

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 5 - Chambre 11
ARRÊT DU 10 NOVEMBRE 2017

Numéro d'inscription au répertoire général 15/17155 Décision déferée à la Cour : Jugement du 03 Mars 2015 -Tribunal de Commerce de LYON - RG n° 2014J1019

APPELANTE

SASU AUSTRALIE prise en la personne de ses représentants légaux PARIS N° SIRET 378 899 363 (Paris) représentée par Me Frédéric INGOLD de la SELARL INGOLD & THOMAS - AVOCATS, avocat postulant du barreau de PARIS, toque B1055 assistée de Me Xavier LOREAL, avocat plaidant du barreau de PARIS, toque P0285

INTIMÉE

SA ENGIE ANCIENNEMENT DÉNOMMÉE GDF SUEZ prise en la personne de ses représentants légaux COURBEVOIE N° SIRET 542 107 651 (Nanterre) représentée par Me Joyce LABI de la SCP COURTEAUD PELLISSIER, avocat au barreau de PARIS, toque P0023 assistée de Me Marie-José GONZALEZ de la SCP COURTEAUD PELLISSIER, avocat plaidant du barreau de PARIS, toque P0023

COMPOSITION DE LA COUR

L'affaire a été débattue le 21 Septembre 2017, en audience publique, devant la Cour composée de Mme Michèle LIS SCHAAL, présidente de la chambre, chargée du rapport, Mme Françoise BEL, présidente de chambre M. Gérard ..., magistrat honoraire en charge de fonctions juridictionnelles, qui en ont délibéré. Greffier, lors des débats Mme Saoussen HAKIRI

ARRÊT :

- contradictoire,
- 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.
- signé par Mme Michèle LIS SCHAAL, présidente et par Mme Saoussen HAKIRI, greffier présent lors du prononcé. Faits et procédure La société AUSTRALIE SAS est une agence en conseil en communication. EDF GDF France puis la société GDF SUEZ lui a confié depuis 1999 et par contrats successifs, une mission de conseil en communication dont les termes et conditions ont évolué au fil des avenants, rémunérés par deux commissions sur les investissements médias, l'une au titre des travaux effectués et l'autre au titre de la cession des droits de propriété intellectuelle. Le dernier avenant annuel a été signé le 15 avril 2011 et a reporté l'échéance du contrat au 31 décembre 2011.

En 2011, un appel d'offres est organisé par la société GDF SUEZ auquel participe la société AUSTRALIE laquelle a été informée en 2011 qu'elle n'était pas retenue pour les années à

venir. Un ultime avenant n° SAT-01845-01-HY a été régularisé par les parties en février 2012, qui prévoyait pour sa part une durée de 5 mois expirant le 31 mai 2012 et un honoraire forfaitaire de 270.000 euros. La société AUSTRALIE estimant que le préavis qui lui avait été accordé était déséquilibré et contestant certaines modalités d'exécution des contrats antérieurs, a alors assigné GDF SUEZ devant le Tribunal de commerce de Paris.

Par décision en date du 03 mars 2014 le Tribunal de commerce de Lyon a :

- condamné la société GDF SUEZ à payer la somme de 355.000 euros à la société AUSTRALIE au titre de l'indemnité de préavis ;
- débouté la société AUSTRALIE de ses demandes au titre d'une rémunération rétrospective sur les achats d'espace internet ;
- condamné la société GDF SUEZ à payer la somme de 15.000 euros à la société AUSTRALIE au titre de l'article 700 du CPC ;
- ordonné l'exécution provisoire du présent jugement ;
- rejeté comme inutiles ou non fondées toutes autres demandes, moyens, fins et conclusions contraires des parties ;
- condamné la société GDF SUEZ aux dépens de l'instance ;

Le tribunal a jugé qu' il y avait eu une mauvaise exécution du préavis par GDF SUEZ sur le fondement de l' article L 442 6 I 5° du code de commerce.

Il a estimé que la société AUSTRALIE ne justifiait pas suffisamment son droit à rémunération rétrospective sur les achats d'espace internet, ni ne faisait état d'aucune contestation ultérieure et préalable à la rupture des relations commerciales relative au calcul de sa rémunération. La société AUSTRALIE a interjeté appel de cette décision.

La société ENGIE vient aujourd'hui aux droits de la société GAZ DE FRANCE et a formé appel incident de cette décision.

