Arrêt commercial

Audience publique du quatorze juillet deux mille dix.

Numéro 32313 du rôle.

Composition :

Carlo HEYARD, premier conseiller-président;
Annette GANTREL, première conseillère;
Pierre CALMES, conseiller;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société de droit allemand AAA en liquidation, *établie et ayant son siège social à UUU, inscrite au Handelsregister de l'Amtsgericht Köln sous le numéro ……, représentée par son liquidateur actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 16 février 2007,*

comparant par Maître François TURK, avocat à Luxembourg ;

e t :

1) la société à responsabilité limitée BBB s.à r.l., *établie et ayant son siège social à VVV, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……, représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du susdit exploit THILL,*

comparant par Maître Pierre ELVINGER, avocat à Luxembourg ;

2) la société de droit allemand CCC, *établie et ayant son siège social à WWW, inscrite au Handelsregister de l'Amtsgericht Köln sous le numéro ……., représentée par ses gérants actuellement en fonctions, subsidiairement représentée par tous ses gérants actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du susdit exploit THILL,*

comparant par Maître François REINARD, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

En date des 17 et 31 mars 2003 un contrat intitulé *« Agentur-Vertrag »* a été signé par la société DDD s.à r.l., société de droit luxembourgeois établie au Luxembourg, actuellement la société BBB s.à r.l. et par les sociétés AAA, CCC et EEE, sociétés de droit allemand avec siège social en Allemagne.

Le préambule de ce contrat est rédigé en les termes suivants :

BBB beabsichtigt, die in Anlage A angeführten Produkte (« Vertragsprodukte »), d.h. Schutzanzüge der Marken GGG , HHH, und III sowie entsprechende Zubehörteile direkt an einschlägige Handelsgesellschaften und Endkunden zu vertreiben. Zu diesem Zwecke wird BBB innerhalb des in Artikel 1 definierten geographischen Gebietes („Agenturgebiet") auf bestimmte Dienstleistungen der Firma AAA zurückgreifen.

AAA wurde als Tochterfirma zu je 50 % der Firmen CCC AG und EEE mit dem ausschiesslichen Ziel gegründet, als unabhängige Gesellschaft den Verkauf der Vertragsprodukte im Agenturgebiet zu fördern und Service-Dienstleistungen für den Vertrieb, das Bestell-, Rechnungs- und Mahnwesen sowie die Lagerhaltung zu erbringen und in diesem Sinne als Agentur im Auftrag, im Namen und für Rechnung von BBB tätig zu werden.

CCC und EEE erklären sich bereit, AAA alle personellen, materiellen und logistischen Mittel zur Verfügung zu stellen, die zur Erbringung der in dem vorliegenden Vertrag näher bezeichneten Verkaufsfördermassnahmen und Dienstleistungen erforderlich sind. Insbesondere werden CCC und EEE den Vertragspartnern BBB und AAA alle auf die Vetragsprodukte bezogenen Kundendateien offenlegen bzw. zur Verfügung stellen. Allen Bestimmungen, die sich aus dem vorliegenden Vertrag für AAA ergeben, sind ihrerseits auch CCC und EEE sowie deren Mitarbeiter grundsätzlich verpflichtet.

Les relations entre les sociétés BBB et AAA sont définies dans 8 articles. Ainsi il est dit à

Artikel 1 – Agenturgebiet

Das Agenturgebiet erstreckt sich auf die Länder Deutschland, Österreich, Schweiz, Niederlande, Dänemark, Norwegen, Schweden und Finnland.

Artikel 2 – Dienstleistungen

2.1 Marktbearbeitung und Verkaufsförderung

2.1.1 BBB beauftragt AAA innerhalb des Agenturgebietes den Verkauf der Vertragsprodukte zu fördern …..

2.1.2 AAA nimmt den Auftrag an …..

2.1.3 Die Parteien sind sich einig, dass AAA als unabhängiger Dienstleister mit BBB zusammenarbeitet …..

2.1.11 AAA wird BBB über ihr bekannt gewordene Verletzungen von Patenten, Marken- oder sonstigen Schutzrechten unterrichten und auf verwechslungsfähige Zeichen sowie auf Verstösse gegen Wettbewerbsgrundsätze hinweisen.

2.1.14 AAA wird im Namen und im Auftrag von BBB die fristgerechte Abwicklung des Bestellwesens und der Rechnungslegung für die Vertragsprodukte im Agenturgebiet übernehmen. AAA wird insbesondere im Auftrag von BBB Bestellungen von Vertragsprodukten von Kundenseite entgegennehmen. Die entsprechenden Auftragsbestätigungen werden dem Kunden durch BBB vor Auslieferung der Ware zugestellt.

