

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

**COUR D'APPEL DE VERSAILLES
14e chambre
ARRET DU 28 MARS 2019**

N° RG 18/05122

AFFAIRE :

SAS SMARTMEDIA prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité
audit siège

C/

[...], prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège

Décision déferée à la cour : Ordonnance rendue le 22 Juin 2018 par le Tribunal de Commerce
de NANTERRE

N° RG : 2018R00452

LE VINGT HUIT MARS DEUX MILLE DIX NEUF,

La cour d'appel de Versailles, a rendu l'arrêt suivant dans l'affaire entre :

SAS SMARTMEDIA prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité
audit siège

N° SIRET : 804 206 126

[...]

92300 LEVALLOIS-PERRET

Représentée par Me Céline BORREL, avocat au barreau de VERSAILLES, vestiaire : 122

assistée de Me Denis HUBERT de l'AARPI KADRAN AVOCATS, avocat au barreau de
PARIS, vestiaire : K0154 -

APPELANTE

[...], prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège

N° SIRET : 501 513 980

[...]

[...]

Représentée par Me Christophe DEBRAY, avocat au barreau de VERSAILLES, vestiaire :
627 – N° du dossier 18334

assistée de Me Jean-david GUEDJ de l'ASSOCIATION JEAN-DAVID GUEDJ &
ASSOCIES, avocat au barreau de PARIS, vestiaire : L0025

INTIMÉE

Composition de la cour :

En application des dispositions de l'article 786 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue à l'audience publique du 06 février 2019 les avocats des parties ne s'y étant pas opposés, devant Madame Odette-Luce BOUVIER, président et Madame Maïté GRISON-PASCAIL, conseiller, chargé du rapport.

Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la cour, composée de :

Madame Odette-Luce BOUVIER, président,

Madame Maïté GRISON-PASCAIL, conseiller,

Madame Anne LELIEVRE, conseiller,

Greffier, lors des débats : Madame Agnès MARIE,

EXPOSÉ DU LITIGE,

La SARLU Klepierre Grand Littoral, venant aux droits de la société Corio Grand Littoral, est propriétaire du centre commercial Grand Littoral à Marseille dont elle assure la gestion.

La SAS Smartmedia est une régie publicitaire spécialisée dans les supports d'affichage digital dans les centres commerciaux.

Par contrat du 6 juin 2014 et avenant du 5 mai 2015, la société Klepierre Grand Littoral a confié à la société Smartmedia la régie publicitaire des supports de communication digitaux dans le centre commercial Grand Littoral, pour une durée de trois ans renouvelable par tacite reconduction. Le contrat a pris fin le 30 mai 2017.

Le 13 juillet 2017, la société Smartmedia a adressé à la société Klepierre Grand Littoral un décompte des redevances s'élevant, pour la période de janvier 2015 au mois de décembre 2016, à la somme de 106 041 euros HT, soit 127 249,20 euros TTC.

Le 23 janvier 2018, la société Klepierre Grand Littoral a émis une facture correspondante en sa faveur.

Par courrier recommandé avec avis de réception du 28 mars 2018, elle a mis en demeure la société Smartmedia de lui régler cette facture.

Puis, par acte du 30 avril 2018, la société Klepierre Grand Littoral a assigné en référé la société Smartmedia devant le président du tribunal de commerce de Nanterre afin d'obtenir le paiement d'une provision de 127 249,20 euros TTC, majorée des intérêts au taux légal à compter de la mise en demeure du 28 mars 2018.

Postérieurement à la délivrance de cette assignation en référé, par acte du 15 mai 2018, la société Smartmedia a assigné au fond la société Klepierre Grand Littoral devant le tribunal de commerce de Paris aux fins de condamnation à lui payer la somme de 185 000 euros à titre de dommages-intérêts pour rupture abusive de pourparlers.

Par ordonnance contradictoire rendue le 22 juin 2018, le juge des référés du tribunal de commerce de Nanterre, retenant notamment qu'il appartenait à la société Smartmedia, ayant reconnu devoir la somme litigieuse en établissant elle-même un décompte, de déclencher la procédure de règlement amiable des différends, telle que prévue à l'article 12 du contrat conclu le 6 juin 2014 si elle entendait contester l'exigibilité de la créance ; que le fait que le groupe Klepierre et la société Smartmedia aient, au cours de l'année 2017, entamé des pourparlers pour élargir leur collaboration est sans incidence sur la solution du litige puisqu'il n'est pas établi que les négociations portaient sur la créance litigieuse ; qu'en tout état de cause, l'analyse des pièces versées aux débats par la société Smartmedia démontre que les pourparlers litigieux ont été menés par la société Klepierre Brand Ventures et non par la société Klepierre Grand Littoral ; que dans ces conditions, une demande de compensation judiciaire ne saurait prospérer, s'agissant de créances qui ne sont pas de même nature et dont l'une est détenue par une partie différente de celle ayant mené les négociations litigieuses ; qu'enfin la société Smartmedia reconnaît à l'audience du 7 juin 2018 que la créance que détient sur elle la société Klepierre Grand Littoral est certaine, liquide et exigible, a :

