

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 5 – Chambre 4
ARRÊT DU 13 FÉVRIER 2019

Numéro d'inscription au répertoire général : 17/01634

Sur renvoi après un arrêt de la Cour de Cassation prononcé le 08 Novembre 2016 (n° 951 F-D) emportant cassation partielle d'un arrêt rendu par la cour d'appel de PARIS (pôle 5 – chambre 4) le 28 janvier 2015 (RG n° 12/01536), sur appel d'un jugement rendu le 22 Décembre 2011 par le tribunal de commerce de PARIS (RG n° 2010077688)

- SARL LES EDITIONS JALOU, dont le sigle est LEJ ayant son siège social : [...]

N° SIRET : 331 532 176 (PARIS) prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège

- SELARL E F X, prise en la personne de Me Y X, ès qualités de commissaire à l'exécution du plan de la SARL LES EDITIONS JALOU (N° SIRET : 331 532 176 – PARIS), désigné à cette fonction par jugement du tribunal de commerce de PARIS en date du 17 mars 2016

Exerçant ses fonctions : [...]

Représentées par Me Jeanne BAECHLIN de la SCP Jeanne BAECHLIN, avocat au barreau de PARIS, toque : L0034

Ayant pour avocat plaident : Me Anne-Dorothée DE BERNIS de la SELARL CARBONNIER LAMAZE RASLE ET ASSOCIES, avocat au barreau de PARIS, toque : P0298

DÉFENDERESSE À LA REQUÊTE

SARL A B, venant aux droits de la société CJSC A B ZAO, société de droit russe,

Ayant son siège social : [...]

édifice 7/10

N° d'enregistrement : 1147748140540 (MOSCOU)

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

Représentée par Me Claire PICARD, avocat au barreau de PARIS

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 786 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 18 Décembre 2018, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposé, devant Madame G H, Conseillère, chargée du rapport.

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

Madame G H, Vice-Présidente Placée, rédacteur, Faisant fonction de Présidente de chambre,

Madame Dominique MOUTHON VIDILLES, Conseillère,

Monsieur Philippe JAVELAS, Conseiller, appelé d'une autre chambre afin de compléter la Cour en application de l'article R.312-3 du code de l'organisation judiciaire qui en ont délibéré.

Greffier, lors des débats : Madame C D

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 Madame G H, conseillère faisant fonction de président et par Madame C D, greffier auquel la minute a été remise par le magistrat signataire.

FAITS ET PROCÉDURE

Par contrats conclus en 1997, puis le 28 décembre 2001, la société Les Editions Jalou (la société Jalou), éditeur du magazine 'L'Officiel de la couture et de la mode de Paris ' a concédé à la société New Sovereign Ltd une licence exclusive en vue de la publication et diffusion de ce magazine, en langue russe, en Russie et dans certains pays voisins dont l'Ukraine, jusqu'au 31 décembre 2011; le contrat de 2001 prévoyait, au bénéfice de la société New Sovereign Ltd, un droit de préemption sur tout contrat de licence que la société Jalou souhaiterait conclure avec un tiers, afin de lui garantir la reconduction dans ses droits .

Le 1er octobre 2006, les droits et obligations de la société New Sovereign Ltd ont été transférés à la société CSJC A B (la société A); le 1er janvier 2007, un contrat de licence standard a été conclu pour une durée de cinq ans entre la société Jalou et la société A, conférant à cette dernière l'exclusivité d'exploitation du magazine et reprenant les dispositions du contrat du 28 décembre 2001 telles que modifiées par avenant du 1er octobre 2006 .

Les parties s'étant opposées sur les conditions de reconduction du contrat amendé de 2001, la société Jalou a notifié à la société A, le 4 août 2010, la résiliation unilatérale de ce contrat, avec effet au 30 août 2010 .

Le 10 novembre 2010, la société Jalou a fait assigner la société A devant le tribunal de commerce de Paris pour faire constater le caractère légitime de la résiliation du contrat et obtenir des dommages-intérêts pour inexécution contractuelle; reconventionnellement, la société A a demandé réparation de ses préjudices résultant de la violation de son droit de préemption en raison de la conclusion par la société Jalou de deux contrats de licence avec un tiers ainsi que de la rupture brutale et abusive de la relation commerciale établie.

Par jugement du 22 décembre 2011, le tribunal a :

— débouté la société Jalou de sa demande de résiliation judiciaire du contrat amendé de 2001 et jugé infondée la résolution unilatérale de ce contrat par la société Jalou,

— condamné la société Jalou à payer à la société A les sommes de : 2.000.000 euros à titre de compensation pour interruption du contrat au 30 août 2010 au lieu du 31 décembre 2011, 2.000.000 US \$ au titre du non renouvellement du contrat à son terme, 135.060 euros au titre de la rupture d'exclusivité de la sous-licence en Ukraine et 50.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

— débouté les parties de toutes leurs autres demandes.

