voiture et son cachet figurait au titre du transporteur ; que la société Azimut Trans ne facturait pas le prix des transports de marchandises mais un prix fixé au kilomètre parcouru selon le type de camion utilisé sous déduction du prix de location ainsi que ponctuellement une mise à disposition de chauffeurs ; que la société Walon a incité la société Azimut Trans à acquérir des camions neufs, écrivant « Nous avons convenu qu'Azimut Trans assurerait 50 % de sa flotte contractuelle en camions neufs, sur les deux ou trois prochaines années, Walon mettra progressivement à disposition des camions neufs en location à Azimut Trans pour les 50 % restant » ; qu'il en résulte que l'activité de la société Azimut Trans, à l'occasion de sa relation avec la société Walon, reposait sur l'exploitation d'une part de camions, propriété de la société Walon et donnés en location, d'autre part de camions que la société Walon lui avait fait acheter, tous affectés aux besoins de la société Walon et revêtus extérieurement de signes permettant de les identifier comme étant des camions Walon ; qu'enfin les contrats de sous-traitance et de location de véhicules étaient tellement liés que le contrat stipule que « De convention expresse toute créance certaine de l'opérateur de transport sur le transporteur est compensée de plein droit même si elle n'est pas liquide et exigible avec les sommes dues par l'opérateur ou sous-traitant dans le cadre du présent contrat » ; qu'il existait donc une compensation automatique entre le prix au kilomètre payé par la société Walon et celui de la location à charge de la société Azimut Trans ; que cette disposition met en évidence l'organisation de relations croisées créant des dettes et créances réciproques que les parties ont décidé de gérer selon un compte unique ; que cette compensation est démontrée en pratique par les éléments comptables envoyés par la société Walon à la société Azimut Trans retraçant la compensation opérée entre les créances de la société Walon à titre de location et celles de la société Azimut Trans au titre des prestations de sous-traitance ; que, quand bien même l'action engagée par la société Azimut Trans n'est pas une action en paiement du solde de ce compte, son existence démontre que les opérations de sous-traitance et de location de véhicules étaient indissociables et répondaient à une seule opération économique qui consistait pour la société Azimut Trans à mettre à disposition de son loueur les véhicules en y associant un chauffeur ; qu'il résulte de ces éléments que la société Walon s'est réorganisée en incitant d'anciens salariés à créer une entreprise et leur a loué des camions à charge par eux de les entretenir et de les mettre à sa disposition avec un chauffeur ; que la société Walon a ainsi poursuivi l'activité qui était la sienne à travers cette organisation, la société Azimut Trans n'entretenant pour sa part

aucune relation directe avec les clients, expéditeurs et destinataires ce qui résulte notamment des lettres de voiture ; que le litige qui porte sur la fin des relations commerciales ne concerne pas les opérations de transport elle-même mais d'une part un contrat de sous-traitance ayant eu pour objet la mise à disposition de camions avec chauffeurs, d'autre part des contrats de location de ces mêmes camions auprès de la société Walon qui en était propriétaire, les deux contrats participant d'une même économie et ne pouvant être dissociés ; que de par la nature des relations commerciales liant les parties, de par l'existence de la convention de compensation, les dispositions de l'article L. 113-6 du Code de commerce disposant d'un délai de prescription annale en matière d'opération de transport n'ont pas lieu de s'appliquer ; que de surcroît la société Azimut Trans a délivré son assignation le 3 décembre 2009 alors que les relations commerciales se sont poursuivies au cours de l'année 2009, de sorte qu'elle n'est pas prescrite dans sa demande portant sur la fin de celles-ci ;

