

Grosse Délivrée Le
06 DEC. 2002
A la requête de

M

VOIR MENTION RECTIFICATIVE PAGE 10

SCP Duboscq
Pellerin

COUR D'APPEL DE PARIS

14^e chambre, section B

ARRÊT DU 15 NOVEMBRE 2002

(N° 694 , 9 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : 2002/18869

Décision dont appel : Ordonnance de référé rendue le 24/10/2002 par le
TRIBUNAL DE COMMERCE de PARIS. RG n° : 2002/75084
(M. SCHIFF)

Affaire à jour fixe

Nature de la décision : **CONTRADICTOIRE**

Décision : **RÉFORMATION**

APPELANTE :

S.A. SUBERDINE ELECTRONIC COMMUNICATION
prise en la personne de ses représentants légaux
ayant son siège Actiparc II chemin Saint- Lambert bat E2 13821 LE PENNE-
SUR-HUVEAUNE

représentée par la SCP DUBOSCQ-PELLERIN, avoué
assistée de Maître Pascal ITHURBIDE, Toque M.1007, avocat au Barreau de
PARIS

INTIMÉES :

**S.A. ORANGE FRANCE anciennement dénommée F.T.M. FRANCE
TELECOM MOBILES**
prise en la personne de ses représentants légaux
ayant son siège 41/45 boulevard Romain Rolland 92120 MONTROUGE

**S.A. ORANGE SERVICES anciennement dénommée F.T.M.S FRANCE
TELECOM MOBILES SERVICES**
prise en la personne de ses représentants légaux
ayant son siège 41/45 boulevard Romain Rolland 92120 MONTROUGE

**S.A. ORANGE DISTRIBUTION anciennement dénommée F.T.M.D.
FRANCE TELECOM MOBILES DISTRIBUTION**
prise en la personne de ses représentants légaux
ayant son siège 41/45 boulevard Romain Rolland 92120 MONTRouGE

représentées par Maître BAUFUMÉ, avoué
assistées de Maître Bertrand POTOT, Toque T.700, avocat au Barreau de
PARIS

*

COMPOSITION DE LA COUR lors des débats et du délibéré :

Président : M. CUINAT, Conseillers : M. SELTENSPERGER
Mme TAILLANDIER

DÉBATS : à l'audience publique du 7 novembre 2002

GREFFIER : aux débats et au prononcé de l'arrêt, Mme DRELIN.

ARRÊT : CONTRADICTOIRE

Prononcé publiquement par M. CUINAT, Président, lequel a signé la
minute de l'arrêt avec Mme DRELIN, greffier.

*

Statuant sur l'appel relevé par la **S.A. SUBERDINE ELECTRONIC COMMUNICATION ("S.A. SUBERDINE")**, autorisée à assigner à jour fixe, à l'encontre d'une ordonnance de référé rendue le 24 octobre 2002 par le président du Tribunal de commerce de PARIS qui, après avoir constaté l'échec d'une tentative de médiation, a rejeté ses demandes tendant à contraindre les **S.A. ORANGE FRANCE, ORANGE SERVICES et ORANGE DISTRIBUTION ("ORANGE")** à exécuter onze commandes des 20 septembre, 23 septembre, 2 et 3 octobre 2002 et à poursuivre ses livraisons jusqu'à la fin de la période contractuelle, le tout sous astreinte, et qui a organisé une mesure d'expertise confiée à Mme de KERVILER avec mission de donner son avis sur les comptes entre les parties ;

La **S.A. SUBERDINE**, grossiste et distributeur de matériel de téléphonie mobile, est liée, depuis le 21 juin 2001, par un contrat d'une durée de deux ans renouvelable, à la **S.A. ORANGE FRANCE**, opérateur de téléphonie mobile (FRANCE TELECOM MOBILES depuis 1995 et FRANCE TELECOM MOBILES SERVICES depuis 1996, jusqu'en juin 2001) ;

Aux termes de ses dernières écritures, la **S.A. SUBERDINE**, ayant initié la procédure de référé à la suite du refus opposé par ORANGE de procéder aux livraisons de matériels commandés depuis le 20 septembre 2002, demande à la Cour, par voie d'infirmerie de l'ordonnance déferée, de :

- ordonner, sous astreinte solidaire de 15.000 euros par jour de retard à compter de la signification de cet arrêt, l'exécution, par les sociétés du groupe ORANGE, des commandes n° 1224, 1227, 1229, 1231, 1232, 1235, 1236, 1249, 1250, 1252 et 1254 d'une valeur totale de 801.854,60 euros HT ;

- dire que les livraisons devront se poursuivre au-delà de ces commandes et jusqu'à la fin de la période contractuelle, dans la limite d'un encours de 6.000.000 euros HT cumulé sur la période novembre et décembre 2002,

- dire qu'à défaut de satisfaire à cette obligation pour le futur, les sociétés du groupe ORANGE supporteront solidairement une astreinte de 1.000 euros par commande non satisfaite et par jour, le délai de l'astreinte commençant à courir automatiquement huit jours après la réception d'une commande par le fournisseur ;

- confirmer en tant que de besoin le rejet de la demande reconventionnelle des sociétés du groupe ORANGE et la nomination de Mme de KERVILER en tant qu'expert avec mission de faire les comptes entre les parties ;

- condamner les sociétés intimées au paiement d'une somme de 3.000 euros en application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile et aux dépens de première instance et d'appel ;

ORANGE sollicite la confirmation de l'ordonnance entreprise et la condamnation de la S.A. SUBERDINE au paiement d'une somme de 10.000 euros sur le même fondement ;

Il est renvoyé aux conclusions des parties pour plus ample exposé de leurs moyens et arguments respectifs ;

SUR CE, LA COUR,

Considérant qu'ORANGE expose, dans les motifs de ses conclusions, que la S.A. ORANGE possède depuis le 1er avril 2002 l'intégralité des parts sociales de la S.A. ORANGE SERVICES qui a été dissoute sans liquidation de sorte que cette dernière société doit être mise hors de cause ;

Que, cependant, aucune pièce n'est produite à ce propos et que cette demande de mise hors de cause n'est pas reprise dans le dispositif desdites conclusions ;

*

Considérant que, pour rejeter sa demande, le premier juge a estimé que la S.A. SUBERDINE ne pouvait se prévaloir des facilités que lui avait accordées ORANGE, que la demande tendant à l'autorisation d'un découvert de 6.000.000 euros était en contradiction avec les clauses contractuelles prévoyant un paiement à soixante jours, que, en 2002, les livraisons n'ont pas été payées dans les délais et qu'il n'était pas établi que le compte de la S.A. SUBERDINE serait créateur, de sorte qu'ORANGE était fondée à refuser d'accroître le découvert de la S.A. SUBERDINE et de refuser de livrer les produits commandés ;



Considérant que, aux termes de l'article 17 du contrat de grossiste, "Le fait par l'une des parties de ne pas exiger à un moment quelconque l'exécution stricte par l'autre partie d'une disposition ou condition quelconque du présent contrat ne sera en aucun cas réputé constituer une renonciation, quelle qu'elle soit à l'exécution de ce droit" et que, aux termes de l'article 2-4 des conditions générales de vente annexées au contrat, "En cas de retard de paiement, ORANGE pourra d'une part suspendre la livraison de tout ou partie des commandes en cours, et d'autre part refuser toute commande nouvelle, sans préjudice de toute action et dommages et intérêts" ;

Considérant que, en exécution du contrat liant la S.A. SUBERDINE à ORANGE, qui engendre des flux financiers et des dettes réciproques et connexes entre elles :

- ORANGE rémunère la S.A. SUBERDINE en contrepartie de la vente de ses services à un réseau de distributeurs, notamment dans ses 94 magasins, et pour l'exécution des tâches liées à l'activation des lignes ;

- la S.A. SUBERDINE paie à ORANGE les marchandises qu'elle lui livre et rémunère ses propres distributeurs, lesquels proposent auprès de la clientèle des abonnements téléphoniques au profit d'ORANGE ;

- les créances et dettes réciproques se compensent ;

Considérant que ces relations contractuelles engendrent des difficultés dans la triple mesure où les commissions dues par ORANGE à la S.A. SUBERDINE ne lui sont versées qu'une fois les lignes activées, où la S.A. SUBERDINE doit payer ORANGE dans les soixante jours à compter de la facturation afférente aux livraisons de marchandises et où la S.A. SUBERDINE doit payer ses propres distributeurs avant de recevoir les sommes dues par ORANGE ;