Par conclusions signifiées par RPVA le 04 mai 2017, la société AUSTRALIE sollicite de la Cour de :

Vu les articles 1134 et 1135 du Code civil dans leur rédaction applicable au litige

Vu l'article L. 4426-I-5° du Code de commerce,

Vu la jurisprudence,

Vu les pièces versées aux débats,

- S'ENTENDRE DIRE ET JUGER recevable et bien fondée la société AUSTRALIE en son appel,

Y faisant droit :

Sur la demande de la société AUSTRALIE au titre de la rémunération sur les achats d'espace Internet :

- INFIRMER le jugement entrepris, et par conséquent,

- CONDAMNER la société ENGIE (GDF-SUEZ) à payer à la société AUSTRALIE une somme de 1.025.354,70 euros TTC au titre des honoraires impayés de 2007 à 2011, et ce avec intérêts légaux à compter de la date de délivrance de l'assignation.

Sur la demande de la société AUSTRALIE au titre de l'indemnité de préavis :

- DÉBOUTER la société ENGIE de ses demandes ;

- CONDAMNER la société ENGIE à payer à la société AUSTRALIE une somme de 394.603 euros à titre d'indemnité de préavis.

En tout état de cause,

- CONDAMNER la société ENGIE à payer à la société AUSTRALIE une somme de 15.000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

- CONDAMNER la société ENGIE en tous les dépens.

A l'appui de ses prétentions, elle soutient :

Sur la demande au titre de la rémunération sur les achats d'espace Internet

La société AUSTRALIE soutient qu'il ne peut être considéré qu'elle a renoncé à ses droits en n'ayant pas introduit d'action judiciaire immédiatement.

Que sa situation de dépendance économique explique son choix de ne pas avoir poursuivi plus tôt la société ENGIE. Qu'en effet, introduire une action pour obtenir paiement des sommes dues durant l'exécution du contrat créait un risque que l'annonceur refuse le renouvellement du contrat lors de l'échéance annuelle. La société AUSTRALIE soutient que les achats d'espaces publicitaires sur Internet devaient être inclus dans le calcul de la rémunération de l'agence.

La société ENGIE doit donc lui verser la somme de 1.025.354,70 euros avec intérêt au taux légal à compter de la délivrance de l'assignation. Sur la demande au titre de l'indemnité de préavis

La société AUSTRALIE soutient que la période du 1er janvier 2012 au 31 mai 2012 fait partie intégrante du préavis qui était dû par la société GDF SUEZ à l'Agence dont il résulte pour AUSTRALIE une rémunération totale de 317.719,27 euros HT. Que le préavis accordé à Australie n'a pas été exécuté conformément aux articles 1134 et 1135 du code civil dans leur rédaction applicable au litige.

La société AUSTRALIE soutient qu'elle est donc parfaitement fondée à poursuivre la condamnation de la société ENGIE à lui payer une indemnité correspondant à la différence des deux sommes précitées de 712.322 euros et 317.719 euros soit de 394.603 euros au titre du préavis, tant sur le fondement des articles 1134 et 1135 du Code civil dans leur rédaction applicable au litige que sur celui de l'article L442-6-I-5° du Code de commerce.

Par conclusions signifiées par RPVA le 03 mai 2017, la société ENGIE sollicite de la Cour de:

Donner acte à la Société GDF SUEZ de son changement de dénomination sociale,

- Dire et juger la Société désormais dénommée ENGIE, recevable et bien fondée en ses conclusions, notamment en ce qu'elles contiennent un appel incident,

Y faisant droit,

- Dire et juger que les dispositions contractuelles ont toujours ' implicitement puis expressément ' exclu les achats d'espaces Internet de l'assiette de la rémunération de la Société AUSTRALIE En conséquence,

- Dire et juger que la Société AUSTRALIE ne peut se prévaloir d'aucune rémunération complémentaire calculée sur la base d'achats d'espaces Internet qui n'ont pas été occasionnés par des opérations réalisées par elle dans le cadre de missions confiées à titre exclusif,

A ce titre,

CONFIRMER le jugement rendu le 3 mars 2015 par le Tribunal de Commerce de LYON en ce qu'il a rejeté la demande présentée par la Société AUSTRALIE à ce titre,

Par ailleurs,

Concernant le préavis accordé par GDF SUEZ à la Société AUSTRALIE

- CONFIRMER le jugement rendu le 3 mars 2015 par le Tribunal de Commerce de LYON en ce qu'il a considéré que la durée du préavis était suffisante eu égard aux éléments de l'espèce,

- Mais l'INFIRMER en ce qu'il a décidé que la rémunération perçue au cours du préavis était insuffisante et alloué à la Société AUSTRALIE la somme complémentaire de 355.000 euros à ce titre, Statuant à nouveau,

