A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, trente et un mai deux mille six.

Numéro 29 425 du rôle.

Composition :

Marie-Paule ENGEL, présidente de chambre ;
Edmée CONZEMIUS, premier conseiller ;
Camille HOFFMANN, conseiller ;
Patrick KELLER, greffier.

E n t r e :

L'association sans but lucratif THEATRE), établie et ayant son siège social à L-**(...)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions (en abrégé **THEATRE)**),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre KREMMER de Luxembourg en date du 02 septembre 2004,

comparant par Maître Pierre THIELEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

LA FONDATION) (FONDATION), usuellement dénommée "FONDATION)", fondation établie et ayant son siège social à CH-**(...)**, représentée par son conseil de fondation actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prédit exploit KREMMER,

comparant par Maître Eric ROUSSEAUX, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

L A C O U R D ' A P P E L :

Par arrêt du 11 juin 2003, la Cour d'appel avait confirmé un jugement rendu le 24 janvier 2002 déclarant non fondée la demande en dommages-intérêts de la **FONDATION)** dirigée à l'encontre de l'asbl **THEATRE)** sur sa base contractuelle, mais avait dit la demande fondée en principe sur la base délictuelle et avait renvoyé l'affaire en première instance pour y voir statuer sur le quantum de l'indemnisation.

Par un jugement rendu contradictoirement le 27 mai 2004, le tribunal déclara la demande fondée pour le montant de 91.952,21 € en déduisant ex æquo et bono la somme de 30.000 € à titre de frais que la **FONDATION)** aurait dû exposer pour monter le spectacle du prix de 121.959,20 € négocié entre parties.

La demande reconventionnelle de l'asbl **THEATRE)** a été dite non fondée au motif qu'aucun contrat n'est intervenu entre parties de sorte que l'asbl n'aurait droit à aucune part dans le bénéfice.

Ce jugement a été entrepris par l'asbl **THEATRE)** selon exploit du 2 septembre 2004. L'appelante soutient en ordre principal ne rien redevoir à l'intimée qui aurait procédé à une évaluation farfelue pour déterminer son préjudice brut dans le cas où un contrat lierait les parties. Or aucun contrat ne serait intervenu entre parties. Le préjudice serait à évaluer sur la base délictuelle et non pas sur base du contrat discuté entre parties qui ne s'est jamais réalisé. L'intimée aurait seulement droit au préjudice effectivement subi c'est-à-dire aux frais engagés. Le montant avancé de 121.959,21 € ne serait documenté par aucune pièce. Il serait de jurisprudence que celui qui prend l'initiative de rompre les pourparlers doit assumer les frais de l'opération et supporter la charge des investissements.

A titre subsidiaire, l'appelante fait valoir que si le contrat s'était réalisé, elle ne serait tenue que pour les frais de co-production réellement exposés pour les cinq représentations prévues au **THEATRE)** et non pas pour le coût de la coproduction totale. Comme aucune représentation n'aurait eu lieu à **(…)**, elle n'aurait pas à supporter le coût des cinq représentations qui n'auraient pas eu lieu. Le détail de la coproduction aurait toujours été refusé au courant des négociations.
Si l'intimée avait trouvé un autre endroit pour monter le spectacle vers l'époque prévue à **(...)** son préjudice serait purement hypothétique et ne serait pas indemnisable. Elle demande sur le fondement de l'article 284 et ss du NCPC la communication du plan de la tournée et la preuve que l'intimée a limité son préjudice en essayant de remplacer les représentations projetées à **(…)**. D'autres villes auraient été intéressées à accueillir le spectacle puisque la tournée s'est poursuivie en 2003. L'appelant demande également la communication des contrats conclus avec les techniciens et les comédiens.
L'intimée resterait en défaut de justifier ses frais sur base de pièces. Les pièces produites seraient lacunaires. Aucun décompte n'aurait été versé. L'estimation faite par les juges de première instance ne serait pas réaliste. Elle produit un relevé des frais pour un spectacle semblable qui aurait été de 85.000 € de sorte que le bénéfice escompté aurait été pratiquement nul.