La société Jalou ayant relevé appel, cette cour, par arrêt du 28 janvier 2015 :

— a déclaré recevable l'exception d'incompétence soulevée in limine litis par la société A, s'est déclarée compétente pour apprécier la légalité des actes de la société A dont il était demandé réparation sur le fondement de la responsabilité délictuelle, mais a rejeté les demandes de la société Jalou comme présentées pour la première fois en cause d'appel,

— a confirmé le jugement sauf en ce qu'il a condamné la société Jalou à payer à la société A la somme de 2.000.000 euros à titre de compensation pour l'interruption du contrat au 30 août 2010 au lieu du 31 décembre 2011,

— infirmant le jugement sur ce point, a condamné la société Jalou à payer à la société A la somme de 2.217.000 euros sur ce fondement et a rejeté la demande de délais de la société Jalou,

— condamné la société Jalou à payer à la société A la somme de 75.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile .

Le 4 février 2015, une procédure de redressement judiciaire a été ouverte à l'encontre de la société Jalou, qui aboutira à l'homologation d'un plan de redressement le 17 mars 2016.

Saisie du pourvoi formé par la société Jalou et Me X, agissant en qualité d'administrateur judiciaire de cette société, la cour de cassation, par arrêt du 8 novembre 2016, a :

— cassé et annulé l'arrêt du 28 janvier 2005, sauf en ce que, infirmant le jugement, il condamne la société Jalou à payer à la société A la somme de 2.217.000 euros à titre de

compensation pour l'interruption du contrat au 30 août 2010 au lieu du 31 décembre 2011 et rejette la demande de délais de la société Jalou,

— remis, sur les autres points, la cause et les parties dans l'état où elle se trouvaient avant ledit arrêt, les renvoyant pour être fait droit devant la cour d'appel de Paris autrement composée.

La Cour de cassation a dit :

- au visa de l'article 455 du code de procédure civile :

* que pour déclarer irrecevables comme nouvelles les demandes en paiement de dommages-intérêts de la société Jalou fondées sur la responsabilité délictuelle de la société A pour des actes postérieurs à la résiliation du contrat, l'arrêt retient que ces demandes ne tendent pas aux mêmes fins que les autres demandes de la société Jalou, fondées sur l'inexécution du contrat,

* qu'en statuant ainsi sans répondre aux conclusions de la société Jalou qui soutenait que ces demandes tendaient à opposer compensation, la cour d'appel a méconnu les exigences du texte sus-visé,

- au visa des articles 1226 et 1229 du code civil :

* que pour condamner la société Jalou à payer une indemnité au titre de la violation du droit de préemption dont bénéficiait la société A, l'arrêt retient que la clause contenue dans l'article 10.5 du contrat de licence, qui prévoit qu'à défaut d'avoir mis la société A en mesure d'exercer son droit de préemption, la société Jalou lui doit le paiement d'une pénalité de 2.000.000 US \$, est une clause de dédit organisant la liberté du débiteur de s'échapper à l'obligation s'il ne l'exécute pas, de sorte que l'indemnité prévue par ces dispositions, qui n'a pas le caractère d'une clause pénale, ne peut être réduite par le juge,

* qu'en statuant ainsi, alors que la clause litigieuse, qui sanctionne l'inexécution de son obligation par la société Jalou et prévoit une option de substitution de la société A dans les droits du tiers cocontractant, ne peut constituer une clause de dédit, laquelle permet au débiteur de se libérer unilatéralement de son engagement dans les conditions fixées au contrat, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Vu la déclaration de saisine du 29 novembre 2016 et les dernières conclusions notifiées le 10 septembre 2018 par la société Jalou et Me X, en sa qualité de commissaire à l'exécution du plan de cette société, qui demandent à la cour, au visa des articles 4 et 14 du règlement 864/2007 dit : 'Rome 2", 23 du règlement 44/2001 dit 'Bruxelles I', de l'article 1231-5 du code civil (anciennement 1252), des articles 1134, 1135 et 1147 anciens du code civil (aujourd'hui 1103, 1193 et 1194), de l'article 1240 du code civil (anciennement 1382), des articles 42, 46, 122, 455, 564 à 566 du code de procédure civile et de l'article L 442-6-1 5° du code de commerce, de :

— se déclarer incompétente pour entendre des demandes de la société A formées sur le fondement délictuel de l'article L 442-6-1 5° du code de commerce ou sur la responsabilité civile délictuelle de droit commun,

