

Copies exécutoires RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

délivrées aux parties le : AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 11

ARRÊT DU 24 MAI 2019

(n° 147, 17 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : 17/08357 - N° Portalis 35L7-V-B7B-B3FNF

Décision déferée à la Cour : Jugement du 04 Avril 2017 - Tribunal de Commerce de PARIS - RG n° 44761

APPELANTE

SAS ECONOCOM FRANCE

Immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de NANTERRE sous le numéro 301 364 824

Agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux domiciliés ès qualités audit siège [...]

Représentée par Me Edmond FROMANTIN, avocat au barreau de PARIS, toque : J151

Ayant pour avocat plaidant Me Anaïs BENFEDDA, avocat au barreau de PARIS, toque : P0454, substituant Me Alexandre MERVEILLE, avocat au barreau de PARIS, toque : P0454

INTIMÉE

SAS BOIS & MATERIAUX, venant aux droit de la société WOSELEY FRANCE

Immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de RENNES sous le numéro 410 173 298

Prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés ès qualités audit siège [...]

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

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 28 Mars 2019, en audience publique, devant la Cour composée de :

Madame Michèle LIS SCHAAL, Présidente de la chambre

Madame Françoise BEL, Présidente de chambre

Madame Agnès COCHET-MARCADE, Conseillère

qui en ont délibéré.

Un rapport a été présenté à l'audience dans les conditions prévues à l'article 785 du code de procédure civile.

Greffière, lors des débats : Madame 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 Madame Michèle LIS SCHAAL, Présidente et par Madame Karine ABELKALON, greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire

FAITS ET PROCÉDURE

La SAS Bois et matériaux, venant aux droits de la société Wolseley France, suite à un apport partiel d'actifs, est un acteur majeur du secteur de la distribution du bois en France et des matériaux de construction.

La SAS Econocom France (la société Econocom) est spécialisée dans les services numériques aux entreprises.

En 2004, la société T... Bois et Matériaux aux droits de laquelle sont venues les sociétés Wolseley France puis Bois et matériaux a souhaité, pour son compte et celui de ses filiales, souscrire auprès de la société Econocom un contrat de location d'équipements informatiques.

Le 1er janvier 2004, a été conclu un contrat intitulé 'conditions générales de location d'équipements informatiques'. Il a été ensuite convenu le 7 octobre 2005, un contrat de location dit évolutif et plus particulièrement une offre dite «option d'échange technologique» (TRO pour Technology Refresh Option) qui se matérialisait en plusieurs documents contractuels : conditions générales de location, conditions applicables à l'option TRO et une annexe TRO définissant les conditions particulières de location et chiffrant les différentes variables, outre un contrat de gestion du TRO par équipement.

Cet ensemble de contrats a été renouvelé le 1er février 2007 et les parties s'engageaient, aux termes de l'annexe TRO en vigueur, pour une durée de location d'une durée de 42 mois (au lieu de 36 mois précédemment). Cette annexe TRO a été remplacée par 8 annexes TRO successives, à chaque modification du parc d'équipements informatiques, dont la dernière est en date du 1er août 2013 ce pour une nouvelle durée de 42 mois expirant le 31 janvier 2017.

Par lettre recommandée avec accusé de réception du 27 décembre 2013, la société Econocom a signifié à la société Bois et matériaux la résiliation de l'option d'échange en cours sur le fondement de l'article 10 c) des conditions TRO (risques avérés pour le locataire de ne pouvoir faire face à ses engagements financiers), la société Bois et matériaux ne pouvant alors plus exercer l'option d'échange prévue au contrat, l'annexe TRO se poursuivant jusqu'à son terme (31 janvier 2017).

En réponse, la société Bois et matériaux a souhaité négocier la rupture anticipée de l'ensemble contractuel du 1er août 2013, ce qu'a refusé la société Econocom.

C'est dans ces conditions que par acte du 19 novembre 2014, la société Wolseley a assigné la société Econocom devant le tribunal de commerce de Nanterre, mais s'est désistée de cette instance afin de rediriger son action devant le tribunal de commerce de Paris.

Par acte du 28 juin 2016, la société Bois et matériaux a assigné la société Econocom devant le tribunal de commerce de Paris d'une demande tendant à voir prononcer la nullité de l'annexe TRO du 1er août 2013 pour cause de perpétuité et d'illégalité dans la fixation du prix des loyers, dire que sont illicites et doivent être réputées non écrites sur le fondement de l'article L. 442-6 I 1° et 2° du code de commerce certaines clauses des conditions TRO du 1er février 2007 ou des conditions générales de location du 1er janvier 2004, condamner la société Econocom à lui restituer le montant des loyers indûment perçus à compter du 1er août 2013 et à lui payer la somme de 400.000 euros à titre de dommages intérêts au titre de la violation de son obligation de conseil.

En réponse, la société Econocom demandait au tribunal de dire que l'action de la société Bois et matériaux en nullité de la clause d'indexation était prescrite et de la débouter de l'ensemble de ses demandes.

Par jugement assorti de l'exécution provisoire en date du 4 avril 2017, le tribunal de commerce de Paris :

dit que l'annexe TRO en date du 1er août 2013 n'est entachée d'aucun vice de perpétuité et que la fixation des loyers et leur indexation est légale de telle sorte que l'annexe TRO est parfaitement valide ;

dit que la société Econocom a tenté de soumettre la société Bois et matériaux à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;

débouté la société Bois et matériaux de sa demande de dire que les clauses du contrat relatives aux conditions de résiliation et aux conditions de dénonciation de l'option d'échange sont illicites et doivent être réputées non écrites ;

condamné la société Econocom à restituer à la société Bois et matériaux le montant des loyers indûment perçus à compter du 1er août 2013 avec intérêt au taux légal et anatocisme à compter de la signification de l'assignation devant le tribunal de commerce de Nanterre en date du 14 novembre 2014 ;

pris acte que la société Bois et matériaux s'engage à procéder à la restitution de la totalité du matériel informatique, propriété de la société Econocom, dans un délai de 3 mois à compter de la date du présent jugement ;

débouté la société Bois et matériaux de sa demande de dommages et intérêts pour 40.000 euros ;

condamné la société Econocom à payer à la société Bois et matériaux la somme de 20.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, outre les dépens.

