

N° RG 17/00309

Décision du Tribunal de Commerce de LYON

Au fond

du 26 octobre 2016

RG : 2011j01924

SASU E

C/

Société TS

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS
COUR D'APPEL DE LYON
3ème chambre A
ARRÊT DU 14 Février 2019

APPELANTE :

SASU E agissant poursuites et diligences de son représentant légal en exercice domicilié en cette qualité audit siège

INTIMÉE :

Société TS

Italie

* * * * *

Date de clôture de l'instruction : **24 Avril 2018**

Date des plaidoiries tenues en audience publique : **19 Décembre 2018**

Date de mise à disposition : **14 Février 2019**

Arrêt **Contradictoire** rendu par mise à disposition au greffe de la cour d'appel, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 450 alinéa 2 du code de procédure civile,

* * * *

EXPOSE DU LITIGE

La société de droit italien cotée en bourse TS fabrique, entre autres matériels de travaux publics, des machines dites trancheuses pour les travaux de tranchées et de terrassement.

Elle a développé, sur le territoire français, une activité commerciale de location à long terme, négoce et distribution par l'intermédiaire de la société T France.

Le 31 mars 2004, la société E SASU, ayant pour activité la distribution de matériels de forage, a acquis la branche du fonds de commerce de la société T France afférente aux activités de négoce et distribution, la société T conservant son activité de location.

La cession s'est opérée pour 30.000 € HT au titre des éléments incorporels, 16.910 € HT pour les éléments corporels, outre valorisation des stocks de machines et de pièces détachées visés à l'annexe 5 pour 657.430 € HT.

Corrélativement, le 1er avril 2004, les sociétés TS (T) et E ont conclu un contrat de distribution exclusive sur le territoire français portant sur les trancheuses et pièces détachées fabriquées ou commercialisées sous licence T, pour une durée de 4 ans renouvelable tacitement pour 4 années.

L'article 7 prévoit que si l'une des parties souhaite y mettre fin, elle doit le dénoncer avec un préavis d'un an avant la date de renouvellement en motivant sa décision par des causes réelles et sérieuses.

Si l'initiative d'un non renouvellement ou d'une rupture vient de la société T, celle-ci s'engage à reprendre le fonds de commerce à sa valeur comptable au jour de la rupture, ainsi que les stocks, machines et pièces existant à cette date.

Si l'initiative du non renouvellement ou de la rupture du contrat vient d'E, les parties se rapprocheront pour déterminer les conditions du transfert du fonds de commerce.

A partir de 2010, des difficultés de collaboration sont apparues entre les parties.

Par ordonnance de référé du président du tribunal de commerce de Lyon du 9 février 2011, un expert a été nommé en la personne de M. A concernant une trancheuse T TRS 1475 livrée au client la société F Industrielle (F) et la société E a été déboutée de sa demande de séquestre du prix non encore réglé (100.873 €).

Alléguant de graves manquements de la part de la société distributrice E et le 21 mars 2011, la société T a signifié à la société E, en respectant le préavis contractuel, le non renouvellement du contrat de distribution pour un effet à sa date anniversaire du 1er avril 2012.

La société E a contesté les termes de la rupture en invoquant à charge de la société T une violation de la clause d'exclusivité.

Par deux actes des 22 juin 2011 et 14 mars 2012, la société E a fait assigner la société T devant le tribunal de commerce de Lyon pour solliciter la condamnation de celle-ci au paiement de

diverses sommes.

Le 18 octobre 2012, après vente de la machine objet de la première assignation, la société E a sollicité la jonction des deux procédures et a conclu à la condamnation de la société T au paiement de diverses sommes

S'agissant de la machine vendue au client F, les sociétés T et F ont finalisé un protocole d'accord le 10 décembre 2012. La société T a procédé au rachat de la machine à la société F et dit s'être substituée dans ses droits et actions à l'encontre de la société E.

Par jugement du 24 mars 2014 (non produit), le président du tribunal de commerce de Lyon a :

- ordonné la jonction des 2 procédures,
- constaté que la société T a été à l'origine du non-renouvellement du contrat de distribution exclusive et dit qu'il lui appartient de reprendre le fonds de commerce en application de l'article 7 du contrat,
- eu égard au désaccord des parties sur la valorisation du fonds, désigné un expert afin de déterminer précisément la valeur du fonds de commerce de l'agence de Nîmes appartenant à la société E ainsi qu'à celle du stock, machines et pièces, au 1er avril 2012.

M. V a clôturé son rapport le 7 mai 2015.

Par jugement du 26 octobre 2016, le tribunal a :

- dit que la société T n'a pas respecté la clause d'exclusivité,
- jugé que la société T a résilié avec causes réelles et sérieuses le contrat de distribution tel que le permet l'article 7 du contrat,
- condamné la société T à payer à la société E les sommes suivantes :
- 30.000 € au titre de l'acquisition du fonds de commerce, hors stock, outre intérêts aux taux légal à compter du 31 mars 2012,
- 74.547 € au titre de l'acquisition des pièces détachées, outre intérêts au taux légal à compter du 30 avril 2012,
- 160.037 €, outre la marge de la vente B du 5 mars 2012, soit 30% du montant HT facturé au titre de toutes les ventes en violation de l'exclusivité, outre intérêts au taux légal à compter du 31 mars 2012,
- 18.636 € au titre des frais d'expertise du dossier T.
- condamné la société E au paiement à la société T de l'intégralité des frais d'expertise judiciaire de M. V ainsi que des frais d'expertise amiable de M. M, soit 18.328 € HT,
- débouté les parties de toutes ses autres demandes,
- dit qu'il n'y a pas lieu à indemnité au titre de l'article 700 du Code de procédure civile,
- et condamné la société T aux entiers dépens de l'instance.

La société E a interjeté appel de cette décision par acte du 12 janvier 2017.