— dire que la loi applicable à ces demandes est la loi Russe dont le contenu n'est pas démontré,

1) sur le droit de préférence de la société A : infirmer le jugement en ce qu'il a condamné la société Jalou à payer à la société A la somme de 2.000.000 US \$ au titre du non renouvellement du contrat à son terme en application des articles 10.4 et 10.5 du contrat de licence et :

— à titre principal, dire que ce droit de préférence n'était plus en vigueur au jour où la société A en a demandé l'application car le contrat avait été préalablement résilié, en conséquence rejeter la demande de la société A,

— subsidiairement, dire que la clause prévoyant le paiement d'une indemnité pour violation du droit de préférence du licencié ne s'appliquait pas au cas d'espèce, les conditions n'étant pas remplies et le licencié ayant formalisé son intention de renouvellement postérieurement à la rupture du contrat, en conséquence rejeter la demande de la société A,

— à titre infiniment subsidiaire, constater que la cour de cassation a jugé que la clause prévue à l'article 10.5 du contrat de licence constituait une clause pénale et non une clause de dédit, dire que son montant est excessif et le réduire à néant ou à un euro symbolique,

2) sur les demandes de la société A fondées sur l'article L 442-6-1 5° du code de commerce :

— à titre principal, confirmer le jugement en ce qu'il a débouté la société A de sa demande à ce titre, dire que les dispositions de cet article ne sont pas applicables à sa relation commerciale avec la société A , en conséquence rejeter la demande de cette dernière,

— subsidiairement, si la cour estimait que les dispositions de l'article L 442-6-1 5° du code de commerce sont applicables à leur relation commerciale, dire que la résiliation n'est ni brutale ni abusive et rejeter la demande de la société A,

3) sur ses demandes d'indemnisation à elle :

— dire que la cour est compétente pour statuer sur ses demandes,

— dire que ses demandes présentées pour la première fois en cause d'appel sont recevables,

— dire qu'elle doit être indemnisée du préjudice subi (perte de redevances, perte d'image et mise en redressement judiciaire) du fait des manquements de la société A dans le cadre de la terminaison du contrat de licence,

— en conséquence, condamner la société A à lui payer la somme de 11.804.535 euros, à titre de dommages-intérêts et ordonner la compensation à due-concurrence avec sa condamnation

au paiement de la somme de 2.217.000 euros ou toute autre condamnation qui serait prononcée à son encontre par la cour,

4) en tout état de cause :

— la déclarer recevable et bien fondée en ses demandes,

— débouter la société A de toutes ses demandes,

— infirmer le jugement en ce qu'il l'a condamnée à payer à la société A la somme de 153.060 euros au titre de la rupture d'exclusivité de la sous-licence en Ukraine et à payer la somme de 50.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

— condamner la société A aux dépens et à lui payer la somme de 50.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile;

Vu les dernières conclusions signifiées le 17 septembre 2018 par la société A qui demande à la cour de :

— se déclarer incompétente pour entendre les demandes nouvelles de la société Jalou qui n'ont pas de fondement contractuel;

— déclarer la société Jalou irrecevable à soulever une exception d'incompétence des juridictions

françaises pour entendre de ses demandes au visa de l'article L 442-6-1 5° du code de commerce et de la responsabilité délictuelle, au motif qu'elle n'a pas été soulevée in limine litis,

1) sur ses demandes :

— sur le droit de préemption :

* confirmer le jugement en ce qu'il a dit que la société Jalou avait commis une inexécution grave de ses obligations en la privant du bénéfice des articles 10.4 et 10.6 du contrat de licence,

* en conséquence, confirmer le jugement de ce chef et fixer sa créance sur la société Jalou à la somme de 2.000.000 US \$ au titre de la pénalité contractuelle,

* y ajoutant, fixer sa créance à la somme de 16.627.500 euros, sauf à parfaire, au titre de la perte de chance de pouvoir conclure une nouvelle licence,

— sur le non respect des dispositions de l'article L 442-6-1 5° du code de commerce :

* infirmer le jugement en ce qu'il l'a déboutée de sa demande d'indemnisation de ce chef,

* dire qu'elle est en droit d'être indemnisée de l'absence de préavis suffisant, qui ne pourrait être inférieur à 24 mois, étant donné la relation commerciale établie depuis 1997,

* fixer sa créance sur la société Jalou à la somme de 1.461.401,36 euros en réparation de la période non exécutée du préavis de 2 ans,

— sur ses demandes au titre de la sous-licence Ukrainienne :

* confirmer le jugement et fixer sa créance à 153.060 euros au titre de la rupture d'exclusivité de la sous-licence en Ukraine,

* l'infirmer et fixer sa créance à 400.000 euros au titre de la perte de chance de percevoir des redevances résultant de la sous-licence pour la parution du magazine sur le territoire de l'Ukraine si la société Jalou n'avait pas résilié le contrat de licence et n'avait pas octroyé à Vavillon une sous-licence en contrariété avec ses droits d'exclusivité, lui interdisant ainsi définitivement toute possibilité d'une sous-licence locale,

— sur sa demande au titre de la perte des investissements :

* infirmer le jugement en ce qu'il a l'a déboutée de sa demande d'indemnisation au titre de la perte de ses investissements pour le développement du magazine et fixer sa créance de ce chef à la somme de 5.540.340 euros ,

— sur ses demandes au titre de l'atteinte à son image :

* infirmer le jugement en ce qu'il l'a déboutée de sa demande d'indemnisation au titre

* de l'atteinte à son image et fixer sa créance à la somme de 500.000 euros au titre du préjudice moral et de l'atteinte à l'image qui résulte nécessairement d'une résiliation dénuée de tout fondement, dont la société Jalou n'a pas hésité à faire état publiquement par des communiqués de presse hâtifs et inopportuns annonçant l'attribution de ses droits de publication au groupe AST,

2) sur les demandes de la société Jalou :

— déclarer irrecevables les demandes nouvelles d'indemnisation de la société Jalou,

— en toute hypothèse, les déclarer mal fondées, à défaut pour la société Jalou de rapporter la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice,

— confirmer le jugement en ce qu'il a débouté la société Jalou ses demandes antérieures et, y ajoutant, débouter la société Jalou du surplus de ses demandes,

3) en toute hypothèse :

— confirmer le jugement en ce qu'il a condamné la société Jalou à lui payer la somme de 50.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

— condamner la société Jalou aux entiers dépens et à lui payer la somme de 175.000 euros au titre de l'article 700 pour les procédures d'appel;

Vu l'arrêt du 31 octobre 2018 par lequel cette cour, au visa des articles L. 622-21, L. 622-22, L. 622-24, L. 622-26 du code de commerce et 444 du code de procédure civile, a :

— sursis à statuer sur toutes les demandes,

— ordonné, la réouverture des débats sans révocation de l'ordonnance de clôture,

— invité les parties, au plus tard le 1er décembre 2018, à fournir et se communiquer de façon contradictoire leurs observations sur la teneur de la déclaration de créance et les conséquences pouvant en être tirées,

— dit que le dossier sera appelé à l'audience de plaidoirie du 18 décembre 2018;

Vu les observations formulées par la société A le 26 novembre 2018 et celles formulées par la société Jalou le 30 novembre 2018 ;

SUR CE LA COUR

Sur les demandes de la société A

Il a été définitivement jugé que la société Jalou était redevable envers la société A de la somme de 2.217.000 euros à titre de compensation pour l'interruption du contrat au 30 août 2010 au lieu du 31 décembre 2011; la société A précise dans ses observations que cette somme a été inscrite au passif de la société Jalou.

La société A demande maintenant la fixation de ses créances au passif de la société Jalou comme suit :

— droit de préemption : 2.000.000 US \$ en application des articles 10.4 à 10.6 du contrat de licence, au titre de la pénalité contractuelle, et 16.627.500 euros, sauf à parfaire, au titre de la perte de chance de pouvoir conclure une nouvelle licence,

— article L. 442-6, I, 5° du code de commerce : 1.461.401,36 euros en réparation de la période non exécutée du préavis de 2 ans justifié par 14 années de relations commerciales établies,

— sous-licence Ukrainienne : 153.060 euros, au titre de la rupture d'exclusivité de cette sous-licence, et 400.000 euros, au titre de la perte de chance de percevoir des redevances résultant de la sous-licence,

— perte de ses investissements pour le développement du magazine : 5.540.340 euros,

— préjudice moral et atteinte portée à son image : 500.000 euros.

Mais il apparaît que suite à l'ouverture du redressement judiciaire de la société Jalou, la société A n'a déclaré ses créances le 30 avril 2015 (pièce n° 109) que pour les montants suivants :

- 2.217.000 euros à titre de compensation pour l'interruption du contrat au 30 août 2010 au lieu du 31 décembre 2011,
- 1.760.000 euros correspondant à la contre valeur en euros de la somme de 2.000.000 US \$ au taux de conversion du 4 février 2015,
- 153.060 euros au titre de la rupture d'exclusivité de la sous-licence en Ukraine,
- les sommes allouées au titre de l'article 700 du code de procédure par le jugement (50.000 euros) et par l'arrêt du 28 janvier 2015 (75.000 euros),
- les intérêts au taux légal sur toutes ces sommes à compter du 22 décembre 2014 jusqu'au 4 février 2015,
- la somme de 50.000 euros, montant évalué du coût de recouvrement des sommes sus-visées, de la procédure devant la cour de cassation et de ses suites.