- Dire et juger que la Société AUSTRALIE a perçu pendant toute la durée du préavis, la rémunération convenue, librement négociée et arrêtée d'un commun accord,

En conséquence,

- Débouter la Société AUSTRALIE de toutes ses demandes, fins et conclusions relativement à la rémunération perçue pendant la durée du préavis et, en tant que de besoin, la condamner à restituer la somme perçue de 355.000 euros,

- Rejeter toutes autres demandes de la Société AUSTRALIE - Condamner la Société AUSTRALIE à payer à la Société GDF SUEZ la somme de 15.000euros sur le fondement de l'article 700 du Code de Procédure Civile.

- Laisser les dépens, tant de première instance que d'appel, à la charge de la Société AUSTRALIE et autoriser la SCPA à se prévaloir des dispositions de l'article 699 du Code de Procédure Civile. A l'appui de ses prétentions, elle soutient :

Sur la demande relative à la réintégration des achats d'espaces Internet

La société ENGIE soutient que si les sommes étaient effectivement dues, AUSTRALIE n'aurait pas manqué d'insister et de saisir la justice au regard de l'enjeu dont elle se prévaut qui est bien supérieur au risque de se voir refuser le renouvellement du contrat. La société ENGIE soutient que les échanges entre les deux sociétés confirment que la volonté de GDF SUEZ d'écartier Internet de l'assiette de la rémunération était clairement exprimée et ne pouvait souffrir d'aucune interprétation.

La société ENGIE soutient que dès lors que la Société AUSTRALIE n'était pas missionnée pour la création des campagnes digitales, il était parfaitement justifié d'exclure les opérations Internet de l'assiette de sa commission, en application de l'alinéa premier de l'article 6 définissant les "investissements médias" invoqué par la société AUSTRALIE La société ENGIE soutient que les chiffres avancés par la Société AUSTRALIE résultent d'un tableau établi par elle-même et qu'elle n'a pas distingué selon les campagnes dont elle avait la charge.

Qu'il ne saurait être question d'appliquer les taux de rémunération prévus pour les missions confiées à titre exclusif, même à titre de référence, car rien ne permet de prétendre que, si GDF SUEZ avait accédé à la demande de la Société AUSTRALIE elle aurait admis les mêmes taux.

La Société ENGIE tient à souligner que c'est avec une parfaite mauvaise foi que la Société AUSTRALIE soutient, dans ses dernières écritures, qu'elle se trouvait dans un état de dépendance économique qui l'avait empêchée de d'exiger judiciairement.

En effet, la Société ENGIE ne représentait qu'environ 20 % de la marge brute et l'activité de la Société AUSTRALIE n'a nullement été affectée par la fin des relations contractuelles.

Sur l'appel incident :

Les demandes de rémunération complémentaire pendant la durée de préavis La société ENGIE soutient qu'il lui est reproché à tort d'avoir diminué l'assiette servant de calcul de la rémunération pendant la période du préavis alors qu'il n'a pas été tenu compte de ce que la rémunération de l'agence AUSTRALIE, pour la période litigieuse du 1er janvier au 31 mai 2012, a été contractuellement définie par l'avenant n° SAT-01845-01-HY signé les 15 et 16 février 2012.

La société ENGIE soutient qu'à compter du 15 avril 2011, au plus tard, la Société AUSTRALIE était informée de ce que l'avenant n° 10-2720, régularisé le 15 avril 2011 et qui organisait les relations avec la Société AUSTRALIE jusqu'au 31 décembre 2011, prévoyait que si à l'issue de la consultation, elle n'était pas retenue, il serait mis un terme définitif aux relations contractuelles avec cette agence à effet du 31 décembre 2011 et selon des modalités d'ores et déjà convenues.

Par arrêt du 16 juin 2017, la Cour d'appel a invité les parties à présenter leurs observations sur le fondement juridique des demandes de la société AUSTRALIE et sur le cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle et renvoyé l'affaire à l'audience de plaidoirie du 21 septembre 2017.

Par ses conclusions signifiées par RPVA le 4 septembre 2017, la société AUSTRALIE a formulé les observations requises par l'arrêt rendu le 16 juin 2017 par la Cour d'appel de Paris.

La société AUSTRALIE souligne que l'irrecevabilité encourue ne concerne que sa demande tendant à obtenir réparation des conséquences de l'exécution déloyale du préavis par la société ENGIE et non pas celle visant à obtenir une rémunération complémentaire sur les achats d'espaces internet de la société ENGIE

La société AUSTRALIE précise qu'elle recherche la responsabilité de la société ENGIE pour rupture brutale des relations commerciales établies sur le fondement de l'article L. 442-6-I, 5° du code de commerce.