Le tribunal rejette le vice de perpétuité allégué par la société Bois et matériaux, estimant après analyse des clauses du contrat que les conditions TRO et les conditions générales de location prévoyaient la possibilité pour chacune des parties de mettre un terme au contrat TRO à l'expiration de la période initiale de 42 mois.

Il rejette également le grief opposé par la société Bois et matériaux tenant au caractère illicite du mécanisme d'indexation des loyers, en retenant que les taux d'intérêts utilisés dans l'indexation sont établis par un panel d'établissements financiers et qu'ils se rattachent directement à l'activité d'Econocom.

Le tribunal a en revanche considéré que les clauses contractuelles (article 14 des conditions générales de location) concernant la résiliation pour détérioration financière du locataire et celles relatives aux conditions de résiliation anticipée du contrat (articles 5 et 10 c) des condition TRO), étaient purement discrétionnaires pour le loueur, que la société Econocom a tenté de soumettre la société Bois et matériaux à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et que ce déséquilibre engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice subi en application des dispositions des articles L. 442-6 du code de commerce, sans que de telles clauses puissent être réputées non écrites.

Les premiers juges ont ensuite relevé que la dénonciation par la société Econocom le 27 décembre 2013 de l'option d'échange, a privé la société Bois et matériaux du seul intérêt du contrat souscrit, que néanmoins, le dernier contrat TRO en date du 1er août 2013 a continué de prévoir un loyer cumulé de 2.302.124,76 euros sur une période irrévocable de 42 mois pour un matériel d'une valeur comptable totalement amortie et qui il y a dès lors lieu à restitution des loyers indûment perçus à compter du 1er août 2013, ce en réparation du préjudice causé par la société Econocom.

Le tribunal ne retient pas de manquement de la société Econocom au titre de son obligation de conseil, estimant que la société Bois et matériaux est une entité importante disposant de l'encadrement nécessaire pour aborder l'ensemble des informations relatives au contrat de location.

La société Econocom a interjeté appel de ce jugement par déclaration au greffe en date du 21 avril 2017.

PRÉTENTIONS ET MOYENS DES PARTIES

Par conclusions notifiées et déposées le 14 février 2019, la société Econocom demande à la cour au visa des articles L. 442-6-I du code de commerce, 1134 et 1235 anciens du code civil, et 700 du code de procédure civile de :

confirmer le jugement en ce qu'il a :

dit que l'annexe TRO du 1^{er} août 2013 n'est entachée d'aucun vice de perpétuité et que la fixation des loyers et leur indexation est légale de telle sorte que l'annexe TRO est parfaitement valide ;

débouté la société Bois et matériaux de sa demande de dommages et intérêts au titre de son obligation de conseil ;

infirmier le jugement en ce qu'il :

* a dit qu'elle a tenté de soumettre la société Bois et matériaux à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;

* l'a condamnée à restituer à la société Bois et matériaux le montant des loyers indûment perçus à compter du 1^{er} août 2013 ;

* l'a condamnée à payer 20.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Et statuant à nouveau des chefs infirmés,

déclarer irrecevables car prescrites les demandes de Bois et matériaux fondées sur l'article L.442-6 du code de commerce ;

constater subsidiairement l'absence de déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et plus subsidiairement encore de tout préjudice pour la société Bois et matériaux ;

dire que les loyers perçus à compter du 1^{er} août 2013 n'étaient pas indus, et ordonner la restitution à la société Econocom des causes du jugement payées à la société Bois et matériaux ;

condamner la société Bois et matériaux au paiement de la somme de 318.598,06 euros correspondant aux loyers du 1^{er} août 2016 au 31 janvier 2017 majoré des intérêts contractuels à compter du 10 janvier 2018 ;

débouter la société Bois et matériaux de l'ensemble de ses prétentions ;

condamner la société Bois et matériaux au paiement d'une indemnité de 50.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens ;

L'appelante soutient que l'action fondée sur l'article L. 442-6-I-1° et 2° du code de commerce est prescrite aux motifs que s'agissant d'une action de nature quasi-délictuelle, la prescription court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu connaissance.

Concernant la date de réalisation du dommage, elle soutient qu'il convient de se placer à la date de création du déséquilibre, ou de sa tentative, et que c'est donc au moment de la négociation pour la tentative ou au plus tard de la signature (pour le fait d'imposer) qu'il convient de se placer soit, en l'espèce, le 1er février 2007 pour les conditions TRO et le 1er janvier 2004 pour les conditions générales de location au titre desquelles la société Bois et matériaux recherche sa responsabilité sur le fondement de l'article L. 442-6 I 1° et 2° du code précité.

Elle en déduit que le délai de prescription de 10 ans réduit à 5 ans commençant à courir à compter de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle soit le 18 juin 2008, l'action relative à ces contrats exercée le 19 novembre 2014, postérieurement au 18 juin 2013, est irrecevable car prescrite.

Subsidiairement, elle conclut à l'absence de déséquilibre significatif entre les obligations respectives des parties, aux motifs que les facultés de résiliation en faveur de la société Econocom reposent sur des contreparties et motifs légitimes.