Artikel 5 – Laufzeit und Kündigungsfrist

5.1 Dieser Vertrag tritt zum 1.April 2003 in Kraft und läuft zunächst fest bis zum 31.März 2005 …..

5.2 Im Falle einer vorzeitigen Vertragsauflösung durch BBB, ungeachtet der in Artikel 5.1 genannten Termine, erhält AAA einen finanziellen Ausgleich. Dieser Ausgleich errechnet sich auf Grundlage der verbleibenden Laufzeit des Vertrages unter Berücksichtigung der Kündigungsfristen multipliziert mit der unter 4.2 erwähnten Durchschnittsprovision der letzten zwölf Monaten.

5.3 BBB oder AAA sind zur fristlosen Kündigung berechtigt,

- wenn der andere Vertragspartner gegen eine ihm obliegende Verpflichtung in grober Weise verstösst …

5.4 BBB ist ferner zur fristlosen Kündigung des Vertrags berechtigt,

- wenn sich die Beteiligungsverhältnisse an AAA oder an CCC oder an EEE wesentlich ändern oder Änderungen in der Zusammensetzung der Geschäftsführung oder des Gesellschaftsvertrages mit der Wirkung eintreten, dass die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unter den veränderten Umständen nicht mehr den Interessen BBB'S entsprechen würde;

- wenn AAA durch grobes Verschulden nicht mindestens 85 % der jährlich festgesetzten Verkaufszielsetzungen erreicht ;

- wenn EEE und/oder CCC nicht die erforderlichen personellen, materiellen und/oder logistischen Mittel zur Verfügung stellt, damit AAA die gegenüber BBB zugesagten Dienstleistungen erbringen kann.

Le 27 septembre 2004, la société BBB a fait parvenir aux sociétés CCC, AAA et EEE une „Kuriersendung“ de la teneur suivante:

« Fristlose Kündigung des Agentur-Vertrages vom 31.März 2003 zwischen DDD s.à r.l. (nunmehr: BBB s.à r.l. und AAA (AAA“), CCC AG sowie EEE (« EEE »)

Sehr geehrte Herren,

die BBB s.à r.l. als Rechtsnachfolgerin der DDD s.à r.l. kündigt hiermit den oben genannten Agentur-Vertrag fristlos mit sofortiger Wirkung, hilfsweise fristgemäss mit Wirkung zum 31.März 2005.

CCC AG hat wiederholt gegen die ihr obliegenden vertraglichen Pflichten in grober Weise verstossen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf den Sach- und Streitstand des vor dem Landgericht Köln anhängigen Verfahrens auf Erlass einer Einstweiligen Verfügung, Aktenzeichen 81 0 124/04, sowie auf den vorausgegangenen Schriftwechsel verwiesen. Weiterhin hat CCC AG in grossem Umfang Produkte, die Vertragsbestandteil gemäss Anlage A des Agentur-Vertrages sind, auf eigenem Namen und auf eigene Rechnung, u.a. an Kunden in Norwegen und Finnland verkauft und damit in grober Weise gegen die vertraglichen Verpflichtungen verstossen.

Obwohl AAA und EEE aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen und personellen Bindungen zur CCC AG Kenntnis von den obengenannten Vertragsverstössen hatten, haben sie dieses Handeln nicht unterbunden. Darüber hinaus ist AAA seiner vertraglichen Verpflichtung aus Artikel 2.1.11 des Agentur-Vertrages nicht nachgekommen, BBB auf Verstösse gegen Wettbewerbsgrundsätze hinzuweisen.

Sie werden aufgefordert, gemäss Artikel 5.5 des Agentur-Vertrages unverzüglich alle überlassenen technischen Handbücher, Muster und sonstiges im Eigentum von BBB stehendes Material sowie alle hiervon möglicherweise angefertigten Kopien zurückzugeben. Ferner werden Sie aufgefordert, in Abstimmung mit uns unverzüglich eine Bestandaufnahme der vorhandenen Vertragsprodukte in Ihren Lagerräumen vorzunehmen und uns die Möglichkeit einzuräumen, den Lagerbestand unverzüglich abzuholen. »

Disant n’avoir pas gravement manqué à ses obligations, la société AAA, actuellement en liquidation, a par exploit d’huissier du 8 juin 2005 assigné la société BBB du chef de rupture abusive du contrat d’agence commerciale devant le tribunal d’arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour l’y entendre condamner à lui payer un montant de 3.552.916,91 € avec les intérêts légaux à partir du 28 avril 2005, date d’une mise en demeure, sinon à partir de la date de la demande en justice.

Par exploit d’huissier du 22 décembre 2005, la société BBB a mis en intervention la société CCC pour faire retenir sa responsabilité et pour la tenir quitte et indemne de toute condamnation éventuelle pouvant intervenir au profit de la société AAA.

Par jugement du 30 juin 2006, le tribunal a déclaré la demande de la société AAA introduite le 8 juin 2005 non fondée.

Pour ce faire, le tribunal a dit :

- qu'il ne saurait être reproché à la société BBB d'avoir trop tardé à résilier le contrat d'agence ;
- qu'en ce qui concerne la question des parties au contrat d'agence, il faut relever que les termes du troisième alinéa in fine du préambule de la convention empêchent de considérer les sociétés CCC et EEE comme tierces non autrement liées par la convention ;
- qu'il faut déduire de la détention par chacune de ces deux sociétés de 50 % des parts sociales de la société AAA, constituée en vue du contrat d'agence conclu avec la société BBB, que la société AAA doit répondre des agissements contraires au contrat émanant de la société CCC et ce tant en vertu du préambule qu'en vertu de l'article 2.1.11 du contrat d'agence ;
- que la société AAA n'était pas en droit de laisser la société CCC commercialiser en son nom le produit JJJ (à savoir, un vêtement de protection en polypropylène) couvert par le contrat d'agence commerciale signé par les parties AAA et CCC ;
- que la société AAA n'était pas non plus en droit de laisser la société CCC vendre en son propre nom à un client norvégien et à un client finlandais des produits relevant du contrat d'agence commerciale ;
- que c'est à bon droit que la société BBB a, sur base de l'article 5.3. du contrat d'agence commerciale, résilié avec effet immédiat pour motifs graves le contrat d'agence commerciale.

Le tribunal, a déclaré non fondée la demande subsidiaire de la société AAA portant sur un montant de 1.215.842,49 €, basée sur l'article 5.2. du contrat, au motif que cet article n'est pas susceptible de permettre à la société AAA de percevoir une indemnisation pour résiliation anticipée en raison d'un motif grave.

Il a déclaré non fondée la demande reconventionnelle en dommages-intérêts de 1.215.842,49 € formulée par la société BBB sur base de l'article 23 (2) de la loi luxembourgeoise du 3 juin 1994 portant organisation des relations entre agents commerciaux indépendants et leurs commettants.

Il a déclaré sans objet la demande en garantie de la société BBB contre la société CCC et a laissé les frais de cette demande à charge de la société BBB.

Il a débouté les sociétés AAA et BBB de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure et a condamné la société AAA aux frais et dépens de l'instance dirigée contre la société BBB.

Par exploit d'huissier du 16 février 2007, la société AAA a relevé appel du jugement du 30 juin 2006 et demande, au motif qu'il n'y a pas

eu de manquement grave à ses obligations, à la Cour de dire que la résiliation de la société BBB du 27 septembre 2004 n'est pas justifiée.

L'appelante demande que lui soit alloué le montant de 3.552.916,91 € avec les intérêts légaux à partir du 28 avril 2005, sinon à partir de la demande en justice.

Pour le cas où la résiliation serait reconnue justifiée, elle demande, dans un ordre subsidiaire, sur base de l'article 5.2. du contrat d'agence commerciale que le montant de 1.215.842,49 €, avec les intérêts légaux à partir du 28 avril 2005, sinon à partir de la demande en justice, lui soit alloué.

L'appel est recevable pour avoir été introduit dans les formes et délai de la loi.

La société BBB demande en ordre principal la confirmation du jugement.

La société AAA critique tout d'abord les premiers juges pour avoir admis que la société CCC est partie au contrat d'agence commerciale et qu'un manquement de la société CCC à ses obligations peut justifier la résiliation du contrat vis-à-vis d'elle.

La société AAA explique dans ce contexte que par la signature mise sur le contrat intitulé « Agentur-Vertrag » la société CCC s'est seulement engagée à faire en sorte que la société AAA respecte ses engagements contractés dans le cadre du contrat d'agence commerciale la liant à la société BBB.

Elle dit que seules les sociétés AAA et BBB, parties au contrat d'agence commerciale, pourraient en raison d'un manquement grave de la partie cocontractante à ses obligations, résilier le contrat d'agence commerciale avec effet immédiat.

Elle prétend que ce droit de résiliation avec effet immédiat ne pourrait être motivé par des agissements des tierces sociétés CCC ou EEE.

Elle conclut dès lors que même un manquement grave de la société CCC – manquement qu'elle conteste – à ses obligations ne serait pas de nature à justifier la résiliation avec effet immédiat du contrat.

La société BBB réplique que les sociétés CCC et EEE sont parties au contrat d'agence commerciale et qu'elles ne peuvent être considérées comme tierces personnes.

Elle soutient que les sociétés CCC et EEE ne se sont pas engagées à titre subsidiaire ou en tant que garantes, mais qu'elles se sont engagées en tant que codébitrices solidaires de la société AAA. Elle

affirme qu'un manquement grave de la société CCC à ses obligations est à lui seul susceptible de justifier la résiliation avec effet immédiat.

Il résulte des dispositions des articles 2.1.1., 2.1.2., 2.1.3. et 5.3. ainsi que de l'ensemble des dispositions des huit articles du contrat, qui réglementent en détail l'exécution du contrat d'agence commerciale et qui ne se réfèrent qu'aux sociétés BBB et AAA, que le contrat d'agence commerciale proprement dit ne lie que les sociétés BBB et AAA.

En vue de faciliter et d'assurer l'exécution de ce contrat, les sociétés CCC et EEE se sont contractuellement et parallèlement engagées vis-à-vis des sociétés. AAA et BBB de mettre à la disposition de la société AAA l'infrastructure nécessaire, notamment *« alle auf die Vertragsprodukte bezogenen Kundendateien »*.

La dernière phrase de l'alinéa 3 du préambule *(« Allen Bestimmungen, die sich aus dem vorliegenden Vertrag für AAA ergeben, sind ihrerseits auch CCC und EEE, sowie deren Mitarbeiter grundsätzlich verpflichtet »)* s'explique par la même intention d'assurer et de faciliter l'exécution du contrat d'agence proprement dit. Elle signifie que les sociétés CCC et EEE s'engagent à respecter les engagements souscrits par la société AAA vis-à-vis de la société BBB et à s'abstenir de tous agissements qui pourraient troubler la bonne exécution des engagements de la société AAA. Les sociétés CCC et EEE se sont donc notamment engagées à ne pas distribuer en nom personnel des produits qui devraient être distribués dans le cadre du contrat d'agence commerciale par la société AAA agissant en nom et pour le compte de la société BBB.

Il résulte des développements qui précèdent que les sociétés CCC et EEE ne sont pas parties au contrat d'agence commerciale proprement dit. De la sorte, la société CCC n'est pas codébitrice solidaire de la société AAA et des agissements constituant des manquement graves à des obligations de la part de la société CCC ne sont pas à considérer comme des agissements constituant des manquements graves à des obligations de la part de la société AAA.

Cette interprétation du contrat des 17 et 31 mars 2003 est corroborée par l'article 5.3., invoqué en l'espèce par la société BBB, qui donne un droit de résiliation avec effet immédiat du contrat aux sociétés BBB et AAA *« wenn der andere Vertragspartner gegen eine ihm vorliegende Verpflichtung in grober Weise verstösst. »*

Le contrat n'assimile pas des agissements de la société CCC à des agissements de la société AAA. En ce qui concerne la société CCC, il donne à la société BBB un droit de résiliation avec effet immédiat dans deux hypothèses spéciales, définies à l'article 5.4., à savoir des changements dans la vie sociale de la société CCC et la mise à disposition au bénéfice de la société AAA d'une infrastructure insuffisante de la part de la société CCC.

L'article 5.3., invoqué en ordre principal par la société BBB à propos de la résiliation du 27 septembre 2004, est la traduction en termes conventionnels de la notion de *« manquement grave de l'autre partie à ses obligations »* figurant à l'article 18 (1) de la loi du 3 juin 1994 qui dit que *« Chacune des parties peut, sous réserve de tous dommages et intérêts résilier le contrat sans préavis ou avant l'expiration du terme, lorsque des circonstances exceptionnelles rendent définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre le commettant et l'agent ou en raison d'un manquement grave de l'autre partie à ses obligations. »*

Le manquement de l'article 18 (1) de la loi du 3 juin 1994 doit être fautif.

La résiliation pour manquement grave est un mode exceptionnel de dissolution du contrat. Elle a un effet sanctionnateur : elle prive la partie qui se la voit notifier du bénéfice du préavis et, si c'est l'agent, de l'indemnité d'éviction. Une telle sanction ne se conçoit pas sans une faute qui la justifie.

Le manquement doit être grave.

Le manquement doit être d'une gravité telle que les relations contractuelles ne puissent plus se poursuivre, même temporairement, jusqu'à l'expiration d'un préavis ou l'échéance du terme.