ALORS D'UNE PART QUE les litiges relatifs au contrat-type applicable aux transports publics routiers de marchandises exécutés par un sous-traitant sont soumis à la prescription annale de l'article L. 133-6 du Code de commerce ; que dans ses conclusions d'appel la société WALON FRANCE rappelait que, dans le cadre des contrats de transport, elle agissait en qualité d'opérateur de transport au sens du décret n°2003-1295 du 26 décembre 2003 portant approbation du contrat type applicable aux transports publics de marchandises exécutés par des sous-traitants ; qu'en ne s'expliquant pas sur cet aspect, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article L. 133-6 du Code de commerce ;

ALORS D'AUTRE PART QUE sont soumises à la prescription annale de l'article L. 133-6 du Code de commerce toutes les actions auxquelles donne lieu le contrat de transport de marchandises ; qu'en statuant comme elle l'a fait sans rechercher, comme elle y était invitée (concl. p. 7, al. 3), si l'obligation principale de la société AZIMUT TRANS dans le cadre du contrat signé entre les parties était le déplacement de marchandises par transport routier, le contrat ayant pour objet des prestations de transport dont la société AZIMUT TRANS était responsable à compter de la prise en charge jusqu'à leur livraison au destinataire final, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard du texte susvisé ;

ALORS ENFIN QU'en écartant la prescription annale de l'article L. 133-6 du Code de commerce pour cette raison que l'assignation avait été délivrée le 3 décembre 2009 et que les relations commerciales s'étaient poursuivies au cours de l'année 2009 quand le litige portait sur la validité de la résiliation du contrat notifiée le 30 juin 2008 avec effet au 31 décembre suivant, ce dont il résultait que le point de départ de la prescription de l'action devait être fixé au 30 juin 2008, la cour d'appel a dénaturé les termes du litige et violé les articles 4 et 5 du Code de procédure civile.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR infirmé le jugement du tribunal de commerce de Lille du 29 novembre 2012 et condamné la société WALON FRANCE à payer à la société AZIMUT TRANS les sommes de 3.480.444 € à titre de dommages et intérêts pour le préjudice résultant de la rupture du contrat, 685.599,24 € pour le préjudice résultant du non-respect de la garantie des 44 semaines pour l'année 2008 et 70.506,03 € à titre de dommages et intérêts pour le préjudice résultant du non-respect du tarif majoré et dit que ces sommes porteront intérêt au taux légal à compter de l'assignation du 3 décembre 2009 ;

AUX MOTIFS QUE la société Azimut Trans soutient que le contrat de sous-traitance du 7 décembre 2005 est un contrat à durée déterminée d'une durée de quatre ans, ne stipulant aucune possibilité de résiliation anticipée au cours de cette période, les délais de préavis étant applicables selon elle aux périodes de reconduction, faisant valoir que l'imprécision du contrat doit s'interpréter en sa faveur ; que la société Walon fait valoir que le contrat a clairement prévu pour les parties la possibilité de mettre fin à leur relation de façon anticipée, y compris durant les quatre premières années de son exécution et que s'il doit être requalifié, c'est en contrat à durée indéterminée ; que le contrat de sous-traitance du 7 décembre 2005 stipule en son article 9 que : « Le présent contrat est conclu pour une durée de 4 ans renouvelable ensuite année par année par tacite reconduction ; L'exécution du présent contrat commence le 1er janvier 2006. Chaque avenant précise sa date d'effet propre et se limite au terme du contrat qu'il complète. Le présent contrat et ses avenants peuvent être résiliés par l'une ou l'autre des parties par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception moyennant un préavis. La résiliation n'a pas à être motivée et justifiée ; Le préavis est de trois mois quand le temps écoulé depuis le début d'exécution ne dépasse pas deux ans. Ce préavis est de six mois quand cette durée est supérieure à deux ans » ; qu'il résulte de cette rédaction que les parties ont distingué les quatre premières années

d'exécution du contrat de la période postérieure résultant alors d'une reconduction tacite d'année en année ; que la société Walon l'a interprété ainsi puisqu'elle a écrit le 30 juin 2008 à son sous traitant en ces termes « Selon l'article 9 du contrat cadre de sous-traitance liant nos deux sociétés celui-ci arrive à échéance le 31 décembre prochain. Nous vous informons de notre souhait de dénoncer ce contrat, notre objectif étant de discuter avec vous de la mise en place d'un nouveau contrat cadre pouvant inclure une prévision d'investissement dans du matériel neuf »