Elle explique que l'intérêt pour le locataire de souscrire à l'offre TRO est de disposer tous les 6 mois de la faculté de réinvestir dans du nouveau matériel à louer auprès d'elle, que le montant susceptible d'être réinvesti dépend directement du montant d'investissement initial correspondant au parc d'équipement d'origine, cette Option d'Echange consentie à la société Bois et matériaux ayant pour contrepartie l'obligation pour elle d'acquérir en vue de leur mise à disposition les nouveaux équipements dans lesquels le locataire souhaite investir, ces obligations et risques financiers à sa charge pour des montants très significatifs (jusqu'à 93% du montant d'investissement initial si le locataire n'a pas utilisé ses volumes de Renouvellement successifs avant le 36ème mois du contrat) ont alors pour contrepartie la sauvegarde du loueur lui permettant de résilier si la situation financière du locataire ne permet plus de justifier les engagements et risques pris par elle.

Elle ajoute que le consentement de la société Bois et matériaux à ces clauses était pleinement éclairé, qu'elle n'a pas contesté le bien-fondé de la résiliation mais seulement sa faculté, et a posteriori.

La société Econocom relève en outre qu'aucun préjudice n'est démontré par la société Bois et matériaux, celle-ci se bornant à lui reprocher de la priver, par l'effet de la résiliation de l'option d'échange TRO, de toute mesure qui lui permettrait de réduire le montant des loyers.

L'appelante soutient également que la restitution des loyers à laquelle elle a été condamnée ne correspond pas à la réparation d'un préjudice causé par une situation déséquilibrée au sens de l'article L. 442-6 I du code de commerce. Elle ajoute que le tribunal a violé les dispositions de l'article 5 du code de procédure civile en substituant à la demande de la société Bois et matériaux de voir les clauses réputées non écrites, sa demande de restitution des loyers.

Elle fait en outre valoir que le versement de ces loyers n'était pas sans cause et ne pouvait donc faire l'objet d'une répétition de l'indu, ledit paiement trouvant sa cause dans la jouissance constante et paisible de l'équipement mis à sa disposition.

Sur sa demande de paiement des loyers, la société Econocom soutient qu'à la suite d'une erreur de ses services, les six derniers mois de loyers correspondant à la période du 1er août 2016 au 31 janvier 2017, n'ont pas fait l'objet de facturation à la société Bois et matériaux et qu'elle lui a adressé ces factures le 15 février 2018 qui ne les a pas contesté ni payé. Elle réclame en conséquence la somme de 318.598,06 euros, majorée des intérêts contractuels à compter du 10 janvier 2018 correspondant à ces factures.

Par conclusions d'intimée et d'appel incident notifiées et déposées le 13 mars 2019, la société Bois et matériaux demande à la cour au visa des articles 1709 du code civil, 123 du code de procédure civile, L.112-2 du code monétaire et financier et L.442-6-I-1° et 2° du code de commerce de :

infirmier le jugement entrepris en ce qu'il a dit et jugé que l'annexe TRO en date du 1er août 2013 n'est entachée d'aucun vice de perpétuité et que la fixation des loyers et leur indexation est légale de telle sorte que l'annexe TRO est parfaitement valide ;

confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a dit et jugé que la société Econocom a tenté de la soumettre à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;

confirmer le jugement entrepris, au besoin par substitution de motifs, en ce qu'il a condamné la société Econocom à lui restituer le montant des loyers indûment perçus à compter du 1er août 2013 ;

infirmier le jugement entrepris en ce qu'il l'a déboutée de sa demande tendant à voir réputées non écrites les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'article L.442-6-I du code de commerce ;

infirmier le jugement entrepris en ce qu'il l'a déboutée de sa demande de dommages et intérêts pour 400.000 euros ;

dire que doivent être réputées non écrites les clauses illicites suivantes :

* la clause prévue à l'article 5 des conditions générales applicables à l'option d'échange technologique TRO faisant partie intégrante de l'annexe TRO du 1er août 2013 ;

* la clause prévue à l'article 14.3 des conditions générales faisant partie intégrante de l'annexe TRO du 1er août 2013 ;

* la clause prévue à l'article 14.4 des conditions générales faisant partie intégrante de l'annexe TRO du 1er août 2013 ;

* la clause prévue à l'article 10 c) des conditions générales applicables à l'option d'échange technologique TRO faisant partie intégrante de l'annexe TRO du 1er août 2013 ;

dire que la société Econocom a engagé sa responsabilité au titre de son obligation de conseil et la condamner en conséquence à lui payer la somme de 400.000 euros à titre de dommages et intérêts ;

dire irrecevable la demande nouvelle de la société Econocom en paiement de la somme de 318.598,04 euros, et subsidiairement la débouter de cette demande ;

débouter la société Econocom de l'ensemble de ses moyens, fins et prétentions ;

condamner la société Econocom à lui verser la somme de 50.000 euros à titre de dommages et intérêts en application des dispositions de l'article 123 du code de procédure civile ;

condamner la société Econocom à lui verser la somme de 60.000 euros en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

condamner la société Econocom aux entiers dépens,

ordonner la publication, aux frais de la société Econocom, de la décision à intervenir conformément à l'article L.442-6-III du code de commerce.

Sur la nullité du contrat pour cause de perpétuité, la société Bois et matériaux soutient qu'elle était contrainte de renouveler perpétuellement le contrat portant sur l'ensemble des équipements loués pour une durée irrévocable de 42 mois, sauf à se priver de toute possibilité d'adapter son installation informatique à ses besoins, ne pouvant sortir du contrat qu'en renonçant de manière définitive et absolue à toute possibilité de renouveler son matériel informatique, renouvellement qui est l'essence même du contrat.