— dit recevable la société Klepierre Grand Littoral en son action à l'encontre de la société Smartmedia,

— condamné la société Smartmedia à payer à la société Klepierre Grand Littoral la somme provisionnelle de 127 249,20 euros en principal, majorée des intérêts au taux légal à compter du 28 mars 2018,

— condamné la société Smartmedia à payer à la société Klepierre Grand Littoral la somme de 2 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

— condamné la société Smartmedia aux dépens.

La société Smartmedia a formé appel par un acte du 17 juillet 2018 visant l'ensemble des chefs de décision.

Dans ses conclusions transmises le 14 septembre 2018, auxquelles il convient de se reporter pour l'exposé détaillé de ses prétentions et moyens, la société Smartmedia, appelante, demande à la cour de :

— la déclarer recevable et bien fondée en son appel,

— infirmer l'ordonnance déferée en toutes ses dispositions,

Statuant à nouveau,

A titre principal,

— déclarer la société Klepierre Grand Littoral irrecevable en l'ensemble de sa demande,

A titre subsidiaire,

— dire n'y avoir lieu à référé et débouter la société Klepierre Grand Littoral de la totalité de ses demandes,

En tout état de cause,

— condamner la société Klepierre Grand Littoral aux entiers dépens de l'instance ainsi qu'à lui payer la somme de 2 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Au soutien de ses demandes, la société Smartmedia fait valoir en substance :

— que la demande de la société Klepierre Grand Littoral est irrecevable faute pour la demanderesse d'avoir respecté la clause de conciliation préalable stipulée à l'article 12 du contrat de régie publicitaire,

— subsidiairement, que la société Klepierre Grand Littoral, filiale du groupe Klepierre, a engagé sa responsabilité contractuelle en décidant le 20 décembre 2017 de cesser tout échange avec elle et de ne plus lui confier la régie publicitaire des 'totems' digitaux à installer dans plusieurs centres commerciaux, agissant avec mauvaise foi et déloyauté ; que la résiliation anticipée du contrat liant

les parties était subordonnée à l'engagement du groupe Klepierre Grand Littoral de lui accorder un droit de préférence quant à la régie publicitaire de ses centres commerciaux non encore équipés de 'totems' digitaux ; que ces accords sont matérialisés dans les courriels des 8 décembre 2016 et 3 août 2017,

— qu'elle subit un triple préjudice : un manque à gagner lié à la résiliation anticipée du contrat de régie publicitaire du 6 juin 2014 d'un montant de 35 000 euros à parfaire, un préjudice lié au temps perdu à poursuivre une négociation avec le groupe Klepierre, estimé au montant forfaitaire de 50 000 euros, et enfin un préjudice lié à la situation financière très délicate dans laquelle la société Klepierre Grand Littoral l'a mise du fait de son stratagème,

— que l'existence de créances réciproques entre les parties est susceptible de faire l'objet d'une compensation judiciaire qui constitue une contestation sérieuse à laquelle se heurte la demande formulée par la société Klepierre Grand Littoral devant le juge des référés.

Dans ses conclusions transmises le 25 septembre 2018, auxquelles il convient de se reporter pour l'exposé détaillé de ses prétentions et moyens, la société Klepierre Grand Littoral, intimée, demande à la cour de :

— confirmer l'ordonnance de référé du 22 juin 2018 dans toutes ses dispositions,

— débouter la société Smartmedia de toutes ses demandes, fins et conclusions,

Y ajoutant,

— condamner la société Smartmedia à lui payer la somme complémentaire de 4 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

— condamner la société Smartmedia aux entiers dépens d'appel.