Par conclusions déposées le 20 mars 2018 fondées sur les articles 1134, 1147, 1641 et suivants du code civil, **la SASU E** demande à la cour, en rejetant toutes prétentions contraires, de :

- juger l'appel recevable et bien fondé,
- infirmer le jugement en ce qu'il a
- dit que la société T avait résilié, avec cause réelle et sérieuse, le contrat de distribution exclusive et rejeté la demande de dommages-intérêts formulée, à ce titre, par la société E,
- fixé la valeur du fonds à sa valeur comptable,
- condamné la société E à payer à la société T la somme de 18.328 € HT, au titre des frais d'expertise de M. V et des frais du rapport de M. M,
- limité le préjudice consécutif à la violation de l'exclusivité à la somme de 160.037 €,

par voie de conséquence, statuant à nouveau :

- juger que le fonds de commerce doit être valorisé à sa valeur réelle,
- juger que la société T a résilié sans cause réelle et sérieuse le contrat de distribution exclusive,
- condamner la société T à lui payer les sommes suivantes :
- 2.320.104 € au titre de la valeur du fonds, hors stock, selon la méthode des Ebitda, outre intérêts au taux légal à compter du 30 avril 2012, ou subsidiairement à la somme de 1.452.108 € selon la méthode de l'expert, augmentée de toutes les ventes en violation de l'exclusivité, outre intérêts au taux légal à compter du 30 avril 2012,
- 74.547 € au titre des pièces détachées, outre intérêts au taux légal à compter du 30 avril 2012,
- 665.108 € au titre du préjudice correspondant à la violation de la clause d'exclusivité, outre intérêts au taux légal à compter du «'jugement'» à intervenir,
- 2.556.374 € au titre du préjudice correspondant à la résiliation sans cause réelle et sérieuse du contrat, outre intérêts au taux légal à compter du «'jugement'» à intervenir,
- enjoindre à la société T de produire la facture de la vente avec la société B, du 5 mars 2012, sous astreinte de 1.000 € par jour de retard à compter du jugement à intervenir,
- condamner la société T à supporter, seule, les frais d'expertise de M. V et les frais de M. M,

- confirmer le jugement en ce qu'il a :
- dit que la société T n'avait pas respecté la clause d'exclusivité,
- condamné la société T à lui payer la somme de 18.636 €, au titre des frais d'expertise du dossier F,
- rejeté les demandes reconventionnelles de la société T tendant à sa condamnation au paiement des sommes de :

- 2.325.000 €, au titre d'un prétendu préjudice lié à de prétendus actes de concurrence déloyale et à une prétendue mauvaise exécution du contrat.

- 550.000 €, au titre des frais de rachat de la machine TRS 1475, auprès de la société F, et de 3.700 €, au titre de la garantie bancaire,

- 50.000 € au titre d'un prétendu préjudice moral,

à titre subsidiaire, si la cour devait faire droit à la demande de la société T, ès qualités de subrogée dans les droits de la société F, juger recevable et bien fondé son appel en garantie, et par voie de conséquence, condamner la société T au paiement de toutes condamnations qui pourraient être prononcées à l'encontre de la société E, en principal, intérêts et frais,

- condamner, en toute hypothèse, la société T à lui payer la somme de 30.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamner la même en tous les dépens qui comprendront les frais des constats d'huissiers et de traduction, ceux d'appel distraits au profit de Maître C.

Par conclusions déposées le 26 février 2018, au visa des articles 1134 et 1147 du code civil, **la société T SPA (T)** demande à la cour de :

- juger qu'elle a bien respecté ses obligations contractuelles envers la société E et notamment la clause d'exclusivité du contrat de distribution,
- constater les manquements graves de la société E à ses obligations contractuelles,

- constater qu'elle a pour unique obligation contractuelle de justifier sa décision de non renouvellement du contrat de distribution par un motif constituant une cause réelle et sérieuse et que sa décision de non renouvellement du contrat de distribution exclusif repose sur des causes réelles et sérieuses,
- en conséquence, confirmer sur ce point le jugement entrepris et débouter la société E de

l'ensemble de ses demandes,

à titre reconventionnel et réformant le jugement déferé de :

- constater les fautes de la société E ayant conduit à une baisse plus que significative de son chiffre d'affaires en France entre 2009 et 2012,
- condamner la société E à lui payer la somme de 2.325.000 € au titre du préjudice subi lié au fait de concurrence déloyale et de mauvaise exécution du contrat de distribution par la société E,
- constater sa subrogation conventionnelle dans les droits de la société F Industrielle,
- constater que la société E n'ayant pas consigné le complément de provision réclamé par l'expert judiciaire, l'expertise a pris fin et l'expert judiciaire a déposé son rapport en l'état ce qui n'a pas permis de déterminer les responsabilités respectives des parties,
- constater en tout état de cause, que la société T a indemnisé la société F d'une somme de 550.000 € au titre de la mauvaise exécution du suivi commercial et du service après-vente de la société E,
- condamner la société E à lui payer la somme de 550.000 € au titre des frais liés au rachat auprès de la société F de la machine TRS 1475 outre 3.700 € au titre de la garantie bancaire,
- condamner la société E à lui payer la somme de 50.000 € en réparation du préjudice moral subi et de la grave atteinte à son image de marque en France,
- condamner la société E au paiement de l'intégralité des frais d'expertise judiciaire de M. V ainsi que des frais d'expertise amiable de M. M, soit 20.000 € HT alors que le rapport d'expertise était versé aux débats et que la société E n'en a jamais contesté les conclusions,
- condamner la société E à lui payer la somme de 30.000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens de l'instance.

A la demande de la cour, les deux conseils ont adressé une note en délibéré les 11 et 12 février 2019.

MOTIFS

SUR LES DEMANDES DE LA SOCIETE E

Sur le non-renouvellement

Il est acquis au débat que la société T a été à l'origine du non-renouvellement du contrat de distribution exclusive par l'effet de son courrier du 21 mars 2011. Comme l'a déjà retenu le jugement définitif du 24 mars 2014 aux dires des deux parties, il lui appartient de reprendre le fonds de commerce à la valeur fixée contractuellement à l'article 7 du contrat.