Le manquement rend la collaboration entre parties impossible de manière définitive et quasiment immédiate.

Le texte légal ne précise certes pas expressément que le manquement doit rendre définitivement impossible la collaboration, comme il le fait pour les circonstances exceptionnelles. Cette caractéristique est cependant inhérente à la nature du droit de brusque rupture .

La gravité de la faute ne peut s'accommoder d'une survivance quelque peu prolongée du rapport contractuel.

L'octroi d'un préavis est incompatible avec une résiliation pour manquement grave (cf. Paul Crahay, La rupture des contrats d'agence commerciale, n°s 50, 52, 54 ; T. Steinmann, P. Kessel, J. Bichotte, Le contrat d'agence commerciale en Europe, p. 546)

Il découle de la nature du droit de brusque rupture et des termes *« motif grave, porté sans délai à la connaissance de l'autre partie »* de l'article 23 (1) de la loi du 3 juin 1994 que celui qui veut invoquer une faute grave à l'obligation de résilier le contrat dans un délai très court après avoir pris connaissance du fait qu'il entend invoquer.

Pour apprécier la gravité d'un manquement de l'agent ou du commettant on peut avoir égard à des critères concrets et subjectifs, en particulier la rupture définitive de confiance que l'auteur de la faute a provoquée dans le chef de celui qui met fin au contrat.

Peuvent être prises en considération toutes les circonstances atténuantes ou aggravantes qui entourent les faits eux-mêmes (leur caractère isolé ou habituel, l'existence ou non d'avertissements, la longueur de la relation contractuelle, etc.) ainsi que leurs conséquences (l'existence ou non d'un dommage, la nature ou l'étendue du préjudice, etc.)

(cf. Paul Crahay, op. cit. n°s 56 et 57)

Le manquement grave à des obligations est constitué par des agissements définis dans la lettre de résiliation.

Il résulte des pièces versées, notamment d'une lettre du 7 juillet 2004 de la société BBB à la société CCC et du projet d'*« Unterlassungserklärung »* y annexée, que la société BBB a reproché dans sa lettre de résiliation du 27 septembre 2004 à la société CCC la commercialisation d'un produit « JJJ » sous une présentation similaire à la présentation du produit JJJ de la société BBB, notamment par l'utilisation du code barre de la société BBB, de nature à semer la confusion dans l'esprit du public et de faire croire à celui-ci que le produit JJJ distribué par la société CCC est le produit JJJ de la société BBB.

La société BBB n'a donc pas reproché à la société CCC la commercialisation d'un produit concurrent.

La société BBB a encore reproché à la société CCC d'avoir en nom personnel et pour son compte personnel vendu des produits relevant du contrat d'agence commerciale et qui auraient dû être distribués au nom et pour le compte de la société BBB par la société AAA.

Dans la lettre de résiliation du 27 septembre 2004, la société BBB reproche à la société AAA de n'avoir pas mis fin aux agissements de la société CCC et plus spécifiquement, en ce qui concerne le produit JJJ distribué par la société CCC, de n'avoir pas attiré l'attention de la société BBB sur l'existence d'un signe prêtant à confusion (cf. article 2.1.11 qui dit que *« AAA wird BBB … auf verwechslungsfähige Zeichen hinweisen »*).

La société AAA fait valoir que la résiliation du 27 septembre 2004 est tardive.

La société BBB dit – ce qui n'est pas contesté et ce qui est étayé par la prédite lettre du 7 juillet 2004 – avoir eu connaissance au mois de juin 2004 de la distribution par la société CCC du produit JJJ.

La société BBB avait donc dès le mois de juin 2004 dû avoir connaissance des faits qu'elle reproche à la société AAA dans sa lettre du 27 septembre 2004.

En attendant plusieurs mois avant de résilier le contrat sur base de ces faits, la société BBB, qui aurait dû agir dans un délai très court après avoir pris connaissance de ces faits, a agi tardivement.

Cette résiliation tardive prouve que la société BBB s'est accommodée de ces faits. Cette résiliation tardive s'oppose à ce que ces faits puissent constituer pour la société BBB des manquements graves de la part de la société AAA excluant dans l'immédiat la continuation des rapports contractuels d'agence commerciale avec la société AAA.

Il y a d'ailleurs lieu de remarquer que le contrat des 17 et 31 mars 2003 n'a pas prévu à charge de la société AAA une obligation de mettre fin à des agissements fautifs de la société CCC.

La distribution par la société CCC de produits JJJ dans une présentation pouvant semer la confusion a été peu importante.

Il s'agissait de cinq cents vêtements (cf. pièce n° 22 de la farde de Maître TURK) et la société BBB n'a pas autrement contesté le chiffre de 100 à 200 € auquel la société AAA a évalué le dommage subi par la société BBB suite à la distribution par la société CCC.

Il ressort d'une lettre de la société CCC datée du 12 juillet 2004 et adressée à la société BBB que la société CCC n'a plus distribué le produit JJJ auquel il est reproché de semer la confusion après une lettre de protestations du 7 juillet 2004 de la société BBB.

Dans ces circonstances, en admettant même que la société AAA ait eu une obligation de mettre fin à des agissements fautifs de la société CCC et que la société CCC n'ait pas été en droit – ce que celle-ci conteste – de distribuer les produits JJJ sous la présentation que lui reproche la société BBB, il n'en demeure pas moins qu'il y a lieu de constater à titre superfétatoire qu'une abstention de la société AAA de mettre fin à des agissements de la société CCC et de signaler des *« Verwechslungsfähige Zeichen »* ne saurait être qualifiée de faute grave de nature à justifier la résiliation du contrat d'agence commerciale.

Les ventes opérées par la société CCC en nom personnel et qui suivant la société BBB auraient dû être opérées par la société AAA dans le cadre du contrat d'agence commerciale sont une vente à destination d'une société norvégienne portant, suivant facture du 18 août 2004, sur un montant de 18.200 € et une vente à destination d'une société finlandaise portant, suivant facture du 9 septembre 2004, sur un montant de 2.855,50 €.

Il est plausible et il n'est par ailleurs pas contesté que la société BBB n'a eu connaissance de ces factures qu'au mois de septembre 2004 à un moment où les sociétés finlandaise et norvégienne lui ont demandé la communication de son compte bancaire.

La résiliation du 27 septembre 2004 dans la mesure où elle concerne des ventes à ces deux sociétés n'est par conséquent pas tardive.

Sur base des attestations fournies par KKK et LLL, la Cour considère comme avéré en cause :

- que la société CCC avait un propre dépôt de produits BBB et qu'elle était en droit d'effectuer en son propre nom et pour son propre compte de petites commandes de produits BBB ;
- qu'KKK s'occupait, ce qui était connu et approuvé par BBB, tant des commandes à effectuer par la société CCC en nom personnel pour son compte personnel que des commandes à effectuer par la société AAA pour le compte et au nom de la société BBB ;
- que le fait que les ventes effectuées au profit des sociétés finlandaise et norvégienne, portant – du moins en majeure partie sur des articles relevant du contrat d'agence commerciale – n'aient pas été effectuées au nom et pour le compte de la société BBB est dû à une erreur isolée du gestionnaire KKK qui avait à traiter plusieurs milliers de commandes par an ;
- qu'il aurait été financièrement plus avantageux pour la société CCC d'effectuer au nom et pour le compte de la société BBB les commandes à destination des sociétés finlandaise et norvégienne.

Si, en ce qui concerne la société CCC, il y a eu relativement aux ventes à destination des sociétés norvégienne et finlandaise faute légère par négligence, on ne saurait conclure à partir de cette faute légère de la société CCC à l'existence d'une faute grave dans le chef de la société AAA. En effet, d'un côté, la société AAA n'avait pas d'obligation de mettre fin à des agissements fautifs de la société CCC. D'un autre côté, à supposer qu'elle ait eu une telle obligation, on ne voit pas comment elle se serait prise pour mettre fin à des agissements qui ont procédé d'une erreur et qui se sont consommés instantanément.

Aurait-il eu une possibilité pour la société AAA de mettre fin aux agissements de la société CCC, l'abstention aurait porté sur deux faits isolés, d'une importance financière toute relative pour la société BBB. Une telle abstention ne saurait être qualifiée de faute grave de nature à justifier la résiliation du contrat d'agence.

Il suit des développements qui précèdent que la résiliation avec effet immédiat du 27 septembre 2004 n'est pas justifiée.

En date du 10 mars 2005, la société BBB a résilié une deuxième fois avec effet immédiat pour motif grave le contrat d'agence commerciale et ce au motif de manquants et de différences d'inventaire.

En date du 29 mars 2005, la société BBB a résilié le contrat d'agence commerciale une troisième fois au motif que le MMM a déposé son mandat de gérant de AAA.

Dans un ordre subsidiaire, la société BBB entend justifier la résiliation sur base des motifs invoqués dans ses lettres de résiliation du 10 mars 2005 et du 29 mars 2005.

