

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

**COUR D'APPEL D'AIX EN PROVENCE
8e Chambre A
ARRÊT AU FOND, 01 JUIN 2011**

N° 2011/ 390

Rôle N° 10/01812

Décision déférée à la Cour : Jugement du Tribunal de Commerce de MARSEILLE en date du 13 Janvier 2010 enregistré(e) au répertoire général sous le n° 209F1677.

APPELANTE

SARL BACHET, dont le siège social est 1950 Avenue du Maréchal Juin - 30900 NIMES
Représentée par la SCP DE SAINT FERREOL-TOUBOUL, avoués à la Cour,
assistée par Me Benoît BRUGUIERE, avocat au barreau de PARIS substitué par Me Sophie KOCH, avocat au barreau de PARIS

INTIMEE

SARL ACHRE prise en la personne de son gérant en exercice,, dont le siège social est 24 Rue de l'Abée Ferraud - - 13005 MARSEILLE
Représentée par la SCP COHEN GUEDJ, avoués à la Cour, assistée par Me Elysée CASANO, avocat au barreau de MARSEILLE

COMPOSITION DE LA COUR

En application des dispositions des articles 786 et 910 du Code de Procédure Civile, l'affaire a été débattue le 07 Avril 2011, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant Madame Isabelle VERDEAUX, Conseiller, chargé du rapport.

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :
Monsieur Guy SCHMITT, Président
Madame Catherine DURAND, Conseiller
Madame Isabelle VERDEAUX, Conseiller
Greffier lors des débats : Madame France-Noëlle MASSON.

Les parties ont été avisées que le prononcé public de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 01 Juin 2011.

ARRÊT

Contradictoire,

Prononcé par mise à disposition au greffe le 01 Juin 2011

Signé par Monsieur Guy SCHMITT, Président et Madame France-Noëlle MASSON, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

FAITS ET PROCEDURE - PRETENTIONS ET MOYENS DES PARTIES :

Par bon de commande en date du 12 septembre 2008 valant ordre d'insertion publicitaire et tenant lieu de facture avec mention des conditions générales de vente, la SARL BACHET a passé commande à la SARL ACHRE d'une insertion publicitaire sur la 3ème et 4ème de couverture dans la revue Maguen David Magazine pour un montant de 55 016 euros TTC, pour deux parutions. Un chèque de 5 000 euros à titre d'acompte a été remis à la signature dudit contrat.

Le 15 septembre 2008, la société BACHET a envoyé un courrier recommandé avec demande d'avis de réception, précisant qu'elle souhaitait annuler le contrat en lui faisant part de ses difficultés financières, en renvoyant l'ordre d'insertion avec la mention 'ANNULE le 14 septembre 2008 - M. BACHET'. Par courrier recommandé avec demande d'avis de réception en date du 16 septembre 2008, la société ACHRE a refusé l'annulation de la commande et a mis la société BACHET en demeure de payer la somme restant due, soit 50 016 euros sous huit jours.

Le 19 novembre 2008, la société ACHRE a envoyé les bons à tirer pour la parution à venir. Le 27 novembre 2008, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, la société BACHET a rappelé que le contrat avait été annulé, qu'il n'y avait pas lieu à bon à tirer et a demandé le remboursement du chèque d'acompte de 5 000 euros.

Par jugement en date du 13 janvier 2010, le Tribunal de Commerce de Marseille a :

- condamné la société BACHET à payer à la société ACHRE la somme de 50 016,00 euros en principal avec intérêts au taux légal à compter du 16 septembre 2009 ;
- condamné la société BACHET à payer à la société ACHRE la somme de 1 000 euros à titre de clause pénale ;
- condamné la société BACHET à payer à la société ACHRE la somme de 800 euros au titre des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure civile, outre les entiers dépens ;
- rejeté pour le surplus toutes autres demandes, fins et conclusions contraires aux dispositions du jugement.