« Nous sommes déjà en cours de négociations avec plusieurs d'entre vous, et si nous ne pouvons pas encore vous contacter à ce propos nous vous serions reconnaissants de bien vouloir prendre contact avec nous » ; qu'il n'y a dès lors pas lieu de prendre en compte l'hypothèse de son évolution en contrat à durée indéterminée puisque celle-ci résidait dans une reconduction tacite et que la société Walon a entendu le dénoncer au terme de quatre ans ; qu'en conséquence, il en résulte que le contrat était à durée déterminée ; que la société Walon soutient néanmoins que les parties demeuraient libres de prévoir sa réalisation anticipée ; que la rédaction de l'article 9 n'est pas claire en ce qu'elle a d'une part dissocié deux périodes d'exécution, d'autre part qu'elle n'a pas évoqué clairement au titre de la première période l'hypothèse d'une résiliation anticipée relevant des deux préavis ; que la société Walon ne saurait nier cette confusion puisqu'elle a transmis les 7 avril et 6 juin 2008 un projet de contrat de sous-traitance et location d'une durée de quatre ans renouvelable ensuite année par année par tacite reconduction qui, tout en prévoyant un délai de préavis d'un an au cours des quatre premières années, et de six au cours des périodes de reconduction ; que de plus, les contrats de location de véhicules étaient conclus pour une durée de quatre ans avec un préavis de dénonciation d'un an ; que les derniers avaient été signés entre le 10 avril et le 2 octobre 2008 ; que la signature de ces contrats indissociables du contrat de sous-traitance démontre que les parties entendaient alors renégocier un nouveau contrat à l'issue des quatre années ; que ce préavis d'un an rendait par ailleurs impossible l'application d'un préavis de six mois propre au contrat de sous-traitance en ce qu'il aurait privé celui-ci d'une partie de son objet à savoir l'exécution de transports avec des véhicules affectés ; que dans le doute la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté ; qu'il résulte de ces éléments que les parties ont conclu le 7 décembre 2005 un contrat à durée déterminée de quatre ans sans que cette durée soit assortie d'une possibilité de résiliation anticipée ; que dès lors la société Walon était tenue d'exécuter celui-ci jusqu'à son terme ; qu'en conséquence la société Walon qui avait seulement dénoncé le contrat en ce qu'il arrivait à son terme, a poursuivi l'exécution du contrat au moins jusqu'au 17 décembre 2008, date à laquelle elle a notifié sa décision de le résilier en évoquant alors une faute de la société Azimut Trans, ce qu'elle n'invoque pas dans la présente procédure ; que le 5 janvier 2009, la société Walon sans avoir informé préalablement son cocontractant a notifié directement aux chauffeurs de ce dernier qu'aucun fret ne leur serait plus confié, le contrat étant terminé ; qu'elle a donc mis un terme, à tort, au contrat à cette date alors que celui-ci arrivait à son terme seulement le 31 décembre 2009 ;

ALORS D'UNE PART QUE dénature le contrat du 7 décembre 2005 en violation de l'article 1134 du Code civil, la cour d'appel qui affirme que « les parties ont conclu le 7 décembre 2005 un contrat à durée déterminée de quatre ans sans que cette durée soit assortie d'une possibilité de résiliation anticipée » (arrêt, p. 8, pénultième alinéa) quand l'article 9 dudit contrat stipulait clairement que « le présent contrat et ses avenants peuvent être résiliés par l'une ou l'autre des parties par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception moyennant un préavis. La résiliation n'a pas à être motivée et justifiée. Le préavis est de trois mois quand le temps écoulé depuis le début d'exécution du contrat ne dépasse pas deux ans. Ce préavis est de six mois quand cette durée est supérieure à deux ans » ;

ALORS D'AUTRE PART QUE le juge ne doit pas dénaturer les éléments de la cause ; qu'en affirmant que, dans sa lettre du 30 juin 2008, la société WALON FRANCE avait entendu dénoncer le contrat « au terme de quatre ans », c'est-à-dire pour la date du 31 décembre 2009 (arrêt, p. 8, al. 2) quand la lettre du 30 juin 2008 précisait clairement que « selon l'article 9 du contrat cadre de sous-traitance liant nos deux sociétés, signé en date du 1er janvier 2005, celui-ci arrive à échéance le 31 décembre prochain ; nous vous informons de notre souhait de dénoncer ce contrat », c'est-à-dire pour le 31 décembre 2008, la cour d'appel a dénaturé ladite lettre et violé le principe susvisé ;

ALORS ENFIN QU'en affirmant que le préavis d'un an stipulé dans les contrats de location de véhicules, conclus pour une durée de quatre ans, rendait impossible l'application d'un préavis de six mois propre au contrat de sous-traitance en ce qu'il aurait privé celui-ci d'une partie de son objet à savoir l'exécution de transports avec des véhicules affectés, quand l'article 11, dernier alinéa, des contrats de location de véhicules stipulait clairement que « le présent contrat sera résilié de plein droit sans préavis ni indemnité en cas de terminaison ou de rupture pour quelque cause que ce soit et quel que soit l'auteur du contrat de sous-traitance visé au préambule », ce dont il résultait que le préavis d'un an stipulé à l'article

9 du contrat de location ne s'appliquait pas dans le cas d'une rupture du contrat de sous-traitance, la cour d'appel a dénaturé les contrats de location de véhicules et violé l'article 1134 du Code civil.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société WALON FRANCE à payer à la société AZIMUT TRANS la somme de 3.480.444 € à titre de dommages et intérêts pour le préjudice résultant de la rupture du contrat et dit que cette somme portera intérêt au taux légal à compter de l'assignation du 3 décembre 2009 ;