La résiliation est un acte irrévocable : son auteur ne peut revenir sur sa décision sans l'accord de son cocontractant (cf. Paul Crahay, op. cit. n° 9).

Comme la société AAA fait valoir que la résiliation du 27 septembre 2004 est définitivement acquise, le contrat d'agence commerciale est et reste résilié depuis le 27 septembre 2004.

Des résiliations ultérieures restent sans effet. De la sorte, la société BBB ne peut, pour enlever à sa résiliation non justifiée, partant abusive, du 27 septembre 2004, invoquer des motifs donnés à l'appui de résiliations postérieures au 27 septembre 2004.

La société AAA, victime de la résiliation abusive du 27 septembre 2004, réclame sur base de l'article 24 (1) de la loi du 3 juin 1994 *(« La partie qui est redevable de dommages et intérêts, doit à l'autre partie une somme égale à la rémunération à laquelle celle-ci aurait encore eu droit pendant la période comprise entre la date de rupture et la date d'échéance normale du contrat. Pour l'établissement de cette somme, il est tenu compte des commissions antérieures et de tous autres éléments pertinents. »)* pour la période comprise entre la date de rupture et la date d'échéance normale du contrat, soit la période d'octobre 2004 jusqu'à mars 2005, des dommages-intérêts de 1.220.100,44 €. La société AAA a fondé ses calculs sur les commissions antérieures lui dues d'avril 2004 à septembre 2004 *(Gesamtprovision aus Vermittlungsgeschäften d'un montant de 868.224,07 € + Logistikprovision de 176.826,37 € = 1.045.100,44 €)* et sur les « Sonderprovision(en) für *Marktentwicklungsstartphase* für das vierte Quartal 2004 », soit 87.500 € et *« für das erste Quartal 2005 »*, soit 87.500 €.

L'article 19 de la loi du 3 juin 1994 dispose que

19.(1) Après la cessation du contrat, l'agent commercial a droit à une indemnité d'éviction si et dans la mesure où :

- il a apporté de nouveaux clients au commettant ou développé sensiblement les opérations avec les clients existants et que le commettant a encore des avantages substantiels résultant des opérations avec ses clients et

- le paiement de cette indemnité est équitable, compte tenu de toutes les circonstances, notamment des commissions que l'agent commercial perd et qui résultent des opérations avec ses clients, ainsi que la

restriction de ses activités professionnelles due à l'existence d'une clause de non-concurrence.

(2) le montant de l'indemnité ne peut excéder un chiffre équivalent à une indemnité annuelle calculée à partir de la moyenne annuelle des indemnités touchées par l'agent commercial au cours des cinq dernières années de ses activités dans le cadre du contrat qui le lie au commettant. Si le contrat remonte à moins de cinq ans, l'indemnité annuelle est calculée sur la moyenne de la période du contrat en cause.

La société AAA réclame sur base de cet article 19 une indemnité d'éviction de 2.332.816,47 €.

Elle explique que ce montant a été calculé de la façon suivante :

Provisionen für das erste Agenturjahr (1.4.2003-31.3.2004) : 2.279124,26 €
Provisionen für den 1.4.04-30.09.04: 1.220.100,45 €

Die Jahresentschädigung beträgt somit 3.499.224,70 € x 12/18 = 2.332.816,47

La société BBB conteste les montants lui réclamés à titre de dommages-intérêts. Elle fait valoir que les conditions permettant l'allocation d'une indemnité d'éviction ne sont pas établies.

La Cour ne trouve pas dans les pièces versées les éléments nécessaires pour déterminer le montant des dommages-intérêts devant revenir à la société AAA sur base de l'article 24(1) de la loi du 3 juin 1994, pour savoir si les conditions pour l'allocation d'une indemnité d'éviction sont établies et pour déterminer le cas échéant le montant de cette indemnité.

Il y a partant lieu à institution d'une expertise.

La société AAA explique que jusqu'à la conclusion du contrat d'agence commerciale, la société BBB a distribué, sur le territoire couvert par le contrat d'agence commerciale, ses produits par l'intermédiaire de *« Lizenznehmer »* qui ont agi en nom personnel et pour leur compte personnel. Elle en déduit que la société BBB n'a, jusqu'à la conclusion du contrat d'agence commerciale, pas eu de clients sur le territoire couvert par le contrat d'agence commerciale. La Cour ne saurait partager ce point de vue de la société AAA et il y a lieu de préciser que dans la détermination des nouveaux clients apportés par la société AAA les cocontractants des *« Lizenznehmer »* - Lizenznehmer qui ont été selon les dires de la société AAA, la société AAA et la société EEE - sont à assimiler à des clients de la société BBB.

Il y a lieu de constater qu'au regard du caractère abusif de la résiliation, la Cour n'est saisie ni de la demande subsidiaire de la société AAA en allocation du montant de 1.215.842,49 € basée sur l'article 25.2. du contrat, ni de l'appel incident de la société BBB tendant

à obtenir reconventionnellement le montant de 1.215.842,49 € et formulé pour le cas où la demande de la société AAA en paiement du montant de 1.215.842,49 € serait accueillie.

Si le montant des dommages-intérêts devant sur base de l'article 24(1) de la loi du 3 juin 1994 revenir à la société AAA de la part de la société BBB ne peut actuellement pas être déterminé, la demande basée sur l'article 24 (1) est cependant d'ores et déjà fondée en principe.

De la sorte, il y a lieu de statuer dès à présent sur le sort de la demande de la société BBB dirigée contre la société CCC et tendant à être tenue quitte et indemne d'une condamnation à des dommages-intérêts au profit de la société AAA.

Cette demande n'est pas fondée. En effet, une éventuelle faute de la société CCC n'a pas obligé la société BBB à en prendre prétexte pour résilier le contrat avec la société AAA. Cette éventuelle faute ne se trouve donc pas en relation causale avec une condamnation à des dommages-intérêts de la société BBB du chef de résiliation abusive du contrat avec la société AAA, condamnation qui trouve sa cause dans la décision de la société BBB de résilier le contrat avec la société AAA sans disposer de motifs graves justifiant la résiliation.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, sur rapport du magistrat de la mise en état,

déclare l'appel de la société AAA recevable ;

déclare l'appel fondé ;

réformant :

déclare abusive la résiliation du 27 septembre 2004 ;

déclare fondée en principe la demande en dommages-intérêts de la société AAA basée sur l'article 24 (1) de la loi du 3 juin 1994 ;

déclare non fondée la demande de la société BBB s.à r.l. tendant à être tenue quitte et indemne par la société CCC de toute condamnation à des dommages-intérêts au profit de la société AAA ;

avant tout autre progrès en cause,

nomme expert Monsieur Raphaël LOSCHETTER, c/o Clerc – Centre Helfent, B.P. 75, L-2010 Luxembourg, avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport écrit et motivé :

- *de déterminer, en vue de la fixation des dommages-intérêts devant revenir à la société AAA pour la période d'octobre 2004 à mars 2005, sa « Gesamtprovision aus Vermittlungsgeschäften zwischen April 2004 und September 2004 », sa « Logistikprovision der Monate April 2004 bis September 2004 » et sa « zu zahlende Sonderprovision für Marktentwickelungsstartphase für das vierte Quartal 2004 und für das erste Quartal 2005 »*

- *en tenant compte de la considération que les clients des « Lizenznehmer » antérieurs au contrat d'agence commerciale sont à assimiler à des clients de la société BBB s.à r.l., de déterminer si la société AAA, a, en ce qui concerne le territoire couvert par le contrat d'agence commerciale, apporté pendant le durée du contrat d'agence commerciale de nouveaux clients à la société BBB s.à r.l. et ce notamment à l'aide des « Kundendateien » des sociétés CCC et EEE, de déterminer si la société AAA a développé sensiblement les opérations avec les clients existants de la société BBB s.à r.l. et de déterminer si la société BBB s.à r.l. a encore des avantages substantiels résultant des opérations avec ces nouveaux clients,*

- *de calculer les « Provisionen » touchées par la société AAA pendant la période du 1er avril 2003 jusqu'au 30 septembre 2004, »*

ordonne à la société AAA de consigner au plus tard le 15 août 2010 la somme de 3.000.- euros à titre de provision à valoir sur la rémunération de l'expert Raphaël LOSCHETTER à la Caisse des Consignations ou à un établissement de crédit à convenir avec la société BBB s.à r.l. et d'en justifier au greffe de la Cour sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du nouveau code de procédure civile;

charge Monsieur le premier conseiller Carlo HEYARD du contrôle de cette mesure d'instruction;

dit que si les honoraires de l'expert devaient dépasser le montant de la provision versée, il devra en avertir ledit magistrat et ne continuer ses opérations qu'après consignation d'une provision supplémentaire;

dit que si l'expert rencontre des difficultés dans l'exécution de sa mission, il devra en référer au même magistrat;

dit que l'expert devra déposer son rapport au greffe de la Cour le 15 décembre 2010 au plus tard;

réserve le surplus.