Au soutien de ses demandes, la société Klepierre Grand Littoral fait valoir essentiellement :

— que l'article 12 du contrat ne s'analyse aucunement comme une clause de conciliation ; qu'il incombait à 'la partie la plus diligente' de mettre en oeuvre la tentative de règlement amiable du litige, si elle l'estimait nécessaire ; que l'article 12 de la convention a parfaitement été respecté par la concluante au regard notamment des termes de la mise en demeure préalable adressée le 28 mars 2018 ;

— qu'elle a proposé à la société Smartmedia une tentative de règlement amiable de leur différend dans sa mise en demeure du 28 mars 2018 et a attendu plus d'un mois avant de l'assigner,

— à titre subsidiaire, que le courriel adressé par la société Smartmedia le 13 juillet 2017 indiquant le montant total du chiffre d'affaires réalisé en exécution du contrat peut s'analyser comme une reconnaissance de dette et la créance de la société Klepierre Grand Littoral, correspondant à la facture émise le 23 janvier 2018 pour un montant de 106 041 euros HT soit 127 249, 20 euros TTC, n'est ni contestable, ni contestée par la société Smartmedia,

— qu'elle est totalement étrangère au litige relatif à la rupture des pourparlers menés par la société Klepierre Brand Ventures,

— que la prétendue créance dont se prévaut la société Smartmedia ne répond à aucune des conditions prévues aux articles 1348 et 1348-1 du code civil puisqu'elle concerne uniquement la société Klepierre Brand Ventures, il n'y a donc pas de connexité et la créance litigieuse n'est pas certaine.

L'ordonnance de clôture a été prononcée le 20 décembre 2018.

MOTIFS DE LA DECISION

Sur la fin de non-recevoir tirée du défaut de conciliation préalable

Selon l'article 122 du code de procédure civile, constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée.

Il est constant qu'une clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge constitue, dès lors qu'elle est licite, une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent et qu'elle peut être proposée en tout état de cause.

En l'espèce, l'article 12 du contrat du 6 juin 2014 signé entre les parties stipule :

'En cas de litiges relatifs à la formation, la résiliation, l'exécution et ou l'interprétation des présentes, les parties devront tenter de bonne foi de parvenir à un accord amiable permettant de régler le différend.

Pour ce faire, la partie la plus diligente devra provoquer une réunion entre les représentants des directions générales dans les quinze jours de la lettre demandant cette réunion.

Dans le cas où l'une des parties refuserait une telle rencontre, ou ne répondrait à la demande de rencontre de l'autre partie, ou encore si aucun accord amiable ne peut être trouvé, le litige serait alors soumis à la compétence exclusive du tribunal de commerce de Nanterre.'

Comme l'a exactement relevé le premier juge, il appartenait à l'une ou l'autre des parties de mettre en oeuvre la procédure de règlement amiable des différends, soit 'la partie la plus diligente', et en particulier à la société Smartmedia, si elle entendait contester l'exigibilité de la facture dont le paiement lui a été réclamé les 31 janvier et 28 mars 2018.

En outre, dans le courrier de mise en demeure du 28 mars 2018, la société Klepierre Grand Littoral a effectivement proposé à la société Smartmedia une conciliation amiable en ces termes : 'je vous précise que la société KLEPIERRE GRAND LITTORAL ne serait pas opposée à un règlement amiable de votre différend, et je me tiens à la disposition de votre avocat, auquel je vous laisse le soin de transmettre la présente, pour en discuter. A défaut de réponse sous quinzaine, ma cliente sera fondée à estimer que vous refusez toute solution amiable', cette proposition n'ayant reçu aucune réponse.

C'est donc à bon droit que le juge des référés a rejeté la fin de non-recevoir soulevée par la société Smartmedia.

Il y a donc lieu de confirmer l'ordonnance de ce chef.

Sur la demande de provision

Selon l'article 873, alinéa 2, du code de procédure civile, le président du tribunal de commerce, statuant en référé, peut, dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, accorder une provision au créancier.

Le montant de la somme provisionnelle susceptible d'être ainsi allouée n'a d'autre limite que celui de la dette alléguée et l'urgence n'est pas à caractériser lorsque l'instance en référé tend à l'allocation d'une provision.

En application de l'ancien article 1315 du code civil, applicable au présent litige, le contrat et l'avenant ayant été conclus avant le 1er octobre 2016, c'est à celui qui réclame l'exécution d'une obligation de la prouver et à celui qui se prétend libéré de justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

En vertu de l'article L.110-3 du code de commerce, la preuve en matière commerciale peut se faire par tous moyens.

Enfin, selon l'article 1291 du code civil (dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, nouvel article 1347-1 du code civil), la compensation n'est possible qu'entre deux dettes certaines, liquides et exigibles.