Considérant que cette situation entraîne la pratique d'un "encours", ou "crédit-fournisseur", ou "découvert bancaire tacite" qu'ORANGE a admise au profit de la S.A. SUBERDINE ;

Que cet encours, inférieur à 2.000.000 euros entre janvier et août 2001, a atteint 15.000.000 euros fin décembre 2001 et début janvier 2002 et a été réduit à 2.000.000 euros en septembre 2002 ;

Considérant que des premières difficultés relatives à l'encours né avant le 21 juin 2001, date du lancement de la marque ORANGE, ont trouvé leur solution dans un premier protocole intitulé "(S1-2001)", non daté, aux termes duquel ORANGE a versé à la S.A. SUBERDINE, à titre de solde de tous comptes, la somme de 1.052.881,91 euros moyennant facturation par le distributeur d'un montant correspondant ;



Considérant qu'un second protocole "(S2-2001)", du 20 juin 2002 a soldé de nouvelles difficultés nées entre le 21 juin et le 31 décembre 2001 et que, à ce titre, ORANGE a versé à la S.A. SUBERDINE la somme de 475.015,32 euros "au titre des services avec et sans abonnements non rémunérés par ORANGE-FRANCE, des options non rémunérées, des litiges logistiques concernant les produits" et "au titre de la coopération du quatrième trimestre 2001" moyennant l'établissement d'une nouvelle facture ; qu'aucun litige évoqué aux termes de ce second protocole n'est relatif au montant de l'encours ;

Considérant que, dans le second semestre 2002, de multiples difficultés sont survenues dans les relations entre les parties, lesquelles relations se sont rapidement dégradées ;

Qu'en effet, à la suite d'une réunion du 3 juillet 2002 à l'issue de laquelle "les parties se sont séparées cordialement", celles-ci ont procédé à de nombreux échanges de correspondances en août et septembre 2002, notamment :

- le 30 août 2002, ORANGE a proposé à la S.A. SUBERDINE un échéancier de remboursement de l'avance de 4.000.000 euros sur neuf mois à compter du 1er octobre 2002 par remboursements mensuels de 444.444 euros ;

- le 6 septembre 2002, la S.A. SUBERDINE a déploré de ne pas avoir reçu de réponse concernant l'assiette de calcul de "l'air-time" ;

- le 18 septembre 2002, la S.A. SUBERDINE s'est estimée créancière d'une somme de 1.937.606 euros au titre des deux premiers trimestres 2002 ;

- le 20 septembre 2002, ORANGE s'est estimée débitrice de la somme de 367.000 euros ;

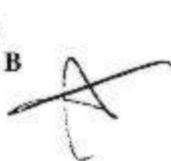
- le 26 septembre 2002, la S.A. SUBERDINE s'est déclarée créancière d'une somme de 6.898.995 euros (selon compte établi à fin septembre) ;

- le 3 octobre 2002, ORANGE s'est déclarée elle-même créancière de 2.656.034,85 euros ;

Considérant que, par acte du 3 octobre 2002, la S.A. SUBERDINE a fait sommation à ORANGE de lui payer une somme de 7.020.648 euros selon compte arrêté au 15 septembre 2002 ;

Que, par acte du 7 octobre 2002, ORANGE a fait sommation à la S.A. SUBERDINE de lui payer une somme de 2.740.215 euros ;

Considérant que, subitement, ORANGE a refusé de satisfaire onze commandes des 20 septembre, 23 septembre, 2 octobre et 3 octobre que lui a adressées la S.A. SUBERDINE (la première, n° 1224, ayant toutefois été exécutée partiellement) ;



Considérant qu'il n'entre pas dans les pouvoirs du juge des référés de dire si la S.A. SUBERDINE a un droit contractuel, ou né de l'usage, ou né d'une simple tolérance, à un "crédit fournisseur permanent" ou à "découvert bancaire tacite" ;

Considérant que le refus de livraison opposé à la S.A. SUBERDINE par ORANGE a été considéré comme légitime par le premier juge qui, parallèlement, a organisé une mesure d'instruction, l'expert ayant pour mission de donner son avis sur les comptes entre les parties ;