Par déclaration en date du 28 janvier 2010, la SARL BACHET a interjeté appel du jugement. La mise en état a été clôturée par ordonnance en date du 24 mars 2011.

Par conclusions notifiées et déposées le 26 mai 2010, la SARL BACHET demande à la Cour de :

- infirmer la décision dont appel ;
- à titre principal, dire et juger que l'ordre d'insertion publicitaire du 12 septembre 2008 est entaché de nullité à raison du caractère potestatif de l'obligation souscrite par la SARL ACHRE ;
- dire et juger que l'ordre d'insertion publicitaire du 12 septembre 2008 est entaché de nullité à raison du dol de la SARL ACHRE ayant vicié le consentement de la SARL BACHET ;
- en conséquence, rétablir les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion de ladite convention et condamner la SARL ACHRE à rembourser à la SARL BACHET la somme de 5 000 euros indûment perçue à titre d'acompte, assortie des intérêts légaux à compter du 15 septembre 2008;

- à titre subsidiaire, dire et juger que la responsabilité contractuelle de la SARL BACHET n'est pas engagée ;
- dire et juger que la SARL ACHRE a commis des fautes dans l'exécution de la prestation convenue ;
- en conséquence, condamner la SARL ACHRE à payer à la SARL BACHET la somme de 5 000 euros à titre de remboursement de l'acompte versé sans contrepartie à la SARL ACHRE, assortie des intérêts légaux à compter du 15 septembre 2008 ;
- à titre très subsidiaire, dire et juger n'y avoir lieu à application de la clause pénale stipulée à l'article 9 des conditions générales de la SARL ACHRE ;
- à titre incident, ordonner à la SARL ACHRE de faire cesser toute publicité de la SARL BACHET sur le site Internet maguendavidmag.com, sous astreinte de 1 000 euros par jour de retard à compter de la date de la décision à intervenir ;
- condamner la SARL ACHRE à payer à la SARL BACHET la somme de 15 000 euros à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi ;
- en tout état de cause, condamner la SARL ACHRE à payer à la SARL BACHET la somme de 10 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du Code de procédure Civile ;
- condamner la SARL ACHRE aux entiers dépens.

L'appelante estime que l'ordre d'insertion publicitaire est nul en raison du caractère potestatif des obligations contractées par la SARL ACHRE, celle-ci conservant la détermination du moment de l'exécution de l'obligation, et aussi en raison du dol commis par la SARL ACHRE, qui lui aurait menti sur la nature et la qualité du support de la revue;

Elle affirme que les déclarations de la SARL ACHRE et les mentions figurant sur l'ordre d'insertion litigieux sont fausses, ladite publication n'étant selon la SARL BACHET ni une publication de presse, ni une publication étrangère et de luxe.

Dès lors, elle considère que sa responsabilité contractuelle n'est pas engagée.

Par conclusions déposées et notifiées le 30 août 2010, la SARL ACHRE demande à la Cour de :

- confirmer le jugement dont appel en ce qu'il a condamné la société BACHET à lui payer la somme de 50 016,00 euros avec intérêts à compter de la mise en demeure, mais l'infirmer en ce qu'il a réduit la condamnation au titre de la clause pénale ;
- dire et juger au regard des dispositions des articles L. 110-3 du Code de Commerce, 1315 du Code Civil, que la société BACHET, commerçant avisé, ne pouvait méconnaître lors de la conclusion du contrat, ni de la date de parution, ni la date exacte de la revue maguen david magazine ;
- dire et juger que l'obligation de parution de la société ACHRE n'est pas potestative ;
- dire et juger que le consentement de la société BACHET n'a pas été emporté par les manœuvres dolosives de la société ACHRE comme étant des déclarations intentionnellement mensongères, ce dont elle ne démontre pas au regard de l'article 1116 du Code Civil ;
- dire et juger que la société BACHET ne démontre pas avoir fait du caractère de publication de presse un élément déterminant de son consentement qui l'aurait invité à ne pas conclure si elle en avait eu connaissance ;
- condamner la société BACHET à payer à la SARL ACHRE la somme de 50 016 euros à titre principal, assortie des intérêts à compter de la mise en demeure, soit le 16 septembre 2009 ;