AUX MOTIFS QUE, sur l'indemnisation, la société Azimut Trans affirme que son préjudice doit être calculé par référence à la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté jusqu'à son terme contractuel ; qu'aux termes des quatre avenants au contrat commercial de sous-traitance et notamment celui signé le 17 juillet 2006 il a été stipulé que « le volume indicatif de transport qui peut être confié au sous traitant s'élève à un travail correspondant au minimum à une exploitation du matériel 44 semaines par an et 6 jours sur sept » ; que la société Azimut Trans fait état de ce que le nombre de camions affectés n'a cessé d'augmenter à la demande de la société Walon, étant de 47 camions à la date du 13 juin 2007 et la société Walon exigeant alors la mise en place de 22 nouveaux véhicules neufs représentant un investissement de 3.740.000 € ; qu'à la date du 10 janvier 2008, elle comptait 21 ensembles routiers qui étaient sa propriété, 23 ensembles propriété de la société Walon qui étaient en circulation pour le compte de la société Walon, outre 7 ensembles routiers loués à la société Walon et non roulant ; que, si la société Walon critique la méthode d'évaluation de son préjudice par la société Azimut Trans, elle produit une note de son expert comptable qui indique que « Pour déterminer le préjudice qui aurait été subi par Azimut Trans si ce contrat avait été exécuté et de la rapprocher de celle qui été la sienne au 31.12.2009. Le préjudice financier correspondrait alors à la baisse de résultats constatée par Azimut Trans sur l'exercice 2009 » ; qu'il ajoute que ce préjudice de la société Azimut Trans devrait être fixé en considérant « la capacité de réduire et d'affecter sur de nouveaux contrats » ; que si ce raisonnement est recevable à l'occasion de la fixation d'un préavis destiné à permettre une réorganisation de la société, il n'a pas lieu d'être retenu dans la mesure où il s'agit de chiffrer un préjudice contractuel reposant sur une inexécution des relations contractuelles pendant un an, inexécution qui a donc fait perdre à la société Azimut Trans la marge sur coûts variables qu'elle dégagait habituellement de son activité avec la société Walon et qui peut être appréciée au regard de celle dégagée les années précédentes ; que ce préjudice ne saurait être diminué au regard des décisions prises par la société Azimut Trans en raison de la rupture imputable à la société Walon dont celle de procéder à des licenciements, étant observé que la société Walon avait pour sa part bénéficié de la reprise de ses salariés par la société Azimut Trans faisant ainsi supporter à celle-ci une partie des coûts de sa restructuration ; que le calcul du préjudice de la société Azimut Trans ne saurait pas davantage être impacté par d'autres contrats que la société Azimut Trans a souscrits auprès de sociétés concurrentes de la société Walon, la société Azimut ayant déployé son énergie pour éviter les conséquences irréremédiables de la rupture ; que, si un certain nombre de camions ont été restitués à la société Walon, la société Azimut Trans qui, certes n'a pas eu à régler les loyers et n'a plus supporté les charges d'entretien de ces véhicules, n'en a pas moins perdu la marge qu'elle tirait de leur exploitation et qui était fixée à partir d'une facturation sur un prix au kilomètre ; que la société Azimut Trans produit un compte détaillé du chiffre d'affaires qu'elle a réalisé en 2008 et 2009 à l'occasion de ses relations avec la société Walon, soit respectivement 9.296.059,00 € et 14.285.112,00 €, chiffres qui ne sont pas discutés par la société Walon ; qu'elle détaille ensuite les charges prises en compte pour dégager sa marge à savoir les dépenses de gazole diminuées du remboursement de la TIPP, le coût des locations Walon, les frais d'entretien et de réparation, enfin le coût des péages ; que les montants ainsi déduits ne sont pas contestés et permettent de retenir une marge brute de 3.413.245,30 €, soit 52 % en 2007 et 3.176.507,02 € soit 51 % en 2008 ; que la société Azimut Trans produit le rapport de son commissaire aux comptes qui indique « vous nous avez demandé en notre qualité de commissaire aux comptes de la société Azimut Trans de vous certifier les montants nécessaires au calcul de la perte d'exploitation et à la détermination de la marge sur coûts variables. Nous avons recherché le chiffre d'affaires réalisé entre les deux sociétés en 2007 et en 2008. Pour chaque semaine des années en question, nous avons déterminé le nombre de camions en service, le nombre de km parcourus et le chiffre d'affaires qui en résultait (tableaux ci-joints des factures au km pour 2007 et 2008). Nous avons pu ainsi déterminer un chiffre d'affaires moyen au km ainsi qu'un nombre moyen de kilomètres parcourus par camion chaque semaine. Il ressort de cette étude que le chiffre d'affaires moyen au kilomètre est de 1,25 € et que le nombre moyen de kilomètres parcourus par camion est de 2.820 km » ; qu'il conclut sur la base de cette méthode à un préjudice de 3.480.444 € ; que cette analyse est purement technique et repose sur les factures de la société Walon ; que cette dernière n'apporte aucun élément pertinent pour la remettre en cause ; qu'au vu des éléments

détaillés et pertinents produits par la société Azimut Trans, il n'y a pas lieu d'ordonner une expertise, la cour s'estimant suffisamment renseignée et en mesure de fixer le préjudice de la société Azimut Trans à la somme de 3.480.444 € ;

