Arrêt commercial

Audience publique du cinq avril deux mille.

Numéro 19848 du rôle.

Composition :

Andrée WANTZ, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, conseillère;
Martine SOLOVIEFF, avocat général;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société anonyme P.), *établie et ayant son siège social à B- (…), inscrite au registre de commerce de Tournai sous le numéro 45552, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick HOSS de Luxembourg du 27 septembre 1996,*

comparant par Maître Jean-Paul NOESEN, avocat à Luxembourg ;

e t :

D.), *commerçante, demeurant à L-2152 Luxembourg, (…), faisant le commerce sous la dénomination X.), établie à Luxembourg, (…),*

intimée *aux fins du prédit exploit HOSS,*

comparant par Maître Jean-Marie BAULER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Saisi le 29 janvier 1991 par la société **P.)** S.A., société de droit belge avec siège social en Belgique, d'une demande dirigée contre **D.)** tendant à la résiliation - pour non-observation de la clause d'approvisionnement exclusif en produits de la marque X.)- du contrat de franchise entre parties conclu pour 5 ans et tacitement renouvelable, à la condamnation à des dommages-intérêts de 5.000.000.- francs et au paiement d'une indemnité de procédure, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, a déclaré résilié le contrat entre parties du 1er avril 1982 et son avenant du 24 octobre 1989, a débouté la société **P.)** S.A. de sa demande en dommages-intérêts, a partant déclaré la demande de la société **P.)** S.A. partiellement fondée, a déclaré non fondée la demande reconventionnelle de **D.)** en paiement de ristournes et en dommages-intérêts, a condamné **D.)** au paiement d'une indemnité de procédure de 30.000.- francs et au paiement des frais et dépens de l'instance.

Pour décider comme il l'a fait, le tribunal :

- a dit que la franchise peut se définir comme un contrat en vertu duquel une personne, le franchiseur, concède à une autre, le franchisé, commerçant ou entreprise autonome, l'usage de sa marque et de son enseigne, ainsi que son assistance et son expérience, à tout moment et dans tous les domaines, pour en faire, dans l'intérêt des deux parties, la meilleure utilisation ; en contrepartie de quoi, le franchisé s'engage, outre le versement de certaines prestations financières, à assurer l'exploitation de son commerce dans le respect des normes et directives, dictées par le franchiseur ;
- a admis qu'il résulte des termes du contrat signé entre parties le 1er avril 1982 et en particulier des articles 3, 5, 7, 8, 10 et 11 qu'on se trouve bien en présence d'un contrat de franchise ;
- a admis sur base de différents indices que le contrat du 1er avril 1982, visant le magasin situé 22, rue Philippe II, a été tacitement étendu à l'autre magasin de **D.)** situé 12, rue Philippe II ;
- a admis, en ce qui concerne la nullité du contrat invoqué par **D.)** qu'il n'y avait ni indétermination du prix, ni indétermination de la quantité au sens des articles 1129 et 1591 du Code civil ;
- a encore admis, en ce qui concerne l'autre moyen de nullité du contrat invoqué par **D.)** et basé sur l'article 85 du Traité CEE que le contrat entre parties n'était pas susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres de la CEE, que le droit communautaire ne s'applique partant pas et qu'il n'y donc pas eu violation des dispositions de celui-ci ;
- a constaté, sur base de trois constats d'huissier du 17 janvier, 8 février et 25 avril 1990, ces deux derniers confirmant les constatations du premier constat, qu'il y avait eu violation de la clause d'approvisionnement exclusif par la vente de produits autres que ceux de la marque X.)dans le magasin situé au n° 12 et que la résiliation était partant justifiée ;
- a retenu, en ce qui concerne les dommages-intérêts, que la société **P.)** S.A. n'a pas justifié d'une atteinte à son image de marque et d'un manque à gagner, ayant elle-même ouvert, courant 1990, un magasin pour produits de la marque X.);
- a dit, en ce qui concerne les ristournes demandées par **D.)**, qu'elle n'a pas droit à celles-ci dès lors que le contrat dispose que le franchisé perd le droit aux ristournes en cas de rupture de la convention à la suite du non-respect de l'une ou de l'autre clause de celle-ci ;
- a finalement dit que le dommage allégué par **D.)** n'est pas établi.

Par exploit d'huissier du 27 septembre 1996, la société **P.)** S.A. a relevé appel du jugement du 22 décembre 1996 et demande à la Cour de déclarer, par réformation du jugement entrepris, fondée sa demande en dommages-intérêts portant sur un montant de 5.000.000.- francs.

D.) a relevé appel incident et conclut à l'allocation des ristournes et des dommages-intérêts lui refusés en première instance. Elle conclut en outre à être déchargée de l'indemnité de procédure et à la condamnation de la partie adverse aux frais et dépens de l'instance.