Elle affirme en effet que les relations commerciales avec la société ENGIE ne se sont pas poursuivies loyalement pendant la durée du préavis.

Elle rappelle qu'elle reproche à la société ENGIE de ne lui avoir accordé qu'un préavis de 5 mois pendant lequel elle n'a touché qu'une partie de la rémunération qu'elle percevait antérieurement.

Elle prétend que la société ENGIE a fixé ces conditions en se basant sur le dernier avenant signé les 15 et 16 février, avenant qu'elle n'a conclu qu'en raison de sa position de faiblesse dans les négociations.

Elle demande donc à la Cour de passer outre cet avenant afin de fixer elle-même une durée de préavis et une rémunération qui tiennent réellement compte du caractère établi, durable et stable des relations qu'elle entretenait avec la société ENGIE

Elle précise ensuite qu'elle invoque les articles 1134 et 1135 du code civil à titre subsidiaire, dans le cas où la Cour ne considérerait pas comme brutale la fin des relations commerciales entretenues avec la société ENGIE

Elle soutient enfin que le principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle ne constitue pas un moyen d'irrecevabilité de la demande mais nécessite, conformément à l'article 12 du code de procédure civile, de rechercher quel régime de responsabilité s'applique au litige.

SUR CE

Sur l'indemnité de préavis de préavis réclamée par la société AUSTRALIE ;

Considérant que la société AUSTRALIE soutient dans ses dernières conclusions signifiées par RPVA le 4 mai 2017 que la société ENGIE a engagé sa responsabilité pour rupture brutale des relations commerciales établies sur le fondement de l'article L 442-6-I 5° du code de commerce qui est de nature délictuelle et sur le fondement des articles 1134 et 1135 du Code civil dans leur rédaction applicable au litige, qu'elle soutenait déjà devant le tribunal de commerce de LYON une responsabilité délictuelle et contractuelle cumulative sur le fondement des articles précités et réclamait un montant de 394.603 euros à titre d'indemnité de préavis, que la responsabilité civile encourue par l'auteur d'une rupture brutale de relations commerciales établies est de nature délictuelle (Cass.com 6 février 2017 n° 4-13-178), que la règle de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle ne reçoit application que dans les rapports entre contractants ce qui est le cas en l'espèce, les parties étant liées par de nombreux contrats, qu'elle n'invoque pas la responsabilité contractuelle des articles 1134 et 1135 du code civil à titre subsidiaire comme elle le soutient dans ses conclusions du 4 septembre 2017, étant précisé que l'ordonnance de clôture du 18 mai 2017 n'ayant pas été révoquée, elle n'avait pas la possibilité de changer les fondements juridiques de sa demande, la Cour n'ayant invité les parties qu'à présenter des observations sur le cumul des responsabilités, qu'en conséquence, il y a lieu de réformer le jugement entrepris qui a accordé une indemnité de 355.000 euros à la société AUSTRALIE au titre de l'indemnité de préavis et de déclarer cette demande irrecevable; Sur la demande relative à la réintégration des achats d'espaces Internet;

Considérant qu'en application de l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable à la cause, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et

doivent être exécutées de bonne foi, que l'article 1315 du code civil dispose : " Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.",

Considérant que la société AUSTRALIE sollicite le paiement de rémunérations sur les achats d'espaces Internet de la société GDF SUEZ qu'elle soutient qu'il ne peut être considéré qu'elle a renoncé à ses droits en n'ayant pas introduit d'action judiciaire immédiatement alors que sa situation de dépendance économique explique son choix de ne pas avoir poursuivi plus tôt la société ENGIE qu'en effet, introduire une action pour obtenir paiement des sommes dues durant l'exécution du contrat créait un risque que l'annonceur refuse le renouvellement du contrat lors de l'échéance annuelle ; sur le fond elle soutient que les achats d'espaces publicitaires sur Internet devaient être inclus dans le calcul de la rémunération de l'agence, la société ENGIE doit donc lui verser la somme de 1.025.354,70 euros avec intérêt au taux légal à compter de la délivrance de l'assignation ;