Cette disposition stipule que *« Si l'initiative du non-renouvellement ' vient de T, T s'engage à reprendre le fonds de commerce à la valeur comptable, le jour de la rupture des présentes, comprenant la reprise des stocks, machines et pièces existants à cette date. »*.

Le premier juge a estimé que cette valeur comptable de la branche cédée du fonds visée à la convention était celle figurant au dernier bilan d'E à la date de la rupture, soit la somme de 30.000 €, et il a ajouté, en l'absence de machines existantes, la valorisation des pièces détachées pour 74.547 €.

Ce dernier chiffre relatif aux pièces détachées est avalisé par l'appelante la société E et non discuté dans les écritures de la société T. Il est donc confirmé tant en principal qu'en intérêts moratoires.

Quant à la valeur de la branche cédée du fonds hors stocks, tandis que la société T sollicite, dans les

motifs de ses écritures en ayant omis de reprendre sa prétention à son dispositif, la confirmation du jugement sur le prix du fonds de commerce (30.000 €), la société E soutient que la référence de l'article 7 à la valeur comptable est un prix minimal et que la commune intention des parties a été de retenir la valeur économique du fonds, soit sa valeur réelle.

La société E sollicite un prix de 2.320.104 €, largement supérieur à l'évaluation proposée par l'expert judiciaire qui, au regard des chiffres non significatifs de l'activité de la société E réalisée avec les produits la société T sur les trois dernières années de relations, a retenu par équivalence la valeur d'une carte d'agent commercial soit trois années de commissions calculées sur la marge brute pour 884.000 €. Cette demande n'est pas fondée.

Doivent être écartés ses moyens tenant à la prise en compte de la qualité du travail mené par la société E ayant conduit à une remontée des résultats, de la totalité des activités cédées incluant celles exercées sous d'autres cartes et visant d'autres matériels que les trancheuses, de méthodes de calcul dites adéquates, en référence par exemple à une cession récente d'un fonds d'une société équivalente, encore du comportement de la part de la société T qui a violé l'obligation d'exclusivité, et de la nécessaire rectification des calculs de M. V.

En effet, comme l'a bien dit le premier juge, l'article 7 fait référence à la valeur comptable de la branche cédée du fonds, ce qui démontre la volonté des parties contractantes de ne pas se référer à d'autres données, comme un multiple de l'Ebitda ou une valeur à dire d'expert.

En conséquence, puisque le chiffre comptable au jour de la rupture n'est pas contredit, le prix à verser au titre de sa valeur par la société T à la société E est confirmé à 30.000 € tant en principal que sur les intérêts moratoires qui n'ont pas fait l'objet de critique.

En revanche, le jugement, qui a omis de motiver sa décision sur ce point, est infirmé sur la mise à charge à la société E des frais de l'expertise judiciaire opérée par M. V ainsi que des frais de l'expert M saisi unilatéralement par la société T.

Les frais de l'expertise judiciaire taxés à 12.393,60 € doivent en effet être partagés par moitié entre les deux parties dès lors que la mesure d'instruction a participé à leur intérêt commun. Etant rappelé que, déjà devant le premier juge, la société T, qui savait devoir inévitablement ce prix dès lors qu'elle avait pris l'initiative du non-renouvellement du contrat de distribution, n'a rien dit de sa position quant à ce montant telle qu'elle est notée dans le jugement déféré.

Quant à l'expertise unilatérale opérée par M. M à la seule initiative de la société T, ces frais d'un montant de 12.000 € HT doivent rester à sa charge.

Sur l'exclusivité

Le contrat de distribution stipule une clause d'exclusivité par laquelle la société T s'engage à ne commercialiser en France ses produits visés précisément dans le contrat que par la seule société E.

Le jugement déféré a considéré deux ventes (facture X de mars 2011 et facture Y de 2011) pour chiffrer la condamnation de la société T à verser à la société E un montant global de 160.037 € correspondant à la perte de marges respectivement de 15.737 € et 144.300 €. Il n'a pas motivé sa décision d'allouer en outre à la société E la marge de la vente B du 5 mars 2012.

La société E sollicite une somme de 665.108 € au titre du préjudice subi à raison de la violation de la clause d'exclusivité qu'elle dit imputable à la société T, qui s'en défend.

La validité de la clause d'exclusivité

En soutenant avoir respecté son obligation d'exclusivité résultant du contrat de distribution, la société T invoque la nullité de la clause à tout le moins depuis le 1er avril 2009, au regard de sa durée

d'application qui a duré 8 ans, sur le fondement des dispositions du droit communautaire précisément visées dans ses écritures.

Ce moyen est rejeté.

Certes, le juge national est tenu d'appliquer le droit communautaire en vertu du principe de primauté. Mais le principe énoncé par la société T, d'une limitation de la durée à 5 ans de l'obligation de non-concurrence doit être écarté dès lors que la société T ne démontre pas que les pratiques ainsi instaurées entre les partenaires ont été susceptibles d'affecter les échanges entre états membres en empêchant, restreignant ou faussant le jeu de la concurrence, ni l'application d'une telle présomption résultant des faits de l'espèce. L'allégation par ailleurs de la part de la société T d'un faible chiffre d'affaires réalisé par la société E, motif avancé de la rupture, contredit cette présomption.

La clause d'exclusivité est jugée valable.

Les ventes intervenues en violation de la clause d'exclusivité

Quant à la caractérisation de la violation de l'exclusivité accordée par le contrat du 1er avril 2004 au profit de la société E, étant rappelé que les matériels visés par le contrat de distribution sont contrairement à ce que soutient la société T, constitués de l'ensemble des matériels T soit les trancheuses et leurs pièces (sans exclusion des petites trancheuses), la société E rapporte quatre faits prouvés :

- Le premier résulte de la mention sur le site internet de la société T d'un autre distributeur de trancheuses que la société E, à savoir la société X, ce qui est objectivement démontré par le procès-verbal d'huissier du 3 mars 2011 initié par la société E ;

la défense de la société T consistant à soutenir que son site avait comporté des erreurs de présentation corrigées depuis, correction certes effectuée ultérieurement, manque de crédibilité alors que ce distributeur est sur le site précisément localisé avec mention de la personne à contacter par son adresse e-mail, de la même façon qu'est identifiée comme distributeur la société E ;

de plus, ainsi que l'a retenu le premier juge, X s'est portée acquéreur d'un moteur de trancheuse couvert par l'exclusivité comme le révèle le rapport d'expertise judiciaire au visa d'une facture établie en mars 2011 pour 36.720 €.

- En second lieu, la documentation publicitaire communiquée par la société E émanant du groupe la société T, datée du 11 septembre 2009, énonce clairement (p.10) sous le vocable «'contractor'» le nom de la SARL Y France, localisée à ... ;

en outre, contrairement à ce qu'a retenu le premier juge en visant une machine facturée en 2011, l'expert judiciaire, au vu de la comptabilité de la société T, a relevé à l'examen du compte client Y qu'au 31 mars 2012 (dernier jour de préavis comme le rappelle le dire du conseil de la société T du 19 décembre 2014) qu'une facture de 720.000 € a été émise pour une trancheuse TRS 1150 puis annulée le 1er avril 2012 (non pas le 18 avril comme dit par l'expert), pour être à nouveau établie le 28 juin 2012 puis ensuite annulée encore le 18 avril 2013, et une nouvelle facture de 468.580,55 € (450.00 € repris par l'expert) du 28 juin 2013 (et non du 26 comme dit l'expert) a été émise pour une autre trancheuse TRS 1150 ;

cette succession de facturations et d'annulations, selon les termes de l'expert «'pose problème'» et l'a conduit à retenir la vente en France par la société T de cette machine au prix d'achat de 720.000 € ; en effet, comme l'expert en réponse à un dire, la cour ne peut que souscrire à l'appréciation que «'selon les règles comptables, la comptabilité enregistre les relations entre les parties et le fait d'enregistrer une facture laisse supposer qu'il y a vente en amont'» ;

la société T n'est pas fondée à contester cette appréciation en soutenant que cette écriture était une

inscription interne, et que la société Y a confirmé cette non-vente par un courrier du 30 janvier 2012, ce qui contrevient aux règles élémentaires de comptabilité ;

- En troisième lieu, la société E a fait procéder à trois constats d'huissier dans les locaux des sociétés X et Y, précitées, ainsi que de la société B localisée à ..., sur autorisations données par les présidents des tribunaux de commerce respectivement de Montpellier, Tarascon et Brest ;

les constats opérés respectivement les 2 septembre et 23 novembre 2011 dans les locaux des sociétés X et Y ne communiquent aucune information confortant le dire de la société E selon lequel celles-ci auraient vendu des machines de marque T sur le territoire visé par l'exclusivité ;

en revanche, le constat du 13 juillet 2011 diligenté dans les locaux de la société B confirme que celle-ci a acquis une trancheuse T TRS 1150 lors de la période d'exclusivité bénéficiant à la société E soit le 23 septembre 2010, auprès de la société italienne I suivant facture d'un montant de 580.000 €, alors que la société E avait adressé à la société B le 16 juin 2009 une offre de vente pour une telle machine au prix de 665.000 € ;

contrairement à l'appréciation de l'expert judiciaire qui a estimé sans plus de précision qu'une machine acquise par la société B ne rentrait pas dans l'objet du contrat de distribution, il s'avère au contraire que cette trancheuse T acquise par une société cliente française devait être conclue par le distributeur exclusif de T en France à savoir la société E en application de l'article 3 du contrat de distribution précisant les matériels sous exclusivité ;

la société T proteste en produisant un courrier de la société B qui lui a été adressé le 5 mars 2012 indiquant que le distributeur en France, savoir la société E, n'a pas été intéressé en 2010 par sa demande d'acquisition d'une trancheuse de 50 tonnes (sans doute la trancheuse TRS 1150), finalement acquise auprès de I ; cependant, ce courrier, adressé quelques jours avant la date de prise d'effet de la rupture (1er avril 2012) ne fait que confirmer cette acquisition auprès d'un «distributeur» italien en violation avec l'exclusivité accordée à la société E ;

sans compter que le constat d'huissier mentionne expressément que le certificat de livraison et de mise en service du 12 octobre 2010 visant la scavatrice Catena TRS 1150 (') est établi par la société T en Italie ce qui atteste de la connaissance par cette dernière de ladite vente, rendant inopérante l'attestation de l'expert comptable qu'elle communique en disant l'absence de ventes à la société B mais sur la période limitée depuis 2011 jusqu'à avril 2012.

- En quatrième lieu, la société E relève à juste titre que, dans ses conclusions notifiées pour l'audience de mise en état du 30 octobre 2015 du tribunal de commerce, en lien notamment avec le courrier de la société Y du 30 janvier 2012 disant l'insatisfaction de celle-ci concernant la capacité de la société E à assurer le bon fonctionnement d'une trancheuse en location, la société T a noté que *«les sociétés Y et B ont écrit ne plus vouloir travailler avec la société E. Cela signifie donc que ces ventes étaient perdues par la société la société E. Si la société T n'avait pas passé directement les ventes avec les sociétés Y et B, ces ventes auraient été perdues à la fois pour la société T et pour la société E* », ce qui atteste, pour ces ventes, avec la valeur d'un aveu judiciaire, de la parfaite connaissance par la société T de sa violation de la clause d'exclusivité,

étant en plus noté que, s'agissant de la plainte Y, aucun élément n'atteste de l'imputabilité des dysfonctionnements de la machine à un manquement de la part de la société E à ses obligations de distributeur, qui peuvent tout aussi bien répondre de vices de la machine imputables au constructeur.