L'appelante reprend ensuite sa demande reconventionnelle en faisant valoir qu'elle serait co-producteur et qu'une part du bénéfice lui reviendrait. Elle évalue le montant lui redû à la somme de 34.301,03 €. Le bénéfice tiré des représentations à **(...)** serait également à partager.

L'intimée conclut à la confirmation de la décision entreprise. Elle qualifie de nouvelle la « demande » de l'appelante consistant à dire que la **FONDATION)** serait à débouter de sa demande. Le jugement du 24 janvier 2002, coulé en force de chosée jugée, aurait fixé les principes selon lesquels le préjudice devrait être évalué et aucune juridiction ne pourrait plus y revenir. Le préjudice brut aurait été arrêté à la somme de 121.959,21 €. Les frais à charge de l'intimée se dégageraient des articles II et III du contrat de cession entre le **CENTRE)** et le **FONDATION)** de sorte que quelques frais bien déterminés devraient seulement rester à charge de l'intimée.

Il appartiendrait d'autre part à l'appelante de prouver qu'elle aurait eu la possibilité raisonnable de minimiser son dommage. Elle même n'aurait aucune preuve à rapporter. La demande en production de pièces ne serait pas un mode de preuve. Les frais retenus à sa charge correspondraient à ceux effectivement engagés lors des 5 représentations à **(...)** de sorte que l'évaluation faite par les premiers juges serait équitable.

La demande reconventionnelle aurait été rejetée à raison par les premiers juges. Il n'existerait aucun contrat entre parties. Le montant réclamé serait contesté ce d'autant plus que l'appelante nierait dans le cadre sa contestation de la demande de l'intimée tout bénéfice quelconque.

L'appelante conclut à la recevabilité de ses conclusions qui ne seraient que la défense à la demande adverse et n'engloberaient pas de demande nouvelle.

Dans ses conclusions du 30 mars 2005, l'intimée soulève la nullité de l'appel dès lors que l'appelante indiquerait une adresse différente dans ses dernières conclusions. Pour ce qui est du fond, elle revient sur l'autorité de chose jugée qui serait attachée au jugement du 24 janvier 2002. Une partie des frais serait restée à charge de l'appelante. Les premiers juges auraient à bon escient évalué les frais par apport à ceux engagés à **(...)** deux semaines avant que le spectacle devait être joué à **(...)**, le nombre des représentations ayant été le même. L'appelante invoquerait à tort les frais engendrés par le spectacle de **A)**, les deux représentations n'étant pas comparables.

Selon l'appelante, l'intimée n'aurait pas été induite en erreur par sa méprise des adresses et aurait conclu au fond. L'autorité de la chose jugée serait invoquée à tort. Le préjudice ne serait pas à déterminer sur base d'un contrat ou des négociations dès lors qu'aucun contrat n'a été signé et que les négociations n'ont pas abouti. Le préjudice brut invoqué de 121 959,21 € serait documenté par aucune pièce. Ce préjudice brut serait tout au plus de la moitié.

Tout préjudice pour être réparable, devrait être certain. Il ne saurait être hypothétique, ni éventuel. Un raisonnement par analogie aux représentations de **(...)** serait contestable. Les négociations, si elles avaient abouti, auraient inclus tous les frais dans le prix qui serait devenu forfaitaire. L'intimée aurait frauduleusement omis de verser la preuve de ses frais réels et effectifs ceci dans le but d'augmenter ses dommages-intérêts. Les représentations théâtrales ne produiraient pas des bénéficies plantureux. En comparaison avec d'autres productions au **(...)**, le manque à gagner pour l'intimée aurait été nul, voire déficitaire. La partie intimée serait hautement subventionnée, ce qui démontrerait qu'elle ne pourrait percevoir pour cinq représentations un bénéfice net de 91.000 €.