Considérant que la société ENGIE réplique que si les sommes étaient effectivement dues, AUSTRALIE n'aurait pas manqué d'insister et de saisir la justice au regard de l'enjeu dont elle se prévaut qui est bien supérieur au risque de se voir refuser le renouvellement du contrat, qu'elle soutient que les échanges entre les deux sociétés confirment que la volonté de GDF SUEZ d'écartier Internet de l'assiette de la rémunération était clairement exprimée et ne pouvait souffrir d'aucune interprétation, qu'elle ajoute que dès lors que la Société AUSTRALIE n'était pas missionnée pour la création des campagnes digitales, il était parfaitement justifié d'exclure les opérations Internet de l'assiette de sa commission, en application de l'alinéa premier de l'article 6 définissant les "investissements médias" invoqués par la société AUSTRALIE qu'elle soutient également que les chiffres avancés par la Société AUSTRALIE résultent d'un tableau établi par elle-même et qu'elle n'a pas distingué selon les campagnes dont elle avait la charge, qu'il ne saurait être question d'appliquer les taux de rémunération prévus pour les missions confiées à titre exclusif, même à titre de référence, car rien ne permet de prétendre que, si GDF SUEZ avait accédé à la demande de la Société AUSTRALIE elle aurait admis les mêmes taux ; qu'elle tient à souligner que c'est avec une parfaite mauvaise foi que la Société AUSTRALIE soutient, dans ses dernières écritures, qu'elle se trouvait dans un état de dépendance économique qui l'avait empêchée de saisir la justice pour réclamer les sommes dues alors que la Société ENGIE ne représentait qu'environ 20 % de la marge brute et que l'activité de la Société AUSTRALIE n'a nullement été affectée par la fin des relations contractuelles;

Considérant qu'il n'est pas contesté que la société AUSTRALIE n'a pas réclamé ces sommes pendant l'exécution du contrat sans que sa situation de dépendance économique, qui n'est pas établie, puisse le justifier, qu'aucune disposition des contrats n'évoque précisément la rémunération d'achats d'espaces internet d'autant plus que la première convention date du 19 octobre 1999, époque où ce vecteur était peu développé et stipule uniquement en des termes très vagues "L'ANNONCEUR" s'engage à rémunérer " L'AGENCE", au titre des missions qu'elle lui confie à titre exclusif, telles que précisées au paragraphe 3;2;1 ci-avant, en lui versant une commission égale à HUIT POUR CENT (8%) du montant des " investissements médias", hors taxes, par elle réalisées en vue de la mise en oeuvre de toute campagne de publicité mise en oeuvre par ladite " AGENCE"; que le dernier avenant en date du 1er janvier 2012 exclut expressément les " opérations internet" dans son article 3 intitulé " Mise à jour de la rémunération de l'agence", qu'en fait, les parties étaient en désaccord sur ce point comme le montrent les différents échanges entre les parties et le courrier du président de la société

AUSTRALIE du 29 janvier 2008 qui indique : " ... je regrette que vous n'ayez pas accédé à notre demande d'intégrer Internet dans ce mode de calcul ... Ainsi, dissocier internet de la base de la rémunération de l'agence ne nous semble ni équitable, ni justifié. accepter de contracter aux conditions de GDF SUEZ" mais qui ajoute : "Néanmoins, sois totalement assuré que l'Agence donnera le meilleur d'elle-même pour vous conseiller en 2008 et faire pour vous la meilleure communication possible malgré nos divergences de vues sur la rémunération, notre réflexion stratégique sera en totale cohérence de fond avec les messages délivrés sur les grands médias.", qu'il en résulte que la société AUSTRALIE a accepté le mode de calcul de GDF SUEZ, qu'en conséquence, il convient de confirmer le jugement entrepris qui a débouté la société AUSTRALIE de cette demande ;

Considérant que l'équité impose de condamner la Société AUSTRALIE à payer à la Société GDF SUEZ devenue ENGIE la somme de 15.000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de Procédure Civile ; que la société AUSTRALIE sera tenue au paiement des dépens tant de première instance que d'appel ;

PAR CES MOTIFS

La Cour statuant publiquement, contradictoirement et en dernier ressort ;

CONFIRME le jugement entrepris qui a débouté la société AUSTRALIE de sa demande fondée sur le paiement des honoraires ;

L'INFIRME sur le surplus ;

STATUANT à nouveau,

DÉCLARE la demande d'indemnisation du préavis irrecevable ;

CONDAMNE la Société AUSTRALIE à payer à la Société GDF SUEZ devenue ENGIE la somme de 15.000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de Procédure Civile ;

LA CONDAMNE aux dépens tant de première instance que d'appel et autorise la SCPA à se prévaloir des dispositions de l'article 699 du Code de Procédure civile.

Le greffier

Le président