Arrêt commercial

Audience publique du vingt juin deux mille douze.

Numéro 35871 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société anonyme A S.A., *établie et ayant son siège social à U, 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 d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette du 1er mars 2010,*

comparant par Maître Arsène KRONSHAGEN, avocat à Luxembourg ;

e t :

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

intimée *aux fins du susdit exploit NILLES,*

comparant par Maître Paul MOUSEL, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 16 janvier 2004 la société anonyme B S.A. (ci-après B) a fait donner assignation à la société anonyme A à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour voir dire que l'assignée est tenue d'intervenir à une instance pendante entre elle-même et la société en commandite simple C s.e.c.s. et pour voir condamner A à la tenir quitte et indemne de toute condamnation, sinon lui déclarer opposable le jugement à intervenir.

L'instance principale visée ayant été l'instance pendante entre la société B et la société C, a fait l'objet d'un jugement rendu par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 19 mars 2004 et d'un arrêt rendu par la Cour d'appel en date du 15 mars 2006 par lequel B a été condamné à payer à C la somme de 102.050,25 €. L'instance introduite par exploit du 16 janvier 2004 n'a pas été jointe à l'instance principale.

Par exploit d'huissier du 26 juin 2007 la société B a fait donner assignation à la société A a comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour voir principalement déclarer la résolution du contrat d'agence immobilière entre B et A et ordonner la restitution de toute somme payée par B en exécution dudit contrat, cette somme avec les intérêts légaux à partir du 20 mai 2002 sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde, subsidiairement dire que la prestation convenue a été fournie conjointement par A et C et, comme B, en exécution de sa condamnation par la Cour d'appel du 15 mars 2006 a payé la moitié de la commission à C , voir la partie défenderesse s'entendre condamner à restituer toute somme qui excède la moitié d'un mois de loyer, soit 124.235,11 + TVA 15 %, cette somme avec les intérêts légaux à partir du 20 mars 2002 sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde, plus subsidiairement dire que A a failli à son obligation d'exécution de bonne foi et condamner A au montant payé par B à C à tire de rémunération, soit 88.739,35 € + TVA 15 %, cette somme avec les intérêts légaux à courir à partir du 20 mars 2002 sinon à partir de l'assignation jusqu'à solde.

Les faits gisant à la base de la présente affaire sont les suivants :

Le 20 août 2001, la société B a conclu avec la société A un contrat chargeant la société A de rechercher, sur une base exclusive, un éventuel candidat à la sous-location pour des locaux pris en location dans l'immeuble D par la société B.

A titre de rémunération et en cas de sous-location, la société B s'était engagée à payer à la société A une commission équivalente à 10 % du loyer annuel.

Cette commission était également prévue pour le cas où – après la résiliation du contrat d'agence immobilière – une sous-location à un preneur introduit par l'agence interviendrait dans les six mois à partir de la résiliation.

Le contrat d'agence d'une durée de 12 mois était résiliable moyennant préavis d'un mois.

Le 10 septembre 2001 et le 25 octobre 2001, la société A a fait parvenir une liste d'amateurs potentiels à la société B, liste comprenant la société E.

Le 22 octobre 2001, les sociétés A et C ont fait parvenir une offre commune à la société E. Cette offre à l'adresse de la sous-locatrice potentielle a prévu à titre d'honoraires d'agence 15 % du loyer annuel.

Le 31 octobre 2001, les sociétés A et C ont fait une offre portant sur 3.000 m2 à 4.000 m2 à la société F et ont demandé à celle-ci de faire une contre-proposition.

Cette offre a prévu des honoraires d'agence de 15 % du loyer annuel.

Le 13 novembre 2001, la société C a confirmé à la société F qu'il est possible de louer 3.386 m2 sur un niveau au deuxième étage et aux mêmes conditions que celles du 31 octobre 2001.

Le 23 novembre 2001, la société B a informé la société A qu'elle résilie le contrat d'agence exclusif avec effet au 22 décembre 2001. Elle a cependant demandé à la société A de continuer à l'assister au-delà de la date de la résiliation, sur une base non exclusive, dans le cadre de la sous-location.

Le 28 novembre 2001, la société C a informé la société F qu'il n'est plus possible de louer +/- 3.500 m2 sur un étage et a précisé les surfaces qui restent à louer et les conditions de la sous-location.

Par la suite, la société C a rédigé un projet pour une option a accorder, du 7 au 21 décembre 2001 sur certaines surfaces de l'immeuble D, par la société B à la société F.

Cette option a prévu sub « Agencies fees » que *« In case that F S.A. will rent some office space in the D building a fee equivalent of 15 % of the annual rent will be paid to C and A, this fee will be split between both agents on a 50 % base. »*

En date du 7 décembre 2001 à 12.04 heures, ce projet d'option a été transmis, avec la remarque suivante *« Following our meeting yesterday I send you hereby the option you could send to F and copy of the letter we send to them on 31st October »,* par la société C à la société B.

En s'inspirant – sauf sur des points de detail – de ce projet d'option, la société B a transmis, en date du 7 décembre 2001 à 20.58 heures, une offre de contrat d'option à la société F.

En ce qui concerne les *« agency fees »*, cette offre a précisé que *« should F rent the office space … a fee equivalent of 15 % of the annual rent will be paid to B. »*

La société B a transmis en date du 11 décembre cette offre à la société C.

La société F n'a pas accepté l'offre lui transmise le 7 décembre 2001.

Le 28 décembre 2001, la société B a fait une nouvelle offre à la société F.