C'est en vain que la société A prétend que la cour doit statuer sur l'ensemble de ses demandes ; en effet, conformément aux articles L 622-24 et R 622-23 du code de commerce rendus applicables au redressement judiciaire par les articles L 631-14 et R 631-27 du même code, elle ne peut se prononcer que dans la limite des montants indiqués dans la déclaration de créance.

En conséquence, la cour ne peut examiner que les demandes relatives au droit de préemption pour le seul montant de 2.000.000 USD, soit 1.760.000 euros, à et la rupture de la sous-licence Ukrainienne pour le seul montant de 153.060 euros, aucun des autres chefs de demande n'ayant fait l'objet d'une déclaration de créance, même sur la base d'une évaluation.

Sur la demande d'un montant de 2.000.000 USD

La société Jalou conteste cette demande formée au titre de la pénalité contractuelle en faisant valoir que le droit de préférence était éteint depuis le 30 août 2010, date à laquelle elle a résilié le contrat, et par là même la clause pénale sanctionnant son inexécution ; elle invoque l'article 11.8 du contrat qui précise que suite à la résiliation du contrat, le licencié perd les droits qui lui avaient été accordés par le concédant et prétend que l'article 10.6 du contrat n'a vocation à s'appliquer qu'à l'arrivée du terme contractuel.

Subsidiairement, la société Jalou allègue que font défaut les deux hypothèses ou conditions prévues à l'article 10.5 du contrat, à savoir : son refus de négocier après demande de renouvellement de la société A ou son refus de conclure un nouveau contrat et la signature d'un contrat avec une tierce personne à des conditions que la société A était prête à accepter ; elle souligne :

— que la demande de renouvellement du contrat n'a été formalisée par la société A que le 15 décembre 2010, alors que le contrat était déjà résilié,

— qu'il ne peut lui être reproché de n'avoir pas négocié avec la société A en décembre 2010 puisque le droit de préférence n'était plus en vigueur à cette date,

— que la résiliation anticipée du contrat a déjà été lourdement sanctionnée.

A titre infiniment subsidiaire, la société Jalou soutient que l'indemnité, qui s'analyse en une clause pénale, est manifestement excessive et doit être réduite à néant ou à un euro symbolique.

Mais la société A se fonde à juste raison sur les stipulations contractuelles qui prévoient :

— à l'article 10.4 : ' A l'expiration du présent contrat, le concessionnaire, toutes autres conditions étant égales, a le droit de préemption auprès des tiers pour conclure un nouveau contrat pour un nouveau délai. Le concessionnaire est tenu d'aviser l'Officiel par écrit en faisant part de ses intentions en matière de signature d'un contrat pour un nouveau délai, et ce, au plus tard un an avant l'expiration du présent contrat. Passé ce délai, le concessionnaire perd son droit de conclure le contrat pour un nouveau délai ',

— à l'article 10.5 : 'Si l'Officiel ayant reçu l'avis du concessionnaire lui annonçant son intention de conclure le contrat pour un nouveau délai n'entame pas de négociations avec le concessionnaire en vue de la signature d'un contrat pour un nouveau délai et conclut avec une tierce personne ou si l'Officiel refuse de conclure le contrat pour un nouveau délai avec le concessionnaire, en le signant avec une tierce personne aux conditions auxquelles le concessionnaire était prêt à conclure le contrat pour un nouveau délai (ou à des conditions moins avantageuses pour l'Officiel), le concessionnaire a le droit d'exiger, soit le transfert en sa faveur des droits et obligations issus du contrat pour un nouveau délai conclu avec des tiers et de verser une pénalité égale à un million (1 000 000) de dollars US, soit de lui verser une pénalité égale à deux millions (2 000 000) de dollars USD ',

— à l'article 10.6 : ' ... Si dans les deux (2) ans après la date de cessation du présent contrat, l'Officiel s'apprête à signer un contrat pour un nouveau délai, il sera tenu d'aviser le concessionnaire de cette nouvelle intention de conclure le contrat pour un nouveau délai ... Si dans les deux (2) ans après la date de cessation du présent contrat, l'Officiel signe le contrat pour un nouveau délai avec une tierce personne sans avoir exposé au concessionnaire son intention de conclure le contrat pour un nouveau délai ... ou si l'Officiel signe le contrat pour un nouveau délai avec une tierce personne aux conditions auxquelles le concessionnaire était prêt à conclure le contrat pour un nouveau délai (ou à des conditions moins avantageuses pour l'Officiel), le concessionnaire aura le droit, soit d'exiger le transfert en sa faveur des droits et obligations qui découlent du contrat conclu et de lui verser une pénalité égale à un million (1 000 000) USD, soit de lui verser une pénalité égale à deux millions (2 000 000) USD '.