Considérant que, aux termes de leurs sommations des 3 et 7 octobre 2002, la S.A. SUBERDINE et ORANGE s'estiment créancières respectivement de 7.020.648 euros selon compte arrêté au 15 septembre 2002 et de 2.740.215 euros ;

Considérant que Mme de KERVILER, expert désigné par l'ordonnance déférée, a entamé ses opérations et a fait le compte-rendu de la réunion qu'elle a organisée le 29 octobre 2002 ;

Que, tout en observant que le solde échu s'élevait, d'après la pièce n° 3, à 3.560 K euros, l'expert a précisé que ce solde tenait compte de quatre décaissements en faveur de la S.A. SUBERDINE ne correspondant pas à des commissions payées mais à des avances et que, dans une lettre du 30 août 2002, M. FONTANA, directeur général d'ORANGE (antérieurement directeur des ventes et de la distribution de France Télécom Mobiles), avait proposé de retenir un étalement pour le remboursement de cette avance de 4.000 K euros à compter du 1er octobre 2002 avec des remboursements mensuels de 444.444 euros de sorte que, en prenant en compte cet étalement, le solde échu par la SUBERDINE à la date du relevé est pratiquement réduit à "0" ;

Considérant que la S.A. SUBERDINE invoque une créance qu'elle évalue à 3.458.734 francs selon ses calculs au titre de l' "air-time" (commissions dues à la S.A. SUBERDINE à hauteur de 3% du chiffre d'affaires d'ORANGE), déterminée ou à déterminer à partir des données officielles de l'Autorité de régulation des télécommunications (A.R.T.), ce point devant faire l'objet d'un examen par Mme de KERVILER, expert désigné par le premier juge, étant observé qu'ORANGE ne formule aucune observation à ce titre ;

Considérant que, par lettre du 28 octobre 2002, M. Manuel IBANEZ, expert-comptable de la S.A. SUBERDINE et commissaire au comptes, lui a écrit : *"Il résulte de l'exposé que vous nous avez fait de la situation financière et des comptes produits à ce jour du groupe SUBERDINE, que la trésorerie est de plus en plus tendue au point de vous exposer à un risque sérieux de cessation des paiements d'ici fin novembre 2002 si vous ne trouvez pas d'issue quasi immédiate au problème que vous rencontrez avec votre principal fournisseur ORANGE. En effet, les échéances à 1 mois ne pourront être couvertes à la seule vue de la*



trésorerie actuellement disponible. La continuité d'exploitation risquant d'être compromise, nous ne pouvons que vous conseiller d'en informer vos commissaires aux comptes afin de prendre toute mesure qu'ils jugeront nécessaires" ;

Considérant que ce n'est que le 4 octobre 2002 que la S.A. SUBERDINE a appris, dans des conditions non officielles, qu'ORANGE refusait désormais d'honorer ses commandes à partir de celle du 20 septembre, et que ce n'est qu'à l'occasion d'un entretien téléphonique du 8 octobre 2002 que, selon l'appelante, non contredite à ce propos, elle a appris que ce refus était motivé par l'encours "dépassé financièrement" ;

Considérant que, si le contrat de distribution liant les parties n'interdit pas à la S.A. SUBERDINE de contracter avec d'autres opérateurs de téléphonie mobile, et si l'existence d'un lien de dépendance économique, discuté par ORANGE, ressort de l'appréciation du juge du fond, il est constant que, en fait, la S.A. SUBERDINE, dans le cadre de son activité de grossiste, ne travaille qu'avec la S.A. ORANGE et que, globalement, la quasi-totalité de son chiffre d'affaires est réalisée avec l'opérateur de téléphonie mobile, intimé, de sorte que la suspension, qui, en réalité est une interruption, des livraisons des matériels commandés (terminaux téléphoniques ou coffrets), est propre à entraîner une "asphyxie" imminente même si ORANGE déclare (page 9 de ses conclusions) ne pas entendre rompre ses relations commerciales pour ce qui concerne l'objet du contrat principal ;

Que la Cour observe que, alors que l'article 12 du contrat prévoit que, sauf exceptions, le délai de résiliation est d'un mois à compter d'une lettre recommandée avec avis de réception, c'est sans aucun préavis que, sans invoquer ni même évoquer quelque résiliation, ORANGE a pris une mesure à l'encontre de la S.A. SUBERDINE propre à entraîner une telle asphyxie ;

Que la Cour observe encore que, lorsque l'encours a atteint 15.000.000 euros fin décembre 2001, début janvier 2002, ORANGE n'a pas refusé de livrer la S.A. SUBERDINE ;

Considérant qu'il convient de prévenir un dommage imminent que constituent, ensemble, le risque de l'arrêt de l'activité de la S.A. SUBERDINE, la nécessité d'un recours bancaire moyennant cessions de créances, la mise en place d'une procédure de chômage technique, voire de licenciement économique concernant 206 salariés, et la probabilité d'un dépôt de bilan auxquels cette société est, à l'évidence, actuellement conduite, par la prescription des mesures précisées au dispositif de cet arrêt ;

Qu'ORANGE devra honorer, sous astreinte, les onze commandes restées en souffrance et satisfaire les commandes futures de la S.A. SUBERDINE jusqu'à ce qu'il soit statué autrement par le juge du fond ou jusqu'à accord entre les parties ;



Que, sur le montant de l'encours, la Cour ne dispose d'aucun élément permettant d'accueillir la demande de la S.A. SUBERDINE à hauteur de 6.000.000 euros, et ce, d'autant qu'une mesure d'expertise organisée par l'ordonnance du 24 octobre 2002 et qui n'est pas critiquée, est entamée de sorte que la limite dudit encours sera fixée à un montant correspondant à celui des commandes ;

*

Considérant qu'aucune considération d'équité ne conduit à l'application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile au profit de la S.A. SUBERDINE tandis que le sens de cet arrêt entraîne le rejet de celle présentée sur ce même fondement par les sociétés intimées ;

PAR CES MOTIFS,

Déclare la S.A. SUBERDINE bien fondée en son appel ;

Réforme l'ordonnance déferée en ce qu'elle a rejeté la demande de la S.A. SUBERDINE ;

Statuant à nouveau de ce chef ;

Vu l'article 873 du code de commerce ;

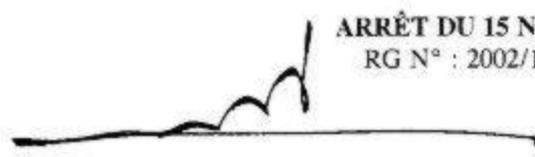
Ordonne aux trois sociétés du groupe ORANGE, intimées, solidairement, sous astreinte de 10.000 euros par jour de retard à compter du troisième jour suivant la signification de cet arrêt, d'exécuter les commandes n° 1224, 1227, 1229, 1231, 1232, 1235, 1236, 1249, 1250, 1252 et 1254 faites entre le 20 septembre et le 3 octobre 2002 par la S.A. SUBERDINE, d'une valeur totale de 801.854,60 euros HT ;

Leur ordonne de poursuivre leurs livraisons, dans la limite d'un nouvel encours correspondant au montant de ces commandes et des futures livraisons, jusqu'à ce qu'il soit jugé autrement par le juge du fond ou jusqu'à accord des parties ;

Dit que, à défaut de satisfaire les commandes futures de la S.A. SUBERDINE dans le délai de quinze jours à compter de leur réception, les sociétés du groupe ORANGE seront solidairement débitrices d'une astreinte de 1.000 euros par commande non satisfaite ;

Confirme l'ordonnance entreprise quant à l'organisation de la mesure d'expertise confiée à Mme de KERVILER ;

Rejette toute autre demande ;



Condamne les S.A. ORANGE FRANCE, ORANGE SERVICES et
ORANGE DISTRIBUTION aux dépens d'appel, et admet la SCP DUBOSQ et
PELLERIN au bénéfice de l'article 699 du nouveau code de procédure civile.

LE GREFFIER



LE PRESIDENT



Par arrêt rectificatif en date du 14 février 2003, la Cour a dit que le présent arrêt sera rectifié comme suit :

Dit que le quatrième paragraphe du dispositif est remplacé par le paragraphe suivant :

“Vu l'article 873 du nouveau code de procédure civile”

Pour la Greffière en Chef,

M.C. HERBELOT, agent administratif faisant fonction de Greffier



Pour COPIE certifiée conforme à l'original.

LE GREFFIER EN CHEF



^{ème} page et dernière.

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized 'M' or similar character.