Cette offre a prévu en ce qui concerne l'*« agency fees »* qu'un *« fee equivalent of 15 % of the annual rent will be paid to B. »*

Cette offre a été transmise le même jour par la société B à la société C.

Le 10 janvier 2002, la société B a accordé – avec effet jusqu'au 18 janvier 2002 – une nouvelle option à la société F.

Cette option prévoit de nouveau en ce qui concerne les *« agency fees »* qu'un montant de 15 % du loyer annuel sera payé à la société B S.A..

Cette option a été transmise en copie par la société B S.A. aux sociétés A et C s.e.c.s..

L'option a été levée le 18 janvier 2002 par la société F.

Le 22 janvier 2002, le contrat de sous-location relatif aux surfaces définies dans l'option du 18 janvier 2002 a été signé entre les sociétés F et B S.A..

Le même jour un deuxième contrat relatif à d'autres surfaces a été signé entre les mêmes parties.

Suite à la conclusion de ces contrats de sous-location, A a réclamé à B dans une facture du 13 février 2002 le paiement de la commission d'agence de 10 % du loyer annuel s'élevant à 244.920,63 € (2212.974,46 + TVA de 15 %). Ce montant a été payé par B.

Dans son jugement rendu le 15 janvier 2010, le tribunal, après avoir joint les affaires introduites par les exploits des 16 janvier 2004 et 26 juin 2007 et reçu les demandes en la forme, a constaté qu'il existait un mandat d'agence immobilière écrit et à caractère onéreux entre B et A conformément à ce qui est prévu à l'article 8 du règlement du 20 janvier 1972 fixant le barème des commissions maxima pouvant être facturées par les agents immobiliers, a rejeté la demande de B en résolution du contrat d'agence immobilière du 20 août 2001 et sa demande en restitution de l'intégralité des montants perçus par A au motif que A a déployé avec C des efforts communs en vue de la conclusion d'un contrat de sous-location entre B et G, A n'ayant partant pas failli à l'exécution de ses obligations, a dit que A a pu réclamer à B une commission d'agence, que A peut prétendre à la moitié de la commission d'agence redue de ce chef *« d'autant plus qu'elle reconnaît dans ses conclusions du 22 mars 2004 avoir été d'accord pour partager la commission d'agence avec C »,* a dit, quant au montant de la commission d'agence, que par application des dispositions d'ordre public de l'article 5 du règlement grand-

ducal précité du 20 janvier 1972 la commission était à ramener à un mois de loyer soit au montant hors TVA de 177.478,71 €, de sorte que la commission partagée s'élève au montant de (177.478,71 :2=) 88.739,35 € + TVA de 15 %, soit au total de 102.050,25 €, a déclaré fondée la demande de B en répétition de l'indu, c'est-à-dire pour le montant payé en trop à A sur base de la facture précitée du 13 février 2002 et a condamné A au remboursement du montant de 244.920,63 – 102.050=142.870,38 €, ce montant correspondant au montant de 124.235,11 € + TVA de 15 % tel que réclamé dans l'assignation, avec les intérêts légaux à partir du 26 juin 2007 jusqu'à solde.

De ce jugement la société A a régulièrement relevé appel par acte d'huissier du 1er mars 2010.

Elle fait valoir que deux commissions ont été prévues : une entre A et B et une autre entre G et A et C et qu'elle n'a jamais été d'accord à partager avec la société C par moitié sa commission d'agence à payer par B, mais uniquement celle à payer par la société G. Elle estime partant que c'est à bon droit qu'elle a obtenu le paiement de la somme de 244.920,63 € sur base de sa facture du 13 février 2002 qui est à considérer comme facture acceptée valant reconnaissance de la créance y alléguée.

Elle critique encore les premiers juges pour avoir fait application du règlement grand-ducal précité du 20 janvier 1972, disant que le règlement grand-ducal ne s'applique pas en cas de sous-location dans la mesure où il prévoit une commission à charge du propriétaire et vise donc la seule location.

Elle analyse l'article 3.2 du contrat d'agence du 20 août 2001 comme n'étant pas une commission d'agence, mais une clause de dédit.

Elle conclut partant à se voir décharger des condamnations prononcées à son encontre et en ordre subsidiaire elle formule une offre de preuve par témoins plus amplement reprise dans ses conclusions du 16 novembre 2011.

La partie intimée conclut à la confirmation du jugement entrepris et au rejet de l'offre de preuve par témoins pour défaut de pertinence et de précision. Elle demande encore l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500 €.

La Cour constate avec les juges de première instance que l'article 3 du contrat d'agence du 20 août 2001, en ce qu'il vise expressément les frais d'agence *(agent's fees)* et la commission d'agence dus en cas de location des immeubles et fixe le montant de la commission redu à 10 %, ne contient pas de clause de dédit ; l'article 3.2 confère uniquement à A le droit d'obtenir également le paiement de la commission nonobstant la résiliation du contrat à condition qu'un contrat de location ait été conclu endéans un délai de 6 mois après expiration du contrat et que le locataire ait été présenté par l'agent immobilier à B dans le cadre du contrat d'agence.

S'agissant d'une commission, il y a lieu d'analyser ensuite l'applicabilité du règlement grand-ducal du 20 janvier 1972 à la sous-location.

L'article 5 du règlement grand-ducal dispose que *« la commission maximum pour les locations privées et commerciales est fixée à un mois de loyer. Cette commission est soit à charge du propriétaire, soit à charge du locataