Arrêt commercial

Audience publique du huit décembre deux mille dix.

Numéro 31217 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société anonyme LLL S.A., *établie et ayant son siège social à L-…. UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes des exploits de l'huissier de justice Alec MEYER d'Esch-sur-Alzette du 13 avril 2006,*

comparant par Maître Eyal GRUMBERG, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société en commandite simple de droit italien FFF S.A.S., *établie et ayant son siège social à I-….. VVV (Italie), inscrite au registre de commerce sous le numéro ……., agissant par ses associés,*

intimée *aux fins du prédit exploit MEYER,*

comparant par Maître Patrick GOERGEN, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Rétroactes

Vu l'arrêt du 24 octobre 2007.

Les faits de la cause et les prétentions des parties tels qu'ils ressortent de cet arrêt sont les suivants :

« (… …)

Le 5 juin 2003, LLL S.A., ci-après LLL S.A., et la société en commandite simple de droit italien FFF S.A.S. ont signé, en double exemplaire, un contrat de représentation exclusive en vertu duquel la société FFF S.A.S. était chargée de vendre dans l'intérêt, au nom et pour compte de la société LLL S.A., sur le marché italien, des produits semi-ouvrés en titane de LLL S.A..

… …

Estimant que la résiliation du contrat par la société LLL S.A. a été faite en violation des dispositions contractuelles liant les parties, et plus particulièrement en violation de l'article 14 du contrat de représentation exclusive du 5 juin 2003, FFF S.A.S. a fait donner assignation à LLL S.A. à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour l'y entendre condamner au paiement du montant total de 436.352,16 €.

Le montant réclamé de 436.352,16 € se décompose comme suit :

- *du montant de 29.743,52 € réclamé au titre de la prise en charge des frais généraux de FFF S.A.S. et des commissions calculées par kilogramme des marchandises vendues aux clients italiens (articles 9 et 10 du contrat de représentation exclusive) ;*
- *du montant de 4.291,28 € représentant une facture de publicité payée par FFF S.A.S. pour compte de LLL S.A. ;*
- *du montant de 300.000 € du chef d'une clause pénale (articles 10 et 13 du contrat de représentation exclusive) ;*
- *du montant de 102.317,36 € représentant la somme de 10 % du montant des ventes réalisées par FFF S.A.S. au cours des douze derniers mois.*

En première instance, LLL S.A. a formulé une demande reconventionnelle tendant à la condamnation de FFF S.A.S. au paiement du montant de 232.000 € représentant la somme des factures non payées par les clients italiens.

Par jugement du 21 décembre 2005, le tribunal a reçu la demande de FFF S.A.S. en la forme, a dit la demande principale fondée et justifiée jusqu'à concurrence du montant de 136.352,16 €, a condamné LLL S.A. à payer à FFF S.A.S. le montant de 136.352,16 € avec les intérêts légaux à partir de la mise en demeure du 20 juillet 2004, jusqu'à solde, a dit non fondée la demande reconventionnelle, a

condamné LLL S.A. à payer à FFF S.A.S. une indemnité de procédure de 750 € et a condamné LLL S.A. aux frais et dépens de l'instance.

De ce jugement, LLL S.A. a relevé appel par exploit d'huissier de justice Alec MEYER du 13 avril 2006.

LLL S.A., jugeant non abusive la résiliation du contrat de représentation exclusive, conclut – par réformation du jugement entrepris – à voir dire la demande de FFF S.A.S. non fondée, et, en conséquence, à voir être déchargée de toutes les condamnations prononcées à son encontre en première instance.

… …

FFF S.A.S. conclut d'ores et déjà à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a condamné LLL S.A. au paiement du montant plus amplement spécifié au dispositif du prédit jugement.

FFF S.A.S. relève appel incident, critiquant les juges de première instance en ce qu'ils ne lui ont pas alloué le montant de 300.000 €, alors que LLL S.A., en procédant à la vente directe de ses produits sur le territoire italien, aurait violé l'article 13 du contrat de représentation exclusive, ouvrant droit à application de la clause pénale.