Il résulte de ces éléments conjugués que la société T a contrevenu à l'exclusivité accordée à la société E :

- au regard du client X, aussi désigné par T comme distributeur, pour le moteur de trancheuse facturé 36.720 € en mars 2011,
- au regard du client Y, aussi désigné par T distributeur, pour la trancheuse facturée

720.000 € en mars 2012,

- au regard du client B pour la trancheuse facturée 580.000 € en septembre 2010, le prix de revente par la société E (665.000 €) que celle-ci utilise pour le calcul de la perte de marge ne pouvant être considéré, ce calcul devant se baser sur le prix d'achat (580.000 €).

En revanche, seront écartées les autres ventes aussi énoncées par la société E dans ses écritures, dont il n'est pas justifié qu'elles soient effectivement intervenues, d'autant que l'expert judiciaire n'a rien découvert à ces titres.

D'une part, la vente que la société T aurait consentie à la société Y avant 2012 n'est pas démontrée par le fait que la société E aurait émis une offre au profit de ce client, non produite, sur la base d'une offre de prix reçue par la société E de la part de la société T le 3 mai 2011.

D'autre part, la vente alléguée par la société E que la société T aurait consentie à la société B le 5 mars 2012, pour laquelle la société E sollicite de la cour qu'elle enjoigne la société T de produire la facture de vente sous astreinte, n'est pas plus démontrée. La demande d'injonction sous astreinte est ainsi écartée, à défaut de tout élément corroborant l'existence de cette vente.

Par suite, le jugement, qui a bien dit la retenue de la vente du moteur à X, est infirmé est en ce qu'il a retenu, à tort, une vente Y de 2011, et omis de considérer les deux ventes Y de 2012 et B de 2010. Pour plus de lisibilité du dispositif, l'infirmité est prononcée sur les ventes retenues en violation de l'exclusivité.

Les pertes de marge sur les ventes retenues

Elles se chiffrent aux sommes suivantes sur la base des prix d'achat, corrélés à un pourcentage de marge brute de 30% que l'expert judiciaire a justement retenu, sans erreur, à la suite de l'examen des comptes de la société E.

	Prix d'achat	Perte de marge
Vente à X moteur - mars 2011	36.720 €	36.720 x 30/70 = 15.737 €
Vente à Y trancheuse- mars 2012	720.000 €	720.000 x 30/70 = 308.571 €
Vente à B trancheuse ' septembre 2010	580.000 €	580.000 € x 30/70 = 248.571 €
		Total de 572.879 €

Le total des marges perdues par la société E sur des ventes qu'elle aurait dû réaliser en application de son bénéfice de l'exclusivité résultant du contrat de distribution s'élève ainsi à 572.879 €.

Le jugement est infirmé de ce chef.

Sur la cause réelle et sérieuse

L'inexistence d'une cause réelle et sérieuse

L'article 7 du contrat impose aux deux contractantes de justifier d'une cause réelle et sérieuse non seulement pour rompre le contrat mais aussi, cas de l'espèce, pour refuser de le renouveler.

La société T soutient avoir résilié, avec cause réelle et sérieuse, le contrat de distribution exclusive, pour justifier le rejet de la demande de dommages-intérêts formulée par la société E.

Elle indique reprendre à son compte la définition de la cause réelle et sérieuse donnée par la société E dans ses conclusions comme étant «*des faits objectifs, précis et vérifiables, qui lui soient opposables et suffisamment importants pour justifier la rupture*», en s'appuyant sur divers moyens, clairement développés dans les motifs de ses écritures et constitutifs selon elle de graves fautes contractuelles imputables à la société E, tenant en substance à :

- une baisse du chiffre d'affaires (CA) de la société E significative et incontestable, imputable à la société E seule,
- un non-respect des délais contractuels de paiement fixés par l'article 12 du contrat,
- une absence d'informations à la société T sur l'évolution du marché et l'absence de fourniture à la société T des prévisions de ventes régulières destinées à planifier les cycles de fabrication,
- une perte pour la société T de parts de marchés en France,
- des manquements de la société E dans le cadre du service après-vente tant pendant la durée du contrat qu'au cours du préavis contractuel.

De son côté, contestant ces allégations de la part de la société T, la société E soutient que celle-ci ne démontre pas de causes réelles et sérieuses, qu'elle a régulièrement informé la société T de l'évolution du marché, qu'elle-même a traité avec rigueur ce que démontrent ses résultats, et que ses difficultés ne sont liées qu'à la violation par la société T de son obligation d'exclusivité ainsi qu'à la crise économique de 2008.

La société T, qui a pris l'initiative du non-renouvellement, a la charge de la preuve de l'existence de cause réelle et sérieuse. Elle échoue dans sa démonstration.

- En effet, en premier lieu, quant à la baisse de CA, en écartant la considération tenant à la fermeture en 2010 de l'agence de Nîmes de la société E que l'expert judiciaire a dit, pertinemment, inopérante, les CA de celle-ci sont ainsi figurés dans le rapport d'expertise pour visualiser également la proportion de l'activité T dans le CA d'E (en K€) :

	2007	2008	2009	2010	2011
E	31320	38757	33437	25583	29062
Activité T	2866	3346	2124	328	82

il en résulte une légère dégradation à compter de l'année 2009, qui devient plus significative en 2010 ;

les propres rapports édités par la société T, versés au débat par l'appelante, mentionnent les difficultés du marché dans le contexte d'une grave crise économique et financière aux USA et en Europe ;

en outre, il a été précédemment jugé que la société T a violé son obligation d'exclusivité consentie à la société E pour trois ventes, dont la dernière s'est réalisée au dernier mois de préavis, sur une période allant de septembre 2010 (période dite de baisse significative du CA) à mars 2012, qui ont enlevé à la société E, ce qui s'explique par le prix important des matériels distribués, un CA cumulé sur trois exercices de 1.909.599 € [52.457 (36.720 + 15.737) + 1.028.571 (720.000 + 308.571) + 828.571 (580.000 + 248.571)] ;

le constat est que le manquement de la part de la société T à l'exclusivité de la société E a entraîné une chute importante et incontestable du CA de la société E, ce qui exclut le premier moyen développé par la société T, qui ne peut pas plus soutenir que le fournisseur se trouve dans une situation de dépendance totale vis-à-vis de son distributeur alors que, comme l'a bien dit le premier juge, mais sans en tirer la conséquence juridique adéquate, il revient au fabricant dans une relation contractuelle

avec son distributeur exclusif de contrôler ou d'améliorer ses performances, mais aussi d'accepter la prise de risque afférente aux performances commerciales de son distributeur ;

la société T est en outre mal fondée à rappeler que l'expert judiciaire a noté une marginalisation progressive de la proportion dans le CA de la société E des produits T, dès lors que, si ce constat est exact résultant des investigations de l'expert, comme indiqué dans le précédent tableau, cette progression négative résulte aussi de l'enlèvement à la société E pourtant contractuellement bénéficiaire de l'exclusivité des trois ventes précitées ;

encore, la société E rappelle, à juste titre, qu'elle n'était tenue envers la société T d'aucune obligation de résultat.

- Sur le deuxième moyen évoqué par la société T relatif au délai de paiement, au visa de l'article 12 du contrat qui stipule un paiement par virement bancaire à 60 jours fin de mois, celle-ci évoque un fait unique constitué d'un retard de paiement relatif à la machine F, dont il sera vu plus loin qu'il s'explique par les vices affectant la machine.

- Sur le troisième moyen relatif à l'absence de communication d'informations sur le marché par la société E, allégué par la société T, il est exact que l'article 10 du contrat oblige le distributeur à « *faire tous les efforts et à mettre en place tous les moyens nécessaires à l'accomplissement des objectifs de vente décidés entre les parties, former son personnel, informer le constructeur de l'évolution du marché, à fournir au constructeur des prévisions de ventes régulières destinées à planifier les cycles de fabrication* » ;

cependant, ces obligations imputées au distributeur sont corrélées à celles stipulées à l'article 9 du contrat qui met à la charge du constructeur son obligation de « *fournir des matériels conformes aux normes en vigueur, fournir tous les éléments : supports, documents permettant une action de vente efficace, former le personnel de la société E aussi bien sur le plan technique que sur le plan commercial, apporter toute l'aide nécessaire et les conseils à la société E, organiser des démonstrations de matériels lorsque cela est nécessaire.* » ;

il était ainsi prévu un circuit d'échanges réciproques entre les deux parties, non pas à la seule charge de la société E, et les dispositions contractuelles ne visent aucune modalité précise quant à ces échanges d'informations, dépendant du rythme des affaires ; ces échanges ont notamment eu lieu, comme le prouve la société E en produisant les comptes-rendus, dans le cadre de deux réunions du 27 août 2008 (qui a pris un accord de principe pour étendre même le territoire de la société E à l'Algérie) et du 9 juin 2009 (qui n'est pas seulement une organisation des relations entre les partenaires, concernant aussi le marché) ;

de plus, les échanges entre les parties en mars et août 2010 attestent d'une information réelle de la société T quant à un marché dit « *mort' et sans business en France* » en provenance de la société E, ce qui interdit à la société T désormais de se plaindre d'un défaut d'informations, sans pouvoir alléguer, ce dont elle ne justifie pas, du caractère erroné de ces informations en soutenant que le marché français se portait très bien.

- S'agissant de la perte pour la société T de parts de marchés en France, celle-ci invoque le fait qu'entre les années 2009 et 2011, 68 trancheuses ont été vendues en France par des sociétés concurrentes de la société T qui n'en vendait aucune ;

les ventes aux sociétés X de mars 2011 et B de septembre 2010, retenues contraires à la clause d'exclusivité, démontrent le contraire, et la société T ne prouve pas que le faible nombre des ventes en France soit imputable au seul comportement de la société E en qualité de distributeur, alors que les effets de la crise économique se sont faits largement sentir sur cette période et que la compétitivité d'un fabricant dépend aussi de la qualité de ses matériels et des services fournis ;

quant à l'incidence dite par la société T de la fermeture de l'agence de Nîmes, elle est dite, à juste titre, par l'expert judiciaire comme n'ayant eu aucune influence sur le déroulé du contrat entre les parties ;

encore, la lettre du 13 février 2012, avec annexes, adressée à la société T par la société S n'est pas une preuve du nombre (70) de ces machines dites vendues en France alors que ce nombre n'est pas sérieusement démontré par des documents objectifs et que l'objet du courrier est pour l'expéditeur de se porter candidat pour distribuer des trancheuses T, et la pièce 17 de la société T n'est pas plus opérante ;

- Le cinquième moyen énoncé par la société T est également rejeté, tenant à une allégation non justifiée par des éléments probants de graves manquements de la part de la société E dans le cadre de son service après-vente tant pendant la durée du contrat qu'au cours du préavis contractuel ;

son développement reprend les plaintes des sociétés Y du 30 janvier 2012 et B du 5 mars 2012, qui ont été précédemment écartées, ainsi que le grief constitué de la machine vendue au client F, examiné ultérieurement, qui n'est pas plus fondé.

Par voie de conséquence, il résulte de ces éléments conjugués que la société T ne démontre pas une cause réelle et sérieuse pouvant justifier le non-renouvellement du contrat.

Le jugement est infirmé de ce chef.

L'indemnisation du préjudice de la société E

La société E maintient en cause d'appel sa demande de dommages-intérêts en indemnisation de son préjudice subi résultant de cette rupture injustifiée, qui est distincte de l'indemnité contractuelle de la valeur du fonds précédemment examinée.

La société T en sollicite le rejet puisqu'elle retient l'existence de causes réelles et sérieuses, au vu du rapport de son expert M. M.

Précisément, la société E chiffre son préjudice à la somme de 2.556.374 € correspondant à la perte chiffrée sur 4 ans, calculée sur la base d'un CA moyen pour les années 2007 à 2009 ce qui est pertinent puisque ces années n'ont pas connu de violation de l'exclusivité, CA moyen de 2.778.667 €, base qu'elle affecte d'une marge brute moyenne de 2007 à 2009 de 23%, et qu'elle multiplie par 4 années soit 639.093,41 € x 4 années.

Elle communique à cet effet une attestation de son commissaire aux comptes du 9 octobre 2012, auquel est annexé un tableau des CA et marges brutes des exercices notamment de novembre 2006 au 31 décembre 2009 concernant les trancheuses T. Ces simples mentions, comme le dit M. M dans son rapport, manquent certes de caractère probant à elles seules, sans compter que l'exercice 2009 a duré 14 mois, mais la société E a pris soin de communiquer (pièces 16-3 à 16-32) des pièces comptables qui rendent crédible le tableau précité, tout en complétant les données de CA précitées dans le tableau tiré du rapport d'expertise judiciaire.

La société E sollicite ainsi un gain manqué, qui, pour être réparé doit être certain, c'est-à-dire constituer un dommage qui est la suite immédiate et directe du manquement reproché. Il ne doit pas dépendre d'autres causes telles que des difficultés économiques ou d'autres aléas, doit rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit, le tout avec application de critères spécifiquement adaptés à la situation de l'espèce.

Mais dès lors que le volume des ventes T par la société E n'était dans le contrat ni déterminable ni déterminé, un tel préjudice ne peut que s'analyser en une perte de chance (notion sur laquelle les parties ont pu donner leurs observations par note en délibéré), à savoir la perte de la chance de conclure des

ventes T dans le cadre d'un contrat de distribution exclusive poursuivi et d'en tirer une marge.

Juridiquement, la perte de chance indemnisable est la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable, doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.

Economiquement, doivent aussi être considérés le fait que la société E n'aura pas acquitté de frais variables sur ces ventes non réalisées, qu'elle ne communique pas de données chiffrées du marché permettant de connaître avec certitude la marge qu'elle aurait pu attendre sur les 4 ans préjudiciables de non-renouvellement (avril 2012-mars 2016), conformément au contrat, époque où la conjoncture économique a continué à produire ses effets négatifs.

Par suite, sa perte de chance indemnisable doit être retenue à une proportion de 60%, et non pas 30% suggéré à tort par T, appliquée à une base (constituée de la perte de marge) réduite.

Au regard de ces règles et appréciation faite de l'ensemble de ces éléments, l'indemnisation de la société E est permise à hauteur d'une somme de 1.200.000 € [(500.000 x 60%) x 4 ans].

SUR LES DEMANDES RECONVENTIONNELLES DE LA SOCIÉTÉ T

Sur les manquements et la concurrence déloyale reprochés à la société E

La société T forme à titre reconventionnel une première demande tendant à la condamnation de la société E au paiement de la somme de 2.325.000 € au titre d'un préjudice lié à des actes de concurrence déloyale et à une mauvaise exécution du contrat de la part de cette dernière.

Elle prétend que la chute vertigineuse du CA de la société E, passant de 2,6 millions d'€ à 45.000 € en trois ans, a pour cause le seul comportement de la société E qui a vendu des produits concurrents au lieu des produits T et alors que cette baisse de CA ne peut être imputée à des ventes directes «*hors celles déjà mentionnées*» dans ses écritures «*dont les montants sont ridicules par rapport à la perte*» de CA.

Elle ajoute que sa réclamation porte sur la perte de marge par application d'un taux de marge moyenne de 34%, considération faite des chiffres précis relevés dans le rapport de M. M expert saisi par elle.

Cependant, les griefs qu'elle articule à l'encontre de la société E consistant en substance à un non-respect des délais contractuels de paiement fixés par l'article 12 du contrat, l'absence d'informations de la part de la société E sur l'évolution du marché et l'absence de fourniture des prévisions de ventes destinées à planifier les cycles de fabrication, encore la carence du service après-vente et l'insatisfaction consécutive des clients, ont tous été déjà écartés dans l'appréciation des causes du non-renouvellement, jugées précédemment ni réelles ni sérieuses.

Quant au grief de ventes de produits concurrents reproché à la société E, il s'agit d'une simple allégation non soutenue par des éléments probants, pas même par le courrier de la société S du 13 février 2012 qui évoque «*au cours des années 2009 à 2011, il s'est vendu en France de près de 70 machines, mais à notre grand étonnement, peu sont de marque T.* » ; en effet, ce courrier émane d'une société ayant pour objectif une collaboration avec la société T, il est inopérant à justifier des ventes par la société E de produits concurrents à la société T en violation de son obligation d'exclusivité, sans compter que les parties s'opposent sur les caractéristiques des matériels des divers fournisseurs relevant ou non de points communs relevant de l'obligation de non-concurrence.

Ce postulat de 68 machines concurrentes vendues sur le marché français est d'ailleurs repris comme postulat, de façon tout aussi erronée, par l'expert M dans son rapport concernant l'indemnisation de sa cliente.

La société T évoque aussi la distribution par la société E de matériels O, dont elle oublie qu'ils avaient été cédés par elle-même à la société E par l'acte de cession de la branche du fonds du commerce.

Aucun grief n'étant caractérisé à l'encontre de la société E, la société T est déboutée de sa demande, comme l'a déjà dit le premier juge.

Sur la machine vendue à la société F

La garantie du prix de rachat

La trancheuse TRS 1475 a été acquise par la société F localisée à ... suivant facture du 6 novembre 2009 d'un montant de 1.008.783,33 €, mais les parties fixent le prix à 1.209.00 € HT. Dès le 15 mars 2010, la société T relevait «*des problèmes soit techniques soit de productivité*» en étant informée de la menace de poursuite en justice par le client F par la société E qui a pris l'initiative de solliciter une expertise judiciaire (ordonnance du 9 février 2011).