En l'espèce, il résulte des éléments de fait et de preuve versés aux débats que :

— le contrat prévoit à l'article 5.1.4 :

'Chaque mois la [société Smartmedia] établira et transmettra à [la société Klepierre Grand Littoral] le détail des ordres de publicité facturés aux annonceurs ainsi qu'un état financier détaillant le chiffre d'affaires réalisé et les encaissements perçus au titre de la commercialisation des espaces publicitaires. [la société Klepierre Grand Littoral] établira sur la base de ces encaissements une facture correspondante, majorée des taxes en vigueur. Cette facture sera réglée par la [société Smartmedia], déduction faite de sa commission, à 30 jours fin de mois, par virement bancaire ' ;

— le 13 juillet 2017, la société Smartmedia a adressé à la société Klepierre Grand Littoral un décompte des redevances s'élevant, pour la période de janvier 2015 au mois de décembre 2016, à la somme de 106 041 euros HT, soit 127 249,20 euros TTC,

— le 23 janvier 2018, la société Klepierre Grand Littoral a émis une facture correspondante, conforme aux stipulations contractuelles,

— à compter de la fin de l'année 2016, des pourparlers ont été menés entre la société Smartmedia et le responsable opérations de la société Klepierre Brand Ventures dans le but d'instaurer une nouvelle collaboration entre les parties et de conclure une convention, après résiliation anticipée du contrat de régie publicitaire signé en 2014, portant sur l'équipement de mobiliers urbains publicitaire d'un ensemble de centres commerciaux non encore équipés,

— au mois de décembre 2017, le responsable de la société Klepierre Brand Ventures a indiqué à la société Smartmedia que le projet ne serait pas concrétisé.

La société Smartmedia ne conteste pas en l'espèce la créance revendiquée par la société Klepierre Grand Littoral, ni dans son principe ni dans son montant.

Elle se prévaut en revanche de l'existence d'une contestation qu'elle affirme sérieuse en opposant une exception de compensation de sa créance avec celle qu'elle estime détenir à l'encontre de la société Klepierre Grand Littoral du fait de la rupture de pourparlers.

Si l'article 873, alinéa 2, du code de procédure civile ne prive pas la juridiction des référés du pouvoir d'apprécier si l'éventualité d'une compensation entre créances réciproques, est de nature à rendre sérieuse ou non la contestation de l'obligation invoquée par la partie qui demande une provision, la cour relève qu'en l'espèce n'est pas démontrée avec l'évidence requise en référé, l'existence de la créance invoquée par l'appelante en raison de l'indemnisation à venir du caractère abusif de la rupture de pourparlers et des manquements aux obligations de bonne foi et de loyauté de nature à engager la responsabilité de la société Klepierre Brand Ventures et/ou de la société Klepierre Grand Littoral.

En outre, comme l'a relevé le premier juge, les discussions litigieuses ont été menées par le responsable de la société Klepierre Brand Ventures et non par le représentant de la société Klepierre Grand Littoral, ce qui n'est pas contesté par l'appelante et une action au fond est actuellement pendante devant le tribunal de commerce de Paris.

Enfin, la créance revendiquée par la société Klepierre Grand Littoral n'a jamais été contestée par la société Smartmedia, qui durant la période des pourparlers litigieux, a adressé elle-même à son cocontractant, le 13 juillet 2017, les éléments permettant le calcul de la redevance d'occupation due pour les années 2015 et 2016 au titre du contrat de régie publicitaire alors en cours.

Ainsi la créance alléguée en l'état par la société Smartmedia est indéterminée et formellement sérieusement contestée dans son existence même et dans son montant, alors qu'en revanche, la créance de la société Klepierre Grand Littoral n'est contestée ni dans son principe ni dans son montant.

La compensation invoquée par la société Smartmedia, fondée sur une créance prétendue, ne peut dès lors constituer une contestation sérieuse, au sens de l'article 873, alinéa 2 du code de procédure civile, de son obligation envers la société intimée.

Il y a lieu en conséquence de confirmer l'ordonnance déferée en toutes ses dispositions.

Sur les demandes accessoires

L'équité commande de faire droit à la demande de l'intimée présentée en cause d'appel sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile : l'appelante est donc condamnée à lui verser à ce titre la somme visée au dispositif de la présente décision.

Partie perdante, l'appelante ne saurait prétendre à l'allocation de sommes au titre des frais irrépétibles et doit supporter les dépens d'appel.

PAR CES MOTIFS LA COUR

Statuant publiquement par décision contradictoire et en dernier ressort,

CONFIRME en toutes ses dispositions l'ordonnance déferée,

Y ajoutant,

CONDAMNE la société Smartmedia à payer à la société Klepierre Grand Littoral la somme de 2 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

DIT que les dépens seront supportés par la société Smartmedia et pourront être recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Arrêt prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile et signé par Madame Odette-Luce BOUVIER, président et par Madame Agnès MARIE, greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Le greffier, Le président,