ALORS QUE la somme allouée au titre des réparations ne peut excéder le montant du préjudice réellement subi ; que le préjudice résultant de la rupture anticipée illicite d'un contrat commercial est déterminé par une comparaison entre la situation du créancier qui serait résultée de la poursuite de l'exécution du contrat jusqu'à son terme contractuel et celle qui a été la sienne à cette même date, le préjudice indemnisable étant constitué par la perte d'exploitation alors constatée, compte tenu des coûts engagés par le créancier pour négocier et conclure les nouveaux contrats justifiés par la rupture sur l'initiative du débiteur contractuel ; d'où il suit qu'en estimant que le calcul du préjudice de la société AZIMUT TRANS ne pouvait être impacté ni par d'autres contrats qu'elle avait souscrits auprès des sociétés concurrentes de la société WALON FRANCE ni par les économies sur coûts fixes et en se fondant ainsi uniquement sur la marge sur coûts variables perdue par la société AZIMUT TRANS la dernière année d'exécution du contrat, la cour d'appel a violé les articles 1147 et 1149 du Code civil.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société WALON FRANCE à payer à la société AZIMUT TRANS la somme de 685.599,24 € à titre de dommages et intérêts pour le préjudice résultant du non-respect de la garantie des 44 semaines pour l'année 2008 et dit que cette somme portera intérêt au taux légal à compter de l'assignation du 3 décembre 2009 ;

AUX MOTIFS QUE, sur la demande portant sur l'exploitation du matériel garanti sur 44 semaines en 2008, la société Azimut Trans fait valoir que les parties avaient convenu d'une exploitation garantie du matériel au minimum 44 semaines par an et 6 jours par semaine et qu'à de nombreuses reprises au cours de l'année 2008 la société Walon n'a pas respecté ce minimum sans pour autant la dédommager alors que les véhicules sont restés immobilisés et qu'elle a continué de régler les loyers ; que la société Walon soutient que cette demande est prescrite ; que, comme il a été vu précédemment les parties entretenaient des relations croisées donnant lieu à compensation de leurs dettes et créances respectives ; que la facture au titre des semaines qui étaient garanties s'inscrit dans ce cadre convenu ; que, de plus, cette facturation concerne des prestations qui auraient dû lui être garanties au cours de l'année 2008 de sorte qu'elle ne pouvait pas intervenir avant la fin de l'exercice ; qu'elle a donné lieu à l'envoi d'une facture en date du 31 décembre 2008 et d'une lettre recommandée du 25 mars 2009 valant mise en demeure ; qu'en conséquence elle n'est pas atteinte par le délai de prescription ; que la société Walon n'apporte aucun élément portant sur cette absence d'exploitation qui avait donné lieu à garantie contractuelle ; qu'il y a lieu de faire droit à la demande de la société Azimut Trans ;

ALORS D'UNE PART QUE dans ses conclusions d'appel (p. 22, al. 7 et 8), la société WALON faisait valoir, à titre subsidiaire, que « la demande d'Azimut se heurte aux dispositions du contrat qui prévoit que l'opérateur de transport ne s'engage sur aucun volume minimum, ce qui est accepté par le sous-traitant ; qu'aucune demande ou observation fondée sur un volume minimum n'a d'ailleurs été formée par la société Azimut Trans au cours de l'exécution des prestations de transport, étant ici précisé que sa facturation est à nouveau fondée sur un chiffre d'affaires théorique qui correspondrait à un préjudice qui n'a pas été réellement subi par le sous-traitant qui est susceptible d'avoir travaillé pour d'autres clients » ; qu'ainsi, la société WALON FRANCE apportait des éléments sur l'absence d'obligation d'exploitation minimale ; qu'en affirmant le contraire, la cour d'appel a dénaturé les termes du litige et violé les articles 4 et 5 du Code de procédure civile ;

ALORS D'AUTRE PART QUE l'avenant au contrat commercial de sous-traitance de transport routier de marchandises 2005 stipulait clairement que « l'opérateur de transport ne s'engage sur aucun volume minimum, ce qui est accepté par le sous-traitant » ; d'où il suit qu'en affirmant qu'il existait une garantie contractuelle à ce titre, la cour d'appel a dénaturé ledit avenant et violé l'article 1134 du Code civil.