Il résulte de ces stipulations que la société A bénéficiait d'un droit de préemption à l'expiration du contrat, laquelle était fixée au 31 décembre 2011, sous réserve de notifier par écrit ses intentions à la société Jalou au plus tard un an avant cette date, ce qu'elle a régulièrement fait le 15 décembre 2010 ; la société Jalou est mal fondée à se prévaloir du fait qu'elle a résilié le contrat le 30 août 2010, cette résiliation unilatérale, qui a été jugée fautive et a donné lieu à une indemnisation à hauteur de 2.217.000 euros, ne pouvant avoir pour effet de priver la société A des droits dont elle bénéficiait en vertu du contrat, dont le droit de préemption et l'indemnité s'y attachant en cas de non respect de ce droit.

Selon la société Jalou, l'indemnité de 2.000.000 USD, qui constitue une clause pénale, serait manifestement excessive au regard du préjudice effectivement subi, consistant seulement en la perte d'une chance de renouveler le contrat aux conditions offertes par elle, ce que la société A n'aurait jamais accepté ; elle ajoute :

— que l'application de cette clause aboutirait à une double indemnisation d'un même préjudice, à savoir les gains manqués issus de la résiliation fautive,

— que sa santé financière demeure fragile et qu'il convient de la prendre en compte pour caractériser l'excès manifeste de la clause pénale,

— que la société A a déjà bénéficié d'une indemnisation 'largement excessive' pour la résiliation anticipée du contrat.

Mais la société A lui répond justement :

— que la somme de 2.217.000 euros correspond à sa perte de marge subie entre le 30 août 2010, date de résiliation du contrat, et le 31 décembre 2012, date d'expiration contractuellement prévue, alors que la clause pénale est destinée à réparer le préjudice résultant de la perte de chance réelle de conclure un nouveau contrat,

— que pour réduire la clause pénale, il faut, conformément à l'article 1152, rechercher s'il existe une disproportion manifeste entre l'importance du préjudice effectivement subi et le montant conventionnellement fixé,

— qu'il n'est pas établi qu'elle n'aurait jamais accepté les conditions du contrat qui a été conclu entre la société Jalou et la société AST.

La société Jalou ne démontrant pas le caractère manifestement excessif de la clause pénale, son montant de 2.000.000 USD, soit 1.760.000 euros, sera fixé au passif de sa procédure collective.

Sur la demande d'un montant de 153.000 euros au titre de la sous-licence Ukrainienne

L'article 9.5 du contrat du 28 décembre 2001 autorisait la société A, sur accord préalable et écrit de la société Jalou, à concéder à des tiers les droits dont elle jouissait, la durée de la sous-licence ne pouvant excéder celle du contrat ; par l'article 3.1 de l'avenant du 1er octobre 2006

la société Jalou a autorisé la société A à concéder une sous-licence du magazine au Kazakhstan et en Ukraine à tous tiers.

Suivant lettres des 19 janvier 2010, 12 et 19 février 2010, la société A a informé la société Jalou qu'elle s'était trouvée dans l'obligation de résilier la sous-licence concédée en Ukraine à la société Vavilon dans la mesure où cette dernière n'avait pas procédé au paiement de la somme de 76.530 euros au titre de l'avance sur redevances pour l'année 2010 ; le 12 mars 2010, elle lui a confirmé qu'elle avait trouvé un nouveau sous-licencié qui était 'prêt à transférer la redevance de sous-licence de 200.000 euros pour 2010 et 2011" mais ne le ferait pas si la société Vavilon ne cessait pas la publication du magazine en Ukraine et lui a demandé de bloquer l'accès de Vavilon au contenu éditorial sur le serveur TP ; la société Jalou ayant maintenu cet accès, la société Vavilon a poursuivi sa publication en Ukraine.

La société Jalou fait valoir :

— qu'elle n'a commis aucune faute en continuant à fournir du matériel éditorial à la société Vavilon alors même que la société A avait résilié sa sous-licence avec celle-ci,

— qu'elle n'a pas eu d'autre choix afin d'assurer la continuité de la publication de la revue en Ukraine,

— que la société A a rompu brutalement la sous-licence sans s'assurer de son maintien et sans demander son accord préalable en violation du contrat,

— à titre subsidiaire, que la société A ne démontre pas qu'elle-même aurait perçu la somme de 153.060 euros, ni que la rupture d'exclusivité lui aurait causé un préjudice égal à ce montant.

Mais aucun risque d'interruption de la publication n'est établi dans la mesure où la société A avait trouvé un nouveau sous-licencié ; aucune disposition contractuelle n'imposait à la société A d'obtenir un accord préalable de la société Jalou pour remplacer le sous-licencié ; en permettant à la société Vavilon de poursuivre la publication du magazine, la société Jalou a violé l'exclusivité qu'elle avait concédée à la société A.

La faute commise par la société Jalou a eu pour conséquence de priver la société A des redevances de la sous-licence qu'elle aurait dû percevoir jusqu'au 31 décembre 2011, soit pendant deux ans, pour un montant de 153.060 euros ; cette somme doit donc être fixée au passif de la procédure collective de la société Jalou.

Sur les demandes de la société Jalou

La société Jalou reproche successivement à la société A :

— la publication de plusieurs numéros de la revue en Russie après la rupture du contrat,

— le dénigrement de la marque par des communiqués de presse,

— le blocage de l'enregistrement du nouveau contrat de licence auprès des autorités administratives russes par des procédures abusives introduites devant les juridictions russes, en dépit de la clause attributive de juridiction figurant au contrat, constituant un abus de droit manifeste,

— le fait qu'elle ait été contrainte de solliciter l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire pour protéger ses marques et son activité.

Elle demande la condamnation de la société A à lui payer la somme totale de 11.804.535 euros, en réparation de ses préjudices, et la compensation avec toutes les sommes qu'elle pourrait devoir à la société A.

La société A soulève d'abord l'irrecevabilité de ces demandes en faisant valoir :

— que la demande conventionnelle en compensation de la société Jalou, qui ne constitue pas une défense au fond, ne peut être présentée pour la première fois en cause d'appel,

— que les parties à un litige, qui doivent faire preuve de loyauté procédurale, doivent concentrer leurs moyens et demandes en première instance,

— que dans son arrêt du 8 novembre 2016, la Cour de cassation a confirmé que les demandes de la société Jalou fondées sur la violation de l'article L. 222-4 du code de la propriété intellectuelle étaient irrecevables .

Mais, en rejetant le cinquième moyen qui lui était soumis par la société Jalou, la Cour de cassation a seulement jugé qu'il ne résultait ni de l'arrêt, ni des conclusions de la société Jalou que celle-ci se soit prévaluée devant la cour d'appel de la violation de l'article L. 222-4 du code de la propriété intellectuelle et que le moyen, nouveau et mélangé de fait et de droit, était irrecevable ; il en résulte clairement que seul le moyen a été déclaré irrecevable.

Par application de l'article 564 du code de procédure civile, les parties peuvent soumettre à la cour d'appel de nouvelles prétentions pour opposer compensation.

En conséquence, la société Jalou est recevable en ses demandes nouvelles de dommages-intérêts pour obtenir compensation avec les sommes dont elle est reconnue débitrice envers la société A .

La société A soutient ensuite que la loi russe serait applicable ; elle expose :

— que la clause de loi applicable insérée dans le contrat de licence n'est pas applicable, les faits qui lui sont reprochés étant postérieurs au terme du contrat,

— que conformément à l'article 8 du Règlement CE n° 864/2007 du 11 juillet 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la propriété est revendiquée,

— que les demandes de Jalou présentent les liens les plus étroits avec la loi russe, s'agissant de la diffusion d'un magazine russe, sur le territoire russe, par un licencié russe,

— que la société Jalou ne rapporte pas la preuve du bien fondé de ses demandes au regard de la loi russe.

Le Règlement CE 864/2007 du 11 juillet 2007, dit ' Rome II ' dispose en son article 3, que la loi désignée par le présent Règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un Etat membre; il en ressort que ce règlement s'applique que la situation soit intra communautaire ou, comme en l'espèce, extra communautaire.

L'article 4 du Règlement prévoit :

' 1. Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent.

2. Toutefois, lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, la loi de ce pays s'applique.

3. S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2 , la loi de cet autre pays s'applique . Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question. '

En l'espèce :

— d'une part, l'article 15.1 du contrat du 28 décembre 200 stipule : ' Le présent contrat est soumis au droit appliqué par la République Française ',

— d'autre part, les faits dommageables imputées à la société A qui auraient été commis consécutivement à l'achèvement du contrat ne relèvent pas tous d'atteinte aux droits de la propriété intellectuelle et présentent des liens manifestement plus étroits avec la relation préexistante entre les parties qui est soumise au droit français.

En conséquence, il y a lieu d'appliquer la loi française.

Sur le fond des demandes :

— En premier lieu, la société Jalou demande la somme de 10.000.000 euros pour ' perte de redevances avantageuses du contrat conclu avec la société AST ', évaluée à 6.000.000 euros, et frais qu'elle a dû engager pour redorer son image; elle fait valoir à ce titre :

que la notoriété de la marque en Russie lui avait permis de négocier un contrat de licence avec la société AST pour la période 2010 à 2016 à des conditions très avantageuses, à savoir des rémunérations largement supérieures à celles du contrat conclu avec la société A, mais que compte tenu de la poursuite de la publication par la société A après la résiliation de son contrat et de ses actions de blocage devant les autorités russes, la société AST a résilié les contrats de licence dès le 11 juillet 2012 et engagé une procédure devant un tribunal arbitral, que la reprise de la publication de l'Officiel n'a pu avoir lieu qu'en octobre 2013 avec la société Les éditions Jalou Russie à des conditions bien moins avantageuses, qu'elle a perdu une partie de son chiffre d'affaires avec ses annonceurs et, pour compenser sa perte d'image, elle a dû mettre en oeuvre un plan marketing coûteux.

Mais il convient de rappeler que la résiliation unilatérale par la société Jalou du contrat passé avec la société A, intervenue le 4 août 2010, avec effet au 30 août 2010, a été jugée fautive, donnant droit à indemnisation au profit de la société A ; ce contrat aurait dû se poursuivre jusqu'à son terme, soit le 31 décembre 2011; dès lors, la société Jalou est mal fondée à reprocher à la société A d'avoir, après cette résiliation fautive, publié 7 numéros du magazine afin de respecter ses propres engagements contractuels auprès de ses annonceurs ; en introduisant des procédures en Russie fin 2010 à l'encontre de la société AST, pour empêcher l'enregistrement de son contrat de licence auprès des autorités administratives russes, la société A n'a donc pas commis un abus de droit.

La société Jalou ne démontre en aucune façon l'existence d'un préjudice qui serait résulté des communiqués de presse publiés par la société A les 2 et 16 septembre 2010, en réponse à son propre communiqué du 1er septembre 2010 annonçant le contrat qu'elle venait de conclure avec la société AST.

En conséquence, la première demande de la société Jalou sera rejetée.

— En deuxième lieu, la société Jalou demande la somme de 1.122.000 euros correspondant à sa perte de chiffre d'affaires subie du fait de l'atteinte à son image causé par l'ouverture de son redressement judiciaire ainsi que la somme de 682.535 euros correspondant aux frais et honoraires à sa charge dans la procédure de redressement judiciaire.

Elle allègue que, du fait de la baisse de son chiffre d'affaires lié au manque à gagner sur la redevance russe en raison du comportement de la société A et de la condamnation manifestement excessive prononcée à son encontre par la cour d'appel, elle a été contrainte de solliciter l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire afin de protéger ses marques et son activité.

Mais il ressort du jugement du 4 février 2015 ouvrant la procédure collective de la société Jalou que son actif disponible n'était que de 284.210 euros, alors que son passif exigible s'élevait à 6.147.503 euros dont 4.200.000 euros au titre des condamnations prononcées par la cour dans son arrêt du 28 janvier 2015 ; ainsi, indépendamment de ces condamnations, la société Jalou ne pouvait plus faire face à son passif exigible avec son actif disponible.

De plus, aucune faute n'étant retenue à l'encontre de la société A, les demandes de la société Jalou doivent être rejetées.

Sur les dépens et l'application de l'article 700 du code de procédure civile

La société Jalou, qui succombe en toutes ses prétentions, doit supporter les dépens.

Vu les dispositions de l'article 700 du code de procédure civile, il ya lieu d'allouer la somme supplémentaire de 60.000 euros à la société A et de débouter la société Jalou de sa demande de ce chef .

PAR CES MOTIFS

La Cour,

Vu l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire de la société Les Editions Jalou par jugement du 4 février 2015,

INFIRME le jugement en ce qu'il a prononcé les condamnations à l'encontre de la société Les Editions Jalou pour les sommes de 2.000.000 USD et 153.000 euros

Statuant à nouveau,

FIXE les créances de la société A B au passif de la société Les Editions Jalou comme suit :

— 1.760.000 euros correspondant à la contre valeur en euros de la somme de 2.000.000 USD au taux de conversion du 4 février 2015,

— 153.060 euros au titre de la rupture d'exclusivité de la sous-licence Ukrainienne,

CONAB.MNE la société Les Editions Jalou à payer à la société A B la somme de 60.000 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile,

DÉBOUTE la société A B de toutes ses autres demandes,

DÉCLARE recevables mais mal fondées les demandes de la société Les Editions Jalou,

DÉBOUTE la société Les Editions Jalou de toutes ses demandes,

CONAB.MNE la société Les Editions Jalou aux dépens d'appel .

Le Greffier
La Présidente