Aux termes de l'article 264 NCPC toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte si elle n'est proposée avant toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence. L'intimée ayant conclu au fond avant de soulever la nullité de l'appel tirée d'une adresse incorrecte, son moyen tiré de la nullité de l'exploit est à rejeter.

Les parties sont en désaccord sur la portée du jugement du 24 janvier 2002 et sur l'arrêt confirmatif du 11 juin 2003, l'intimée arguant que le principe même de la détermination des dommages-intérêts serait définitivement arrêté et l'appelant soutenant qu'aucune autorité de chose jugée ne s'attacherait à la motivation afférente des décisions en cause.

Le jugement du 24 janvier 2002, après avoir arrêté les montants réclamés et dit que le contrat de cession du 25 février 2002 entre le **CENTRE)** (**CENTRE)**) et le **FONDATION)** ne permettrait pas de déterminer le dommage subi du fait du retrait du **THEATRE)**, mais qu'il y aurait lieu de déduire de l'apport du **THEATRE)** les frais que les représentations auraient engendrés, avait, dans le dispositif du jugement, déclaré la demande non fondée sur la base contractuelle, déclaré la demande fondée en principe sur la base délictuelle et avait, avant tout autre progrès en cause, ordonné à l'actuelle intimée de verser un décompte des frais qui auraient été engendrés par les représentations du spectacle « **SPECTACLE)** » à **(…)**.

Les appels principal et reconventionnel ont porté sur les principes et le bien-fondé des responsabilités contractuelle et délictuelle.

L'autorité de chose jugée ne s'attache qu'à la décision, non aux motifs seuls de sorte que ce qui est déclaré dans les considérants sans faire l'objet d'une décision spéciale n'empêche pas une demande ultérieure sur ce point, même si la question exprimée dans les motifs implique un préjugé sur le fond (E. DALLOZ, vo chose jugée n° 74). Ainsi il a été jugé que viole l'article 1351 du code civil la Cour d'appel qui, pour reconnaître l'autorité de la chose jugée à de simples motifs, retient que les motifs d'un précédent jugement devenu définitif étaient intrinsèquement inséparables de son dispositif (ibidem n° 75).

L'évaluation judiciaire des dommages-intérêts se fait selon le principe essentiel de la réparation intégrale sans perte ni profit pour la victime. Ce principe soumet le juge à un double devoir : il lui faut réparer le dommage, mais seulement le dommage. Les dommages-intérêts doivent couvrir tous les aspects du préjudice. Pour respecter cet impératif, le juge se fonde sur les preuves à rapporter par les parties. Le demandeur en indemnisation ne doit pas seulement rapporter la preuve de son préjudice, il doit aussi établir son importance. La réparation ne doit, en effet, pas excéder le montant du préjudice, mais doit, par contre, comprendre, en principe, la perte subie et le gain manqué. (Chartier, La réparation du préjudice, éd. 1983, n° 122). La perte éprouvée consiste en l'appauvrissement injustifié de la victime, le gain manqué est le bénéfice net que le créancier de la réparation n'a pas réalisé. N'est toutefois indemnisable que le préjudice certain à l'exception d'un dommage éventuel ou hypothétique. Dans tous les cas, les dommages-intérêts ne peuvent être supérieurs au montant total de la perte éprouvée et du gain manqué. Si le droit à indemnisation naît le jour de la réalisation du dommage, le dommage peut évoluer entre cette date et celle de sa réparation. Le juge devra tenir compte de ces deux éléments.

Pour déterminer le quantum de l'indemnisation la Cour d'appel n'entend pas se baser sur le contrat qui devait être conclu entre parties, ce contrat n'ayant jamais été concrétisé dès lors qu'il n'y avait accord ni sur le lieu des représentations, ni sur le coût final.