- la condamner en outre au paiement de la somme de 10 003,20 euros en application de l'article 11 des conditions générales de vente du contrat ;
- dire et juger de mauvaise foi la société BACHET et la condamner à payer à la société ACHRE la somme de 7 000 euros en réparation du préjudice résultant du défaut qu'aurait procuré la somme de 50 000 euros dans les caisses de la société ACHRE, et ce conformément à l'article 1153 alinéa 2 du Code Civil ;
- condamner la SARL BACHET au paiement de la somme de 3 000 euros au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile, ainsi qu'aux entiers dépens.

L'intimée considère qu'il n'existe aucune obligation potestative au sein de ce contrat et que l'absence de date de parution dans le contrat a pour seul but de permettre à l'éditeur d'anticiper ou de différer sa parution pour des raisons techniques ; elle conteste le dol invoqué par la société BACHET et soutient que le contrat doit trouver application, que le prix convenu doit être payé, dès lors qu'elle a pour sa part exécuté les obligations à sa charge et que les insertions publicitaires ont été effectuées.

MOTIFS DE LA DECISION :

Sur la demande de nullité du contrat :

Attendu qu'aux termes de l'article 1170 du Code Civil, la condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher ;

Attendu que l'article 8 des conditions générales de vente précise que la date de parution est citée à titre indicatif et peut être avancée ou retardée par l'éditeur sans que les annonceurs puissent remettre en question le paiement de la facture, ni prétendre à des dommages et intérêts de quelque nature que ce soit ;

Attendu que la parution annuelle du magazine 'Magen David magazine', revue israéliite d'information, explique l'absence de date de parution portée sur l'ordre d'insertion du 12 septembre 2008 qui fait la loi des parties ;

Attendu que la clause qui autorise l'éditeur à anticiper ou différer la parution de l'ordre d'insertion affecte uniquement la date de parution de l'ordre d'insertion et non l'existence de l'obligation et ne constitue nullement une condition potestative dont dépend son exécution ; que, s'agissant précisément d'une parution annuelle, la date de parution ne peut être donnée qu'à titre indicatif et l'avancement ou le recul de cette date ne s'entend dès lors que d'un court laps de temps et non d'une année entière puisque la revue n'est éditée qu'une fois par an ; que le contrat souscrit le 12 septembre 2008 ne peut concerner que les parutions des années ultérieures, soit 2009 et 2010 ;

Attendu par ailleurs, au vu notamment du prix de la prestation, 55 016 euros TTC, et également de la spécificité du magazine 'Maguen David Magazine' intitulé 'revue israéliite d'information', la SARL BACHET, professionnel avisé qui exerce l'activité de création, fabrication et vente de bijoux, rompue aux pratiques commerciales, qui établit elle-même avoir, antérieurement à l'ordre d'insertion litigieux, contracté des parutions de publicité dans d'autres revues, ne peut prétendre avoir ignoré la nature et la qualité de la revue qu'elle déclare n'avoir découvert qu'en juillet 2009 lors de la publication du numéro 14 ; qu'en tout état de cause, elle ne justifie pas de cette prétendue méconnaissance ;

Attendu dès lors que la SARL BACHET était parfaitement informée de la périodicité annuelle de la publication, expressément mentionnée 'édition 2008/2009' du n° 13 de la revue parue avant le bon de commande du 12 septembre 2008 ; que l'obligation de la SARL BACHET n'a donc nullement été contractée sous condition potestative ;

Attendu que la SARL BACHET n'est pas davantage fondée à prétendre que son consentement ait été vicié par les tromperies et les manoeuvres dolosives de la SARL ACHRE ;