Elle souligne qu'au-delà du renouvellement de ses engagements en cas d'exercice de l'option d'échange, la restitution d'équipements sans échange ou la simple restitution de volume de renouvellement non utilisé entraînaient également un réengagement de sa part pour une durée irrévocable de 42 mois portant sur la location de l'ensemble des équipements.

Elle considère donc que le tribunal a procédé à une analyse erronée qui l'a conduit à écarter sa demande de nullité du contrat pour vice de perpétuité.

Sur la nullité du contrat pour cause d'illicéité dans la fixation du montant des loyers, la société Bois et matériaux soutient que l'indice retenu pour la fixation des loyers est impossible à déterminer, dès lors qu'il n'existe aucune cotation officielle d'un quelconque taux et que rien ne permet de savoir si une telle indexation présente un lien avec l'objet du contrat.

Elle ajoute que la clause litigieuse, frappée de nullité, constitue un élément essentiel du contrat en ce qu'elle fixe le montant des loyers facturés par la société Econocom et que dès lors, l'ensemble de la relation contractuelle est nulle.

Elle réplique à la fin de non recevoir tirée de la prescription de la société Econocom que c'est au titre de l'annexe TRO du 1er août 2013 que la clause d'indexation trouve en dernier lieu à s'appliquer, ladite annexe intégrant contractuellement les conditions TRO.

Sur le déséquilibre significatif créé par le contrat à son préjudice, la société Bois et matériaux soutient que les dispositions des conditions TRO et de l'avenant n°1, outre que le mécanisme qu'elles mettent en place relève des engagements perpétuels prohibés, crée une situation de déséquilibre manifeste en la contraignant à poursuivre l'exécution du contrat sans possibilité d'en sortir sauf à renoncer à toute modification d'une installation devenue inadaptée à ses besoins.

Elle ajoute que la faculté de résiliation anticipée unilatérale du contrat par la société Econocom repose sur des motifs imprécis (manquement à une obligation légale, détérioration financière, crainte d'un défaut d'exécution'), laissant la possibilité à l'appelante de résilier le contrat selon son bon vouloir et créant ainsi un déséquilibre significatif entre les parties, ce déséquilibre étant d'autant plus répréhensible qu'une telle résiliation si elle en était l'auteur, entraînerait pour elle des conséquences très contraignantes soit le versement à la société Econocom d'une somme égale au solde des loyers dus jusqu'au terme contractuel, une indemnité de 10% du montant de la somme due et la restitution le matériel.

Elle considère en outre que les conditions de dénonciation sans réelle justification de l'option d'échange dont bénéficie exclusivement le loueur ajoute au déséquilibre, cette dénonciation à laquelle a procédé l'appelante le 27 décembre 2013, la maintenant dans la période irrévocable des 42 mois et la contraignant à s'acquitter des loyers dus jusqu'au 1er février 2017 pour la location d'un matériel informatique obsolète.

En réplique à la fin de non-recevoir tirée de la prescription, elle fait valoir qu'une action tendant à voir réputées non écrites les clauses créant un déséquilibre significatif est imprescriptible. Elle sollicite de la cour de sanctionner l'attitude de la société Econocom sur le fondement de l'article 123 du code de procédure civile en raison de l'intention dilatoire manifeste de cette dernière, laquelle a ainsi attendu près de trois ans pour soulever cette fin de non-recevoir.

Elle ajoute que c'est à tort que le tribunal a rejeté sa demande tendant à voir déclarer les clauses critiquées comme non écrites, considérant que si les dispositions du code de commerce ne prévoient pas une telle sanction, le caractère d'ordre public de celles-ci autorisant les juridictions à réputer non écrites des clauses entraînant un déséquilibre significatif.

Sur la restitution des loyers, elle fait valoir qu'elle s'impose compte-tenu de la nullité du contrat et de la valeur nulle des équipements objets du contrat, les loyers ne rémunérant plus rien. Elle ajoute qu'en tout état de cause, la condamnation de la société Econocom à restituer les loyers s'impose à titre de réparation de son préjudice au titre du déséquilibre significatif.

Sur la violation par la société Econocom de son obligation de conseil, l'intimée soutient qu'elle ne disposait pas du savoir faire lui permettant d'anticiper les conséquences financières de son engagement, n'étant pas un professionnel de la location de matériel informatique. Elle considère que la société Econocom ne l'a jamais informée des conséquences financières à moyen et long terme de la conclusion d'un tel contrat et a ainsi manqué à son devoir de conseil.

La société Bois et matériaux soutient que la demande en paiement de la société Econocom au titre du solde des loyers est nouvelle en cause d'appel et doit être déclarée irrecevable, celle-ci n'étant pas virtuellement comprise dans une demande présentée devant les premiers juges.

Pour un plus ample exposé des moyens et prétentions des parties, il est renvoyé aux dernières conclusions signifiées conformément à l'article 455 du code de procédure civile.

SUR CE,

Sur la recevabilité de la demande en paiement des loyers de la société Econocom

Selon les dispositions de l'article 564 du code de procédure civile, à peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait.

L'article 566 du même code prévoit que les parties ne peuvent ajouter aux prétentions soumises au premier juge que les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément nécessaire.

La société Econocom réclame dans ses dernières conclusions notifiées le 14 février 2019, le paiement de la somme de 318.598,06 euros correspondant aux loyers du 1er août 2016 au 31 janvier 2017 majorés des intérêts contractuels à compter du 10 janvier 2018. Elle explique que par suite d'une erreur, cette période n'avait pas fait l'objet d'une facturation, ce dont elle s'est aperçue pendant la procédure d'appel. Elle ajoute que les six factures correspondantes réclamées à la société Bois et matériaux le 15 février 2018 n'ont été ni contestées, ni réglées par cette dernière.