Les appels principal et incident sont recevables pour avoir été introduits dans les formes et délais de la loi.

En ce qui concerne l'appel principal, **D.)** résiste à la demande en faisant valoir que le contrat entre parties n'est pas à qualifier, eu égard aux dispositions du règlement d'exemption n° 4087-88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchises, de contrat de franchise et que dès lors la demande est à abjuger seul le contrat de franchise ayant fait l'objet du contrat judiciaire.

A supposer qu'il s'agisse d'un contrat de franchise, elle conclut de nouveau à la nullité de celui-ci pour indétermination du prix et des quantités au sens des articles 1129 et 1591 du Code civil. Elle conclut encore à la nullité de celui-ci au motif qu'il a un caractère anti-concurrentiel au sens de l'article 85 § 1 du Traité CEE et que les règlements d'exemption 1984/83 de la Commission concernant l'application de l'article 89 § 3 du Traité CEE et 4078-88 ne peuvent jouer.

L'appelante qui demande la confirmation du jugement en ce qui concerne la validité du contrat fait valoir que le litige n'est pas à solutionner au regard du droit communautaire dès lors qu'il n'y a pas affectation des échanges interétatiques. Elle soutient que le contrat est bien un contrat de franchise et que les prix et les quantités sont déterminés.

L'article 85 § 1 du Traité CEE dispose que
« Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'association d'entreprises, et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à
..... »

Les pratiques anticoncurrentielles prévues par le prédit article pourront être soustraites à la prohibition en vertu d'un règlement d'exemption, règlement prévu par l'article 85 § 3 du Traité CEE.

Une pratique anticoncurrentielle qui n'est pas susceptible d'affecter les échanges interétatiques ne relève pas du droit communautaire mais du droit national.

En l'occurrence, la clause d'approvisionnement exclusif du contrat du 1er avril 1982 réduisant la possibilité de débouchées des entreprises concurrentes de la société **P.)** S.A. et réduisant la liberté de choix des clients de **D.)** à un

caractère anticoncurrentiel et est susceptible d'affecter le commerce entre Etats.

Cependant une telle affectation ne tombe sous la prohibition de l'article 85 § 1 du Traité CEE que si elle est sensible.

Les magasins de la rue Philippe II sont des magasins aux dimensions modestes et donc aux chiffres d'affaires modestes.

Au regard des dimensions modestes des magasins de **D.)** et des nombreux magasins concurrents commercialisant les mêmes articles situés dans la Ville de Luxembourg et dans le Grand-Duché, la réduction des possibilités de débouchés des entreprises concurrentes de la société **P.)** S.A. et la réduction de la liberté de choix des clients de **D.)** entraînées par la clause d'approvisionnement exclusif sont donc nécessairement insignifiantes.

L'affectation du commerce entre Etats n'est donc certainement pas sensible.

Il s'ensuit que la clause d'approvisionnement exclusif ne relève pas du droit communautaire.

Le litige étant donc à solutionner sur base du droit luxembourgeois, il n'y a pas lieu, pour savoir si le contrat est un contrat de franchise, d'examiner si celui-ci correspond à la définition rigoureuse du contrat de franchise donnée par le règlement d'exemption 4078-88, règlement qui permet sous certaines conditions, aux contrats de franchise, obéissant à sa définition, conclus entre deux entreprises, d'échapper aux prohibitions anticoncurrentielles.

C'est à juste titre que les premiers juges se sont référés, en l'absence de définition légale en droit luxembourgeois, à la définition proposée par la doctrine, pour dire que le contrat est un contrat de franchise.

La Cour fait à cet égard sienne la motivation des premiers juges.

Les articles 1129 et 1592 du Code civil ne peuvent avoir d'incidence sur la validité du contrat du 1er avril 1982, celui-ci s'analysant en un contrat cadre et l'observation des dispositions des prédits articles ne s'imposant que lors de la passation des sous-contrats de vente.

La résiliation prononcée par les premiers juges, prenant effet à compter de la date des faits la justifiant - à savoir la date du 1er constat d'huissier du 17 janvier 1990, il y a lieu d'examiner si pendant la période s'échelonnant du 17 janvier 1990 jusqu'à la date d'échéance du contrat de franchise, à savoir – en raison de la reconduction tacite – le 31 mars 1992, la société **P.)** S.A. a subi un préjudice.

En ce qui concerne le refus des premiers juges de lui allouer des dommages-intérêts en raison d'un manque à gagner, la société **P.)** S.A. les critique pour n'avoir pas tenu compte du fait que son magasin de Luxembourg-Gare ne peut compenser la perte de points de vente dans la rue Philippe II, rue marchande qui à l'inverse du quartier de la Gare a une « clientèle citadine au goût raffiné ».