… …

Les parties en cause s'accordent pour dire que la loi luxembourgeoise est applicable au présent litige.

L'appelante LLL S.A. fait valoir que les motifs à la base de la résiliation du contrat de représentation exclusive du 5 juin 2003 sont les suivants :

1) pas d'effort pour promouvoir la marque LLL,
2) chiffre d'affaires insuffisant,
3) tromperie : - Affaire CCC
- Affaire DDD

… …

Conformément à l'article 9 alinéa 2 du contrat de représentation exclusive du 5 juin 2003, la société FFF S.A.S. s'est engagée à atteindre dans la première année, un chiffre d'affaires minimum de 1.000.000 € (selon nomenclature des produits indiquée sur la liste des prix (…).

L'appelante LLL S.A. verse au dossier un décompte établi par la société fiduciaire & d'expertises comptables EEE, duquel il ressort que le chiffre d'affaires réalisé suite à l'intervention de la société FFF, pour la période 2002-2003, s'élève à 851.575 €.

LLL S.A. soutient que ce montant serait à réviser à la baisse dans la mesure où seul le chiffre d'affaires en rapport avec la nomenclature des produits indiqués sur la liste des prix devrait être pris en considération ; que le chiffre d'affaires réalisé par FFF S.A.S., lui permettant de réclamer des commissions, s'élèverait en réalité à seulement 212.347,04 €.

… …

L'engagement de FFF S.A.S. se résume – au regard de l'article 9 alinéa 2 du contrat – à l'obtention d'un chiffre d'affaires minimum de 1.000.000 € selon nomenclature des produits indiquée sur la liste des prix.

… …

L'appelante LLL S.A. offre de prouver par expertise – face aux contestations de FFF S.A.S quant au montant du chiffre d'affaires par elle réalisé pour 2002-2003 – que « le chiffre d'affaires réalisé par la partie FFFS.A.S. était inférieur à 1.000.000 € durant la période du 01.12.2002 au 01.12.2003 ».

Cette offre de preuve par expertise est à déclarer recevable pour être pertinente et concluante, sauf que le libellé de la mission à confier à l'expert devra être précisé en ce sens que le chiffre d'affaires à déterminer suite à l'intervention de FFF S.A.S. en Italie est celui en rapport avec la nomenclature des produits indiquée sur la liste des prix et que ce chiffre d'affaires n'est pas tributaire de l'encaissement effectif par LLL S.A. des sommes dues par les clients italiens.

(… …) »

Discussion

Revu le rapport dressé par l'expert PPP le 25 février 2009 en exécution de l'arrêt du 24 octobre 2007.

1) quant au moyen tiré de « *l'inexistence juridique* » de la société FFF S.A.S.

La société LLL S.A. conteste, dans ses conclusions notifiées le 12 juin 2009, *l'existence juridique* de la société FFF S.A.S., faisant plus particulièrement exposer que la société intimée *aurait été entretemps rayée du registre de commerce italien, n'aurait plus de siège social et aurait arrêté toute activité.*

La société LLL S.A. conclut à voir déclarer la demande introductive d'instance *irrecevable sinon non fondée sinon nulle.*

Il est vrai que la société FFF S.A.S. a été rayée d'office du registre de commerce le 15 avril 2009, ce *aux termes de l'art. 3, décret du Président de la République 247/04-Décision du juge R.C. 550/09* (cf : pièce no 5 de la farde de 3 pièces de Maître Patrick GOERGEN).

Or, suite à une requête du 28 janvier 2010, le tribunal de XXX a décidé le 15 février 2010 de « *décréter the cancellation of the cancellation enrolment made by the Court on 15/4/09 and, as a consequence, the re-entering of FFF S.A.S. in the Trade Registre. Registrar and Claimant to be informed* » (cf : traduction en anglais, non critiquée, de la pièce no 1 de la farde de 5 pièces de Maître Patrick GOERGEN).

Il s'ensuit – à considérer comme établi que la société FFF S.A.S. se soit momentanément trouvée en situation d'irrégularité – que cette irrégularité a désormais cessé et qu'elle ne saurait porter à aucune conséquence juridique.

Ceci d'autant plus que suivant avis juridique, non autrement contesté, établi par l'avocat italien, Maître SSS, « *l'acte formel d'annulation d'une société de personnes (donc également d'une société en commandite simple) du Registre de Commerce ne provoque pas de fait son extinction, si tous les rapports juridiques régissant la société ne sont pas encore épuisés suite à la procédure de liquidation* ».

Le moyen soulevé par la société LLL S.A., tiré d'une prétendue *inexistence juridique* de la société FFF S.A.S., est partant à rejeter.

2) <u>Quant au fond</u>

a) <u>appel principal</u>

- <u>quant au montant de 102.317,36 € réclamé par la société FFF S.A.S.</u>

L'expert PPP a pris les conclusions suivantes :

- *le chiffre d'affaires réalisé par la partie FFF S.A.S., suite à son intervention en Italie, s'élevait à 896.178,18 € durant la période du 01.12.2002 au 01.12.2003 et, que par conséquent, il était donc inférieur à 1.000.000 € ;*

- *le chiffre d'affaires réalisé par la partie FFF S.A.S. d'après la nomenclature des produits indiquée sur la liste de prix, s'élève à*

261.373,65 € pour la période concernée sans considération de l'encaissement effectif par LLL S.A. des sommes dues.

Le chiffre d'affaires réalisé par la société FFF S.A.S. se situe donc largement en-deçà des objectifs que les parties se sont fixés lors de la conclusion du contrat le 5 juin 2003.

La société FFF S.A.S. a dès lors gravement manqué à ses obligations contractuelles en ne respectant pas son engagement pris à l'article 9 alinéa 2 du contrat. Elle ne saurait dès lors faire grief à la société LLL S.A. d'avoir invoqué ce non-respect comme motif de résiliation du contrat entre parties.

Aucune indemnité pour résiliation abusive du contrat ne saurait être octroyée à la société FFF S.A.S..

Sa demande en obtention du montant de 102.317,36 € est partant à déclarer non fondée.

- quant au montant de 29.743,52 € réclamé par la société FFF S.A.S. à titre de frais généraux et de commissions

Les articles 9 et 10 du contrat litigieux se lisent comme suit :

Article 9 :

La société LLL S.A. s'engage à compenser les frais généraux du bureau italien à hauteur de 9.000 € par mois (…).
La société FFF S.A.S. s'engage, d'une part, à atteindre, durant la première année, un chiffre d'affaires minimum de 1.000.000 € (selon nomenclature des produits indiquée sur la liste des prix), et d'autre part, à assurer un accroissement moyen de 15 % par an.
La société LLL S.A. s'engage à compenser les frais généraux du bureau italien du 1er décembre 2002 au 1er juillet 2003. Après cette date, la compensation des frais généraux sera révisée en fonction du chiffre d'affaires réel tous les six mois (…).

Article 10 :

Par exception des dispositions de l'article précédent, pour chaque vente réalisée sur le territoire italien selon la nomenclature des produits indiquée dans la liste des prix, y compris les ventes directes effectuées par la société LLL S.A., à l'exception des clients institutionnels, la société FFF S.A.S. se voit remettre une commission de 0,50 € par kg de marchandise vendue. (…).

Face aux contestations par la société LLL S.A. quant au montant réclamé par la société FFF S.A.S. à titre de frais généraux et de commissions, la Cour, ne disposant pas d'ores et déjà de tous les éléments pour toiser ce chef de la demande de la société FFF S.A.S.,

renvoie le dossier devant l'expert judiciaire PPP avec la mission de « *chiffrer le montant redû à FFF S.A.S. du chef de frais généraux et de commissions en tenant compte des paiements d'ores et déjà effectués par la société LLL. S.A. de ce chef* ».