La société Bois et matériaux fait valoir que cette demande nouvelle en cause d'appel est irrecevable en application des dispositions de l'article 564 du code de procédure civile.

La société Econocom réplique que cette demande est recevable en application de l'article 566 du même code, considérant que la demande en paiement de loyers concernant le dernier semestre contractuel constitue l'accessoire de ses demandes visant à faire reconnaître la validité des contrats de location ainsi que le paiement des loyers qui en découlent depuis 2013.

La recevabilité d'une prétention dont l'objet est d'ajouter à la demande originaire ce qui en est l'accessoire, la conséquence ou le complément, suppose qu'une demande au fond ait été formulée devant la juridiction du premier degré.

Or, la demande formulée pour la première fois en appel par la société Econocom, loueur du matériel informatique, en paiement de factures émises en exécution du contrat de location, ne peut être considérée comme l'accessoire de la prétention originaire de celle-ci tendant à faire débouter la locataire, la société Bois et matériaux, de ses demandes d'annulation dudit contrat ou tendant à voir réputées non écrites certaines des clauses de celui-ci.

La demande en paiement de loyers de la société Econocom est irrecevable car nouvelle en cause d'appel.

Sur le vice de perpétuité de l'annexe TRO en date du 1er août 2013

Les dispositions contractuelles liant la société Bois et matériaux à la société Econocom sont constituées :

de l'annexe TRO du 1er août 2013,

des conditions TRO du 1er février 2007 et leurs avenants modificatifs n°1 et 2,

des conditions générales de location d'origine du 1er janvier 2004,

du contrat de gestion TRO du 1er août 2005.

La société Bois et matériaux, appelante incidente, critique le jugement déféré en ce qu'il a considéré que l'annexe TRO en date du 1er août 2013 n'est entachée d'aucun vice de perpétuité. Elle fait valoir que sous couvert de lui offrir des avantages liés à la possibilité de renouveler régulièrement ses équipements informatiques, les modalités et conditions de l'ensemble contractuel mis en place par la société Econocom ont en réalité pour effet de l'astreindre à un renouvellement perpétuel de ses engagements pour une durée pouvant se poursuivre indéfiniment. Elle invoque à ce titre les dispositions des articles 5, 7.2, 7.3 des conditions applicables à l'option TRO en date du 1er février 2007 et celles des articles 4, 5 et 7 de l'avenant n° 1 aux conditions applicables à l'option TRO en date du 1er février 2007 dont elle considère que par l'effet de ces stipulations, elle est obligée à chaque modification (échange, nouvel investissement, restitution du volume de renouvellement non utilisé) de ses équipements, à un réengagement pour une durée irrévocable de 42 mois, sauf à renoncer à toute modification d'une installation devenue inadaptée à ses besoins.

Il convient néanmoins de relever comme l'ont fait les premiers juges que la société Bois et matériaux a fait le choix d'un contrat de location évolutive avec un option d'échange, disposant tous les six mois de la faculté d'échanger, dans certaines limites, une partie de ses équipements contre de nouveaux matériels - sans augmentation de loyer - de procéder à de nouveaux investissements, de restituer une partie des équipements sans procéder à leur remplacement, ce moyennant le renouvellement du contrat pour une nouvelle période de 42 mois sur la totalité du matériel. Ce faisant, l'annexe TRO du 1er août 2013 est assortie d'un terme, l'article 5 stipulant que l'annexe prend fin à l'issue de la durée d'utilisation de 42 mois si le locataire ne fait pas usage des options d'échange, au cours de la totalité de la durée d'utilisation, et les dispositions de l'article 10.1 b) des conditions TRO du 1er février 2007 prévoient que chaque partie peut résilier unilatéralement l'option d'échange en respectant une durée de préavis de 9 mois au moins avant l'arrivée du terme de la durée initiale de location.

La société Bois et matériaux ne peut être suivie lorsqu'elle affirme que la dénonciation de l'option d'échange la prive de la possibilité de renouveler son équipement informatique et la contraint à poursuivre la location d'un matériel totalement obsolète d'une valeur quasi-nulle pour un loyer exorbitant ce jusqu'au terme de l'annexe TRO, alors que l'article 8 de l'avenant n°1 du 1er février 2007 prévoit la mise à disposition gratuite du matériel dont la mise à disposition excède une durée de 42 mois.

En outre, la société locataire n'est liée à aucune clause d'exclusivité avec la société Econocom qui la contraindrait à renouveler son matériel informatique auprès de ce prestataire et a ainsi le choix de modifier le contrat de location pour renouveler le matériel et de poursuivre le contrat, la société Bois et matériaux disposant à cet égard d'un pouvoir de négociation comme en témoignent les avenants modificatifs conclus le 1er février 2007, ou de recourir à une société concurrente.

Aussi, contrairement à ce que soutient la société Bois et matériaux, elle n'est nullement contrainte à renoncer à toute modification de son installation informatique et à se priver de toute possibilité d'adapter celle-ci aux besoins qu'elle

devait satisfaire.

En conséquence, outre que la société Bois et matériaux se borne à solliciter l'infirmité du jugement déféré mais ne demande pas dans le dispositif de ses écritures la nullité de l'annexe TRO du 1er août 2013, la cour ne statuant que sur les prétentions énoncées au dispositif en application de l'article 954 du code de procédure civile, il résulte de ce qui précède que le contrat en cause n'est entaché d'aucun vice de perpétuité. Le jugement déféré est en conséquence confirmé en ce qu'il a dit que l'annexe TRO du 1er août 2013 est valide.