Elle critique encore les premiers juges pour avoir admis que son magasin a été ouvert en 1990 alors qu'il a été en réalité ouvert début 1991.

Pour établir son préjudice elle offre de prouver par expertise :
« a) Les efforts initiaux fournis par la partie concluante pour la création du pas de porte, dont la partie adverse a profité ensuite pour l'exploiter avec des produits concurrents. Cela se traduisant en débours et temps consacrés par **P.)** à
- la recherche emplacement et étude de marché préalable
- la formation de Madame **D.)**
- la mise en place du magasin
- l'aide sur place lors des premiers jours d'ouverture

b) La perte de gain consistant dans le bénéfice que **P.)** aurait pu faire si le contrat était arrivé à terme, sur base du chiffre d'affaires à réaliser, compte tenu de la nature de l'emplacement, de la conjoncture sectorielle et par extrapolation du chiffre d'affaires réalisé pendant la durée des relations contractuelles, sinon jusqu'à octobre 1991. »

D.) conteste que la magasin de la société **P.)** S.A. ait été ouvert en 1991.

La société **P.)** S.A. entend déduire la preuve de l'ouverture de son magasin en 1991 d'un constat d'huissier que **D.)** a fait dresser en date du 25 septembre 1991 et du fait que l'avocat de **D.)** a dans une note de plaidoiries de première instance fixé l'ouverture du magasin en 1991.

Les éléments de preuve avancés par la société **P.)** S.A. ne sont pas convaincants.

D'un côté, il n'est pas à exclure que la déclaration de l'avocat repose sur une erreur, la date de 1990 ayant été aussi avancée par l'avocat dans la même note de plaidoiries.

D'un autre côté, le constat d'huissier fait état de produits vendus dans la magasin mais ne dit rien au sujet de la date d'ouverture.

A défaut de la preuve – preuve qui incombe à la société **P.)** S.A. en tant que demanderesse en dommages-intérêts – de la date d'ouverture de son magasin, de la cessation de la vente de produits de la marque X.) dans les magasins de **D.)** à la date d'effet de la résiliation et de la moindre attractivité pour une clientèle, essentiellement mue par la volonté d'acquérir des produits d'une marque déterminée, d'un magasin situé à peu de distance, le manque à gagner de la société **P.)** S.A. n'est pas établi.

L'offre de preuve par expertise de la société **P.)** S.A. est à déclarer irrecevable pour n'être pas pertinente, le point a) ayant trait à des dépenses nécessaires, antérieures à la résiliation et non remboursables par le bénéficiaire dès l'écoulement de la première période du contrat de franchise et le point b) n'incluant pas les éléments précités déterminateurs d'un manque à gagner.

Il suit de ce qui précède que les premiers juges ont à juste titre admis qu'il n'y avait pas lieu à allocation de dommages-intérêts en raison d'un manque à gagner.

C'est également à juste titre qu'ils ont admis que l'atteinte à l'image de la société **P.)** S.A. n'est pas établie.

L'appel principal n'est par conséquent pas fondé.

L'appel incident de **D.)** est par adoption des motifs des premiers juges à déclarer non fondé dans la mesure où il a trait aux ristournes et aux dommages-intérêts en raison de prétendues négligences de la société **P.)** S.A. dans l'exécution du contrat.

Il est aussi à déclarer non fondé dans la mesure où le jugement entrepris a alloué à la société **P.)** S.A. une indemnité de procédure étant donné qu'il paraît inéquitable de laisser à charge de la société **P.)** S.A., qui a été partiellement amenée à agir en justice en raison d'un manquement de la partie adverse à une obligation contractuelle, les frais irrépétibles de première instance.

L'appel incident est par contre fondé dans la mesure où il a trait aux frais et dépens de première instance.

En raison de la succombance de la société **P.)** S.A. sur le volet le plus important de sa demande, il paraît indiqué de faire masse des frais et dépens de première instance et de les mettre pour moitié à charge de chacune des parties au litige.

D.) est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure en instance d'appel étant donné qu'elle n'a pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge les frais irrépétibles.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, le représentant du Ministère public entendu en ses conclusions,

déclare les appels principal et incident recevables ;

déclare irrecevable l'offre de preuve par expertise de la société **P.)** S.A. ;

déclare l'appel principal non fondé ;

déclare l'appel incident partiellement fondé ;

réformant :

fait masse des frais et dépens de première instance et les met pour moitié à charge de la société **P.)** S.A. et pour moitié à charge de **D.)** ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus ;

déboute **D.)** de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel, les met pour moitié à charge de la société **P.)** S.A. et pour moitié à charge de **D.)** et en ordonne la distraction au profit de Maître Jean-Paul NOESEN et de Maître Jean-Marie BAULER, avocats à la Cour qui la demandent, affirmant avoir fait l'avance des frais et dépens.