Le contrat de cession entre le **CENTRE)** et le **FONDATION)**, signé le 25 février 2000 à un moment où les négociations entre parties étaient toujours en cours, mais ne s'étaient pas concrétisées, prévoyaient 5 représentations au **THEATRE)** entre le 27 juin et le 1er juillet 2000. En contre partie de la cession l'actuelle intimée s'était engagée à verser 400.000 FF pour la part de coproduction et 2.600.000 FF pour la part de cession proprement dite. Abstraction faite de toutes considérations relatives à l'imprudence avec laquelle l'intimée a apprécié, comme étant d'ores et déjà acquis, un accord définitif à **(...)** à un moment où les négociations perduraient toujours mais étaient loin d'avoir abouti, les représentations à **(...)** auraient comporté un investissement de 100.000 FF pour la coproduction (si l'on calcule la coproduction au prorata des lieux de représentations) et de 371.429 FF pour les 5 représentations, soit en total 471.429 FF, sinon de 3.000.000 :35 x 5 = 428.572 FF, si le coût total est répercuté sur les différentes représentations.

Or, ce contrat auquel l'appelante n'a pas été partie ne lui est pas opposable. Il considère comme définitif l'accord avec le **THEATRE)**, l'intimée ayant signé qu'elle se serait assurée de la disposition du théâtre, ce qui n'était manifestement pas le cas, les négociations ayant échoué en partie pour cette raison. La Cour d'appel est, en conséquence, d'avis que l'intimée qui au demeurant n'a pas établi avoir effectivement versé les fonds en question, malgré contestation formelle de l'appelant, ne pourra pas réclamer le remboursement intégral de cet investissement, si cet investissement a effectivement été fait.

Le gain manqué est, en principe, synonyme de bénéfice net que le créancier de la réparation n'a pas réalisé. En cas de rupture fautive de pourparlers il

appartient au juge de décider, en fonction des circonstances concrètes de l'espèce, si la perspective de gain mérite au moins partiellement d'être prise en considération pour évaluer l'indemnité qui compense une perte de chance. (Cass. 1e civ. 15.11.1994, B.C. 1994, 1, n° 334 ; G. Viney, Introduction à la responsabilité, 2e éd. N° 198 ; J.Mestre R.T.D.C. 1993, p. 343).

L'indemnisation de la perte d'une chance présuppose toutefois l'existence d'une chance et il appartient à la victime de soumettre des éléments de nature à faire conclure à une telle existence.

L'intimée, sans préciser autrement sa demande, limite ses conclusions à la question de l'évaluation des frais qui auraient été engagés par le **FONDATION)** en cas de représentation du « **SPECTACLE)** » à **(...)**. Partant du principe qu'il y a autorité de chose jugée, elle se borne à invoquer les frais qu'elle soutient avoir pu être les siens pour les déduire du contrat non réalisé de 800.000 FF et conclure à la confirmation de la décision entreprise.

Or, la façon de voir de l'intimée ne répond pas aux principes dégagés ci-avant et relatifs à la réparation intégrale du préjudice. Eu égard aux frais avancés, énergiquement contestés par l'appelante, la Cour d'appel devra exiger la preuve concrète du dommage subi, dès lors qu'une indemnisation équitable ne pourra pas se faire en fonction de frais qu'il est loisible à la victime de produire ou non. Comme il appartient à la victime de prouver non pas ses frais, mais son préjudice effectif et réel, la Cour d'appel lui enjoint de produire en cause les pièces précisées au dispositif.

P a r c e s m o t i f s :

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement entre parties, sur rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel en la forme ;

avant tout autre progrès en cause :

donne injonction à l'intimée de produire en cause les pièces suivantes :

- le virement bancaire établissant le paiement intégral du contrat de concession,
- le plan de la tournée de l'année 2000,
- les prévisions budgétaires pour les représentations envisagées à **(...)** ou dans la ville de remplacement,
- les contrats conclus avec les comédiens et les techniciens,
- le relevé des charges sociales et fiscales liées aux contrats,
- les frais effectivement exposés.

renvoie l'affaire devant le magistrat de la mise en état ;

réserve les frais.

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite audience publique par Marie-Paule ENGEL, présidente de chambre, en présence de Patrick KELLER, greffier.