Attendu qu'elle prétend avoir signé l'ordre d'intention litigieux pour une publicité dans le 'Maguen David Magazine' sur la foi des déclarations intentionnellement mensongères de la SARL ACHRE quant à la nature et la qualité dudit support, dans la mesure où l'examen du numéro 14 de cette revue lui a révélé en juillet 2009 que le 'Maguen David Magazine' n'était ni un magazine, ni une revue d'information et qu'il ne répondait pas aux conditions qui régissent les publications de presse ;

Attendu toutefois que l'ordre d'insertion publicitaire commandé par l'appelante comporte l'appellation de la revue 'Maguen David Magazine' et la mention 'Revue Israélite d'Information' et que la dénomination 'publication de presse' n'y figure pas ; que la SARL BACHET ne justifie d'aucun élément susceptible d'établir que la revue lui ait été présentée par la SARL ACHRE comme une publication de presse et ne démontre en aucune façon que cette caractéristique ait été un élément déterminant de son consentement qui l'aurait incité à conclure ;

Attendu qu'outre le fait, comme il a été précédemment exposé ci-dessus, que la SARL BACHET n'établit nullement ne pas avoir eu connaissance au moment de s'engager de la nature et de la qualité de la revue, dans laquelle elle avait néanmoins commandé un ordre d'insertion publicitaire de 55 016 euros TTC, il n'est pas contesté que le magazine était gracieusement offert ainsi qu'il résulte de la mention qui figure sur la couverture, alors que la principale caractéristique d'une publication de presse, à quelques exceptions près, est d'être payante ;

Attendu que l'examen des exemplaires versés aux débats démontre que la revue 'Maguen David Magazine', qui comporte en couverture la mention 'guide du luxe et du prestige' contient un grand nombre de publicités pour des produits et services à destination d'une clientèle aisée mais aussi, conformément à la mention qui figure sur l'ordre d'insertion 'revue israélite d'information', elle contient également des articles ayant trait aux grandes fêtes religieuses ou encore à des personnalités ou des sujets intéressant une clientèle israélite ; que malgré les quelques défauts d'impression ou de reproduction photographique et les fautes d'orthographe ou de syntaxe relevées par l'appelante, dont la plupart ne concerne pas la publicité de la SARL BACHET, force est de constater que l'objet, la qualité et la présentation des parutions de la revue 'Maguen David Magazine' correspondent néanmoins aux critères d'un guide d'achats de produits et de services pour une clientèle aisée et ainsi à la définition de guide de luxe et de prestige qu'elle se donne, et dans lequel s'inscrivent à juste titre les parutions et publicités concernant le commerce de joaillerie de la SARL BACHET ;

Attendu par ailleurs que les seules mentions 'magazine' et 'revue israélite d'information' qui figurent sur l'ordre d'insertion ne suffisent pas à attribuer à la 'revue Maguen Magazine' le caractère de publication de presse prétendument présentée comme telle par la SARL ACHRE, alors même que le terme 'magazine' fait partie de l'appellation de la revue et de la marque déposée à l'INPI et que le terme 'revue d'information' ne correspond pas à celui utilisé sur

l'ordre d'insertion publicitaire lequel mentionne expressément les termes 'revue israélite d'information' signifiant qu'il s'agit d'une revue destinée à l'information de la communauté israélite, et que la SARL BACHET ne pouvait lorsqu'elle s'est engagée à financer la parution d'un encart publicitaire d'un montant de 55 016,00 euros, ignorer tant la destination de la revue, que le cycle de parution, le nombre d'exemplaires ou le mode de financement ;

Attendu dès lors que les règles applicables aux publications de presse ne s'imposent pas à la SARL ACHRE ;

Attendu en outre que la SARL BACHET ne justifie nullement de ce que la mention du numéro de magazine portée sur la première de couverture ait emporté son consentement dans la mesure où elle prétend avoir ignoré la périodicité annuelle de la publication de la revue ;

Attendu en conséquence que la SARL BACHET qui ne démontre ni manoeuvres ou réticences dolosives de la part de la SARL ACHRE n'est pas fondée en sa demande d'annulation du contrat ;

Attendu que les difficultés de trésorerie invoquées par l'appelante pour annuler la commande du 12 septembre 2008 ne permettent pas de justifier un quelconque empêchement à honorer ses obligations dans la mesure où son courrier d'annulation est en date du 15 septembre 2008, soit 3 jours après la commande et qu'il résulte des courriers échangées avec la Banque de France et avec le Président du Tribunal de Commerce de Nîmes que ces difficultés étaient antérieures à la souscription de l'ordre d'insertion dont elle a accepté les conditions générales prévoyant notamment qu'une fois signé, l'ordre ne pouvait faire l'objet d'aucune annulation ;

Attendu que la SARL ACHRE a exécuté ses obligations contractuelles en faisant paraître les ordres d'insertion dans les revues de 2009 et de 2010 après avoir adressé à la SARL BACHET les bons à tirer dont il n'est nullement justifié qu'ils seraient la photocopie de documents issus d'autres magazines, alors que la SARL ACHRE produit les éléments graphiques en sa possession servant de base à la publicité commandée et qui ne peuvent provenir que de la remise qui lui en a été faite par la SARL BACHET ;

Attendu que la SARL BACHET ne peut arguer des 'malfaçons' qu'elle dénonce pour justifier son refus de payer le prix dans la mesure où les défauts allégués, à les supposer tous établis, concernent essentiellement d'autres parutions que celles de la SARL BACHET ;

Attendu enfin que le prix demandé par la SARL ACHRE en paiement de sa prestation correspond à celui que la SARL BACHET a librement accepté et ne peut même s'il est effectivement supérieur à celui payé par l'appelante dans d'autres magazines, être considéré comme abusif dès lors que le contrat portait sur les 3ème et 4ème de couverture nettement plus onéreuses que celles figurant à l'intérieur de parutions nullement comparables à la revue 'Maguen David Magazine' en terme de guide du luxe et du prestige ;

Attendu qu'il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en toutes ses dispositions et également en ce qu'il a réduit à 1 000 euros la clause pénale manifestement excessive, dès lors que la SARL BACHET a expressément accepté le montant de la prestation fixée à 55 016 euros TTC tel que figurant sur l'ordre d'insertion lequel précise expressément que le bon tient lieu de facture ;

Attendu que la SARL ACHRE qui ne justifie pas d'un préjudice autre que celui réparé par les sommes allouées, dont les intérêts de retard accordés en sus à compter de la mise en demeure, sera en conséquence déboutée de sa demande en dommages et intérêts ;

Attendu que la SARL BACHET n'est pas fondée à demander la condamnation de la SARL ACHRE à retirer toute publicité de la marque BACHET sur le site Internet du 'Maguen David Magazine' dont elle dit elle-même que ce site serait détenu par une société 'SARL LUX PUB' qui n'est pas dans la cause ;

Attendu que l'équité commande d'allouer à la SARL ACHRE la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de Procédure Civile et de débouter la SARL BACHET de la demande qu'elle forme à ce titre.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Statuant publiquement, contradictoirement,

Confirme le jugement entrepris en toutes ses dispositions.

Y ajoutant,

Condamne la SARL BACHET à payer à la SARL ACHRE la somme de 3 000 . (trois mille euros) au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile.

Déboute les parties de toutes autres ou plus amples demandes.

Condamne la SARL BACHET aux entiers dépens et autorise la SCP COHEN et GUEDJ, titulaire d'un office d'avoué, à procéder à leur recouvrement conformément aux dispositions de l'article 699 du Code de Procédure Civile.

LE GREFFIER
LE PRESIDENT