Sur le caractère illicite de la clause de fixation des loyers

Selon les dispositions de l'article L. 112-2 du code monétaire et financier, dans les dispositions statutaires ou conventionnelles, est interdite toute clause prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties.

Se fondant sur les dispositions précitées, la société Bois et matériaux, appelante incidente, critique le jugement déféré en ce qu'il a dit que la fixation des loyers et leur indexation est légale alors que, selon elle, la clause d'indexation prévue à l'article 11 des conditions TRO du 1er février 2007 est nulle aux motifs que l'indice retenu pour la fixation des loyers, à savoir 'la base de la moyenne arithmétique des taux d'intérêt SWAP VENTE EURIBOR 2 ans plus SWAP VENTE EURIBOR 5 ans' est impossible à déterminer, dès lors qu'il n'existe aucune cotation officielle d'un quelconque taux 'SWAP VENTE EURIBOR 2 ans' ou 'SWAP VENTE EURIBOR 5 ans', rien ne permettant de considérer qu'une telle indexation 'sur un indice dont on ignore tout' présente un quelconque lien avec l'objet du contrat conclu par les parties ou avec leur activité. Elle considère alors que cette clause constituant un élément essentiel du contrat puisqu'elle fixe le montant des loyers facturés, la nullité de cette clause affecte nécessairement l'ensemble de la relation contractuelle.

La société Econocom soulève que cette demande en nullité de la clause de la fixation du montant des loyers est irrecevable car prescrite.

L'action en nullité d'une clause d'indexation est soumise à la prescription quinquennale de droit commun prévue à l'article 2224 du code civil. La prescription commence à courir à compter du jour où l'acte irrégulier a été passé.

Il ressort des éléments versés aux débats et des explications des parties que la clause de fixation et d'indexation des loyers critiquée est prévue à l'article 11 des conditions TRO du 1er février 2007.

La société Bois et matériaux n'invoque pas utilement l'annexe TRO du 1er février 2013 comme point de départ de la prescription, étant stipulé en préambule de cette annexe qu'elle est établie conformément aux dispositions des conditions générales de location en date du 1er janvier 2004 et des conditions TRO du 1er février 2007 dont les termes et conditions font partie des présentes.

L'annexe TRO du 1er février 2013 ne modifiant pas la clause de fixation et d'indexation des loyers prévue à l'article 11 des conditions TRO du 1er février 2007 et, ce faisant, ne produisant pas d'effet novatoire, la prescription quinquennale court au jour du contrat d'origine soit les conditions TRO du 1er février 2007, ce quant bien même ces contrats formeraient un tout indivisible.

Aussi, l'action en nullité de la clause de fixation et d'indexation des loyers et partant de l'ensemble contractuel, introduite le 19 novembre 2014 date de délivrance de l'assignation devant le tribunal de commerce de Nanterre, soit postérieurement à l'expiration du délai de prescription de cinq ans au 31 janvier 2012, doit être considérée comme irrecevable car prescrite.

Sur le déséquilibre significatif

Selon les dispositions de l'article L. 442-6-I 1° et 2° du code de commerce :

'I.- Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (')

1°D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu (');

2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;'

Sur la recevabilité

Selon l'article L. 110-4-I du code de commerce, 'les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants et non commerçants se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes'. L'article L.442-6 ne prévoyant pas de prescription spéciale, les pratiques restrictives relèvent de ce texte.

La société Econocom, appelante, sollicite l'infirmité du jugement déféré en ce qu'il a dit qu'elle a tenté de soumettre la société Bois et matériaux à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

Elle considère tout d'abord, pour la première fois devant la cour, que l'action de la société Bois et matériaux fondée sur les dispositions de l'article L 442-6-I 1° et 2° du code de commerce est irrecevable car prescrite.

Néanmoins, la société Bois et matériaux sollicite sur le fondement de ces dispositions que soient réputées non écrites la clause prévue à l'article 5 des conditions applicables à l'option d'échange technologique, la clause prévue à l'article 14.3 des conditions générales, la clause prévue à l'article 14.4 des conditions générales, la clause prévue à l'article 10 c) des conditions applicables à l'option d'échange technologique ' TRO.

Or, l'action tendant à faire réputer non écrite une clause contractuelle sur le fondement des dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce précitées n'est enfermée dans aucun délai de prescription, une clause réputée non écrite étant censée ne jamais avoir existé, ce sans que la société Econocom n'invoque utilement à ce stade que seule la nullité des clauses peut être sollicitée pour sanctionner le déséquilibre significatif sur le fondement des dispositions précitées du code de commerce.

S'agissant de la demande de restitution des loyers à compter du 1er août 2013, si cette demande doit être interprétée comme une répétition de l'indu, l'action doit être engagée à compter de la date où le paiement est devenu indu et si elle doit être considérée comme une réparation du préjudice, le point de départ de la prescription est celui de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime, si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance. Or, l'action ayant été pour la première fois introduite devant le tribunal de commerce de Nanterre le 19 novembre 2014, la demande concernant la restitution des loyers perçus par la société Econocom à compter du 1er août 2013 a bien été initiée dans le délai de cinq ans prescrit.

La fin de non-recevoir de la société Econocom est en conséquence rejetée.

Sur le fond

La société Econocom critique le jugement déféré en ce qu'il a considéré qu'elle a tenté de soumettre la société Bois et matériaux à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en se basant sur la clause de résiliation prévue à l'article 14 des conditions générales de location pour cause de détérioration financière du locataire et sur les conditions de dénonciation unilatérale de l'option d'échange par le loueur pour défaut de garantie financière du locataire, prévues aux articles 5 et 10 c) des conditions TRO.