- quant au montant de 4.291,28 € réclamé par la société FFF S.A.S. du chef de la facture no 0001-2004 du 3.2.2004

Ce montant a été alloué par le tribunal à la société FFF S.A.S. au motif que la facture y relative qui n'a jamais fait l'objet de contestations de la part de la société LLL S.A. est à considérer comme étant acceptée.

Actuellement, la société LLL S.A. fait valoir – dans ses conclusions notifiées le 12 juin 2009 – que cette facture n'aurait *jamais été envoyée à l'appelante, ni reçue par l'appelante.*

La société FFF S.A.S. n'a pas pris position quant à cette argumentation. Elle reste donc en défaut de prouver avoir droit au montant qu'elle réclame du chef de la facture n° 0001-2004 du 3 février 2004.

b) appel incident

La société FFF S.A.S. fait plaider que c'est en violation du contrat de représentation exclusive que la société LLL S.A. a procédé à des ventes directes sur le territoire italien.

La société FFF S.A.S., qui évalue au montant de 1.200.000 € les recettes réalisées par la société LLL S.A. en rapport avec les ventes directes en Italie, se prévaut de l'article 13 du contrat pour réclamer le versement par la société LLL S.A. du montant de 300.000 €..

L'article 13 se lit comme suit :

La réalisation des ventes directes sur le territoire italien, sans avoir informé le bureau italien, ouvre droit, pour la société FFF S.A.S., au versement, par la société LLL S.A., d'un forfait équivalent à 25 % de l'opération en question, sans que la société FFF S.A.S. ait à renoncer à toute créance d'indemnisation. La présente clause pénale est applicable sans mise en demeure préalable.

Cette somme sera définitivement acquise à la société FFF S.A.S., sans que celle-ci ait à justifier la réalité non plus que l'importance du préjudice souffert.

Les juges de première instance ont rejeté cette demande, motif pris de ce que l'évaluation par la société FFF S.A.S. des ventes directes

réalisées par la société LLL S.A. sur le territoire italien au montant forfaitaire de 1.200.000 € n'est documentée par aucune pièce du dossier.

En instance d'appel, la société FFF S.A.S. reste toujours en défaut d'étayer ses prétentions par pièces justificatives.

Dans ces conditions, il y a lieu à confirmation pure et simple des juges de première instance quant à ce point.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, en continuation de l'arrêt du 24 octobre 2007 et sur rapport du magistrat de la mise en état,

dit l'appel incident non fondé ;

quant à l'appel principal

par réformation du jugement entrepris :

- dit non fondée la demande de la société en commandite simple de droit italien FFF en obtention de dommages et intérêts d'un montant de 102.317,36 € ;

- dit non fondée la demande de la société en commandite simple de droit italien FFF en obtention du montant de 4.291,28 € ;

quant au montant de 29.743,52 € réclamé par la société FFF S.A.S. à titre de frais généraux et de commissions :

renvoie le dossier devant l'expert judiciaire judiciaire PPP avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport écrit et motivé :

« *chiffrer le montant redû à FFF S.A.S. du chef de frais généraux et de commissions en tenant compte des paiements d'ores et déjà effectués par la société LLL S.A. de ce chef* ».

ordonne à la société en commandite simple de droit italien FFF de consigner au plus tard le 15 janvier 2011 la somme de 2.000.- euros à titre de provision à valoir sur la rémunération de l'expert PPP à la Caisse des Consignations 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 Madame la première conseillère Annette GANTREL du contrôle de cette mesure d'instruction;

dit que si les honoraires des experts devaient dépasser le montant de la provision versée, ils devront en avertir ledit magistrat et ne continuer leurs opérations qu'après consignation d'une provision supplémentaire;

dit que l’expert devra déposer son rapport au greffe de la Cour le 15 mars 2011 au plus tard;

réserve le surplus.