L'expertise judiciaire confiée à M. A, qui tire des conclusions certes provisoires par suite d'un refus de consignation complémentaire, refus qui s'avère compréhensible de la part de la société E, démontre sans aucun doute que les défaillances de la trancheuse résultent de vices de conception, donc imputables au constructeur la société T, s'agissant de désordres multiples et majeurs affectant des éléments fissurés, déformés, usés prématurément, auxquels se sont ajoutés en cours d'expertise une rupture de chaîne de l'une des chenilles et la défaillance d'une pompe hydraulique.

La société T, qui a conclu avec la société F un protocole du 19 décembre 2012 par lequel elle a racheté la trancheuse pour le prix de 550.000 €, garanti par une caution bancaire ayant entraîné des frais de 3.700 €, n'est ainsi pas fondée à solliciter la condamnation de la société E au paiement de ces deux sommes. Le protocole vise sans ambiguïté que cette transaction répond à un objectif précis, qui est pour la société T, et elle seule, puisque la société E n'est pas partie à la transaction, de résoudre les difficultés apparues sur cette machine qui lui sont imputables.

Aucun élément du dossier ne vient démontrer un quelconque manquement de la part de la société E à ses obligations résultant du contrat de distribution, même dans les termes de suivi commercial et service après-vente à l'égard de la sociétés cliente, ou encore en lien avec un prétendu défaut d'information et de conseil allégué.

La société T tente de soutenir d'une part, être subrogée dans les droits de la société F, ce qui ne ressortit nullement des termes de la transaction, et aucune quittance subrogative n'est communiquée qui aurait signée par la société F au profit de la société E ; au demeurant, une partie subrogée ne détient pas plus de droits que la partie subrogeante, et cette dernière n'a émis à l'encontre de la société E aucune prétention ; la société T ne justifie pas plus bénéficier de droits résultant d'une novation, qui pour être reconnue doit être expresse.

De seconde part, la société T évoque le bétonnage des chaînes de la trancheuse qui a impacté le bon fonctionnement de leur alignement, qui serait causé par les matériaux de la carrière où fonctionnait la trancheuse, mais, sur ce point, l'expert A s'est étonné, avec raison, du fait que la société F ne subit pas les mêmes avaries sur les autres engins à chenilles qu'elle utilise sur le même site et donc sur le même terrain.

Etant ajouté que le moyen nouveau tiré de la prescription opposé par la société E en cause d'appel n'est pas fondé, la décision du premier juge est confirmée sur le rejet de la demande.

Les frais d'expertise

Corrélativement, les frais d'expertise menée par M. A pour un montant de 18.638,46 € TTC sont mis à la seule charge de la société T eu égard aux causes énoncées dans son rapport provisoire mais suffisamment probant pour écarter toute responsabilité de la part de la société E.

Le jugement déferé est aussi confirmé de ce chef.

Sur le préjudice moral

La société T sollicite une somme de 50.000 € au titre d'une atteinte à son image, en visant l'appréciation de M. M selon lequel si la part de marché d'une société passe en quelques années de 30% à un chiffre quasiment nul, son image auprès des prospects et clients en subirait une altération significative.

Ce qui est rejeté par confirmation du jugement.

En effet, outre qu'il a été précédemment retenu que l'appréciation de M. M reposait sur des bases inexacts quant au nombre de ventes en France, ce dernier a aussi suggéré à la société T la communication de documents tels que correspondances attestant de mécontentement de clients : or, aucun élément probant de ce type n'est communiqué, sans compter que la demande d'indemnisation d'un préjudice ne peut pas s'apparenter à l'évidence et nécessite la démonstration d'une faute et d'un préjudice certain en lien causal, ce qui n'est pas prouvé par la société T.

SUR L'ARTICLE 700 du code de procédure civile ET LES DEPENS

Les entiers dépens sont imputés à la charge de la société T partie perdante, en confirmation du jugement pour ceux de première instance.

Le jugement est en revanche infirmé sur l'application de l'article 700 du code de procédure civile et il est alloué une indemnité globale de 20.000 € au profit de la société E et à la charge de la société T.

PAR CES MOTIFS

La cour, statuant publiquement et par arrêt contradictoire,

Confirme le jugement déféré en ce qu'il a condamné la société T SPA à payer à la société E les sommes suivantes :

- 30.000 € au titre de l'acquisition du fonds de commerce, hors stock, outre intérêts aux taux légal à compter du 31 mars 2012,
- 74.547 € au titre de l'acquisition des pièces détachées, outre intérêts au taux légal à compter du 30 avril 2012,
- 18.636 € au titre des frais d'expertise (expert M. A) du dossier F sauf à dire que le chiffre exact est 18.638,46 € TTC,

Le confirme également en ce qu'il a rejeté la demande de la société E tendant à voir condamner la société T à produire une facture sous astreinte,

Le confirme en outre en ce qu'il a rejeté les demandes reconventionnelles de la société T relatives aux manquements de la société E (2.325.000 €), à la machine livrée à la société F Industrielle (550.000 € et 3.700 €) et à un préjudice d'atteinte à son image (ou préjudice moral, 50.000 €),

L'infirmé sur le surplus, *statuant à nouveau et ajoutant,*

Condamne la société T à verser à la société E, au titre de la violation de la clause d'exclusivité, jugée valable, la somme totale de 572.879 € au titre des ventes aux sociétés X (moteur, mars 2011), Y (trancheuse, mars 2012) et B (trancheuse, septembre 2010),

Condamne les sociétés E et T à supporter chacune la moitié des frais de l'expertise judiciaire de M. V d'un total de 12.393,60 €,

Laisse à la charge de la société T les frais de l'expertise unilatérale de M. M qu'elle a initiée,

Dit que la société T a décidé du non-renouvellement du contrat de distribution sans cause réelle et sérieuse,

Condamne la société T à verser à la société E à titre de dommages-intérêts destinés à réparer son préjudice résultant de la rupture injustifiée du contrat de distribution à la somme de 1.200.000 €,

Condamne la société T à verser à la société E une indemnité de procédure globale de 20.000 €,

Condamne la société T aux dépens de première instance et d'appel, ces derniers à recouvrer conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile par Maître C.

Le Greffier, Le Président,