Elle soutient en substance que ces clauses ne sont pas sans contrepartie, expliquant qu'elle acquiert le matériel mis en location procédant ainsi à de lourds investissements qu'elle doit garantir, ce dont avait conscience la société locataire

dont le consentement était pleinement éclairé lors de la conclusion des contrats.

La société Bois et matériaux fait valoir que le déséquilibre résulte des stipulations la contraignant à un renouvellement perpétuel de ses engagements, des conditions de résiliation unilatérale de plein droit du contrat dont dispose la société Econocom du fait du moindre manquement de sa part à 'une seule de ses obligations légales ou contractuelles', d'un retard de paiement de loyer ou de la crainte d'un défaut de l'exécution du contrat (article 14 des conditions générales de location) ainsi que des conditions de dénonciation de l'option d'échange permettant au loueur de remettre en cause de façon potestative l'option d'échange qui se situe au coeur de l'économie du contrat (articles 5 et 10 c des conditions TRO).

La société Bois et matériaux invoque indifféremment les dispositions des 1° et 2° de l'article L.442-6 I du code de commerce tout en invoquant exclusivement le déséquilibre significatif, qui peut être un déséquilibre financier, dans les droits et obligations des parties créées par les clauses du contrat à son préjudice prévu à l'article L. 442-6 I 2° dudit code.

Cette notion de déséquilibre significatif, inspirée du droit de la consommation, conduit à sanctionner par la responsabilité de son auteur, le fait pour un opérateur économique d'imposer à un partenaire des conditions commerciales telles que celui-ci ne reçoit qu'une contrepartie dont la valeur est disproportionnée de manière importante à ce qu'il donne.

A supposer que la société Bois et matériau puisse être considérée comme un partenaire commercial au sens des dispositions précitées, avec lequel la société Econocom entretient des relations commerciales pour conduire une action quelconque, ce qui suppose une volonté commune et réciproque d'effectuer de concert des actes ensemble dans les activités de production, de distribution ou de services, par opposition à la notion plus étroite de contractant, partenariat qui ne ressort pas à l'évidence du contrat de location conclut entre les parties, ce quand bien même les relations sont empruntées d'une certaine longévité et continuité, il doit également être caractérisé une soumission ou une tentative de soumission dudit partenaire commercial, l'article L.442-6 I 2° ne sanctionnant pas tant le déséquilibre contractuel que le comportement qui consiste à y soumettre ou tenter d'y soumettre un partenaire commercial.

L'élément de soumission ou de tentative de soumission de la pratique de déséquilibre significatif implique la démonstration de l'absence de négociation effective, l'usage de menaces ou de mesures de rétorsion visant à forcer l'acceptation impliquant cette absence de négociation effective.

Il ne peut être inféré comme l'ont fait les premiers juges, du seul contenu des clauses, la caractérisation de la soumission ou tentative de soumission exigée par le législateur.

Selon les éléments versés au débat, les relations entre les parties ont débuté le 1er janvier 2004 par la conclusion par la société PBM conseil aux droits de laquelle vient la société Bois et matériaux, en son nom et celui de ses filiales, d'un contrat cadre de location d'équipements informatiques d'une durée de 36 mois complété de conditions générales de location n° 411003518. Ces relations se sont poursuivies à compter du 1er août 2005 par un contrat de location d'équipements informatiques dit 'évolutif' prévoyant une option d'échange technologique, l'ensemble contractuel étant composé des conditions générales de location n° 411003518 initiales, des 'conditions applicables à l'option d'échange technologique - TRO', d'un 'avenant aux conditions applicables à l'option d'échange technologique - TRO', d'une 'Annexe initiale TRO n° 300.278", d'un avenant à cette annexe initiale, auxquels s'ajoutait un contrat de gestion du TRO par équipement en application duquel la société Bois et matériaux dispose d'un accès aux systèmes d'information de la société Econocom pour lui permettre de procéder notamment au calcul individuel du loyer par équipement et à la répartition du loyer global par localisation, puis à compter du 1er février 2007, par un second ensemble TRO portant la durée initiale d'utilisation de 36 à 42 mois, les conditions générales TRO du 1er janvier 2004 d'origine étant alors complétées par les nouvelles conditions applicables à l'option d'échange technologique (conditions TRO 2007), une annexe TRO 2007 définissant les conditions particulières et chiffrant les différentes variables, complétés par deux avenants aux conditions TRO, outre le contrat de gestion du TRO par équipement.

Il s'infère de l'évolution des dispositions contractuelles au cours des trois premières années des relations entre les parties et des avenants dérogeant aux conditions TRO convenus en faveur du locataire, que ce dernier a usé d'un pouvoir de négociation effectif de l'ensemble contractuel, aucune dépendance contractuelle et économique du locataire n'étant établie, celui-ci ayant en outre l'initiative de la modification du contrat.

La société Bois et matériaux, dont il n'est pas contesté qu'il s'agit d'une société de taille importante, a ainsi librement consenti aux conditions de renouvellement des annexes TRO dont il a été précédemment démontré qu'elle disposait d'une faculté de résiliation unilatérale excluant tout vice de perpétuité. De même, elle a accepté les conditions de résiliation et de dénonciation unilatérale stipulées au bénéfice du loueur en cas de défaillance du locataire ou de risque de défaillance de ce dernier, dispositions justifiées par l'obligation du bailleur de délivrance du matériel loué et renouvelé tous les six mois au profit du locataire, obligation instantanée nécessitant des investissements importants de sa part, alors que l'obligation du locataire de payer mensuellement les loyers durant une période convenue est une obligation à exécution successive. Il est en outre relevé que la société Bois et matériaux ne démontre pas avoir contesté ou tenté en vain de renégocier les dispositions qu'elle dénonce désormais en suite de la résiliation par la société Econocom de l'option d'échange en cours.

En conséquence, aucune soumission ou tentative de soumission n'étant caractérisée, la société Bois et matériau échoue

à démontrer le déséquilibre significatif qui lui a été imposé. Elle est déboutée de l'ensemble de ses demandes à ce titre en ce compris de sa demande de publication judiciaire.

Le jugement entrepris est infirmé en ce qu'il a dit que la société Econocom a tenté de soumettre la société Bois et matériaux à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et condamné en conséquence la société Econocom à restituer à la société Bois et matériaux les loyers perçus à compter du 1^{er} août 2013.

Sur la demande de dommages et intérêts de la société Bois et matériaux fondée sur l'article 123 du code de procédure civile

L'article 123 du code de procédure civile dispose que les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt.

La société Bois et matériaux fait valoir qu'elle a introduit son action devant le tribunal de commerce en novembre 2014, que la société Econocom a attendu le 20 juillet 2017 date de ses conclusions d'appel pour soulever une fin de non-recevoir tirée de la prescription de ses demandes fondées sur l'article L. 442-6 I, soit trois ans après l'introduction de son action devant le tribunal de commerce en novembre 2014.

Toutefois, le fait d'invoquer pour la première fois en cause d'appel une fin de non-recevoir tirée de la prescription, ce à la faveur d'un changement de conseil, ne suffit pas à lui seul à caractériser l'intention dilatoire de la société Econocom, étant relevé que si la société Bois et matériaux a d'abord introduit une action devant le tribunal de commerce de Nanterre le 19 novembre 2014, tribunal désigné par les stipulations contractuelles, ce n'est que par acte du 28 juin 2016 qu'elle a orienté son action fondée sur l'article L. 442-6 I devant le tribunal de commerce de Paris.

Le demande de dommages et intérêts de ce chef est en conséquence rejetée.

Sur le manquement de la société Econocom à son obligation de conseil

La société Bois et matériaux reproche à la société Econocom, professionnel du secteur, de ne pas l'avoir informée des conséquences financières associées à la conclusion d'un tel contrat de location de matériels informatiques avec un engagement évolutif.

Néanmoins, il ressort des dispositions des différents contrats souscrits par la société Bois et matériaux que celle-ci pouvait aisément appréhender les conséquences financières dudit contrat de location dit 'évolutif', les conditions TRO comportant notamment à son article 2 un tableau renvoyant chaque 'sujet' tel le montant du loyer, à l'acte à consulter - Annexe TRO et avenant à l'annexe initiale TRO - qui précisent le montant de l'investissement, le taux de référence et le coefficient de calcul des loyers, l'avenant à l'annexe initiale TRO mentionnant précisément le montant du loyer mensuel dû. A chaque renouvellement, l'annexe TRO indiquait le volume de renouvellement, le montant d'investissement avec en rapport la période précédente, ainsi que le loyer dû à compter de la nouvelle période.

Toutes les informations relatives aux conséquences financières, certes complexes, étant clairement exposées dans les actes soumis à la signature de la société Bois et matériaux qui est un opérateur économique averti, actes qu'elle a d'ailleurs renouvelé à plusieurs reprises en connaissance de cause, aucun manquement de la société Econocom à son obligation de loyauté et de conseil à l'égard de la société Bois et matériaux n'est caractérisé.

La société Bois et matériaux est déboutée de ses demandes à ce titre, et le jugement entrepris confirmé.

Sur les autres demandes

La société Econocom demande que soit ordonnée la restitution des sommes qu'elle a versées en vertu du jugement assorti de l'exécution provisoire.

Cependant le présent arrêt, infirmatif sur ce point, constitue le titre ouvrant droit à la restitution des sommes versées en exécution du jugement.

Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de statuer sur la demande de la société Econocom.

Partie perdante, la société Bois et matériaux sera condamnée aux dépens et à payer à la société Econocom en application de l'article 700 du code de procédure civile, une indemnité qui sera, en équité, fixée à la somme de 30.000 euros. La demande de la société Bois et matériaux à ce titre est rejetée.

PAR CES MOTIFS

LA COUR,

DIT irrecevable car nouvelle en cause d'appel, la demande de la société Econocom en paiement de factures,

INFIRME le jugement entrepris sauf en ce qu'il a dit que l'annexe TRO en date du 1er août 2013 n'est entachée d'aucun vice de perpétuité et a débouté la société Bois et matériaux de sa demande de dommages et intérêts au titre du manquement de la société Econocom à son devoir de conseil,

Et statuant à nouveau sur les autres chefs,

DIT non recevable car prescrite l'action de nullité de la clause de fixation et d'indexation des loyers,

REJETTE la fin de non-recevoir de la société Econocom France concernant l'action fondée sur les dispositions de l'article L. 442-6 I 1° et 2° du code de commerce,

DÉBOUTE la société Bois et matériaux de ses demandes fondées sur les dispositions de l'article L.442-6 I 1° et 2° et L. 442-6 III du code de commerce,

DÉBOUTE la société Bois et matériaux de sa demande de dommages et intérêts fondée sur l'article 123 du code de procédure civile,

DIT n'y avoir lieu à statuer sur la demande de la société Econocom France de restitution des sommes versées en vertu de l'exécution provisoire attachée au jugement déféré à la cour,

Vu l'article 700 du code de procédure civile,

CONDAMNE la société Bois et matériaux à payer à la société Econocom France la somme de 30.000 euros,

REJETTE la demande de la société Bois et matériaux,

CONDAMNE la société Bois et matériaux aux dépens de première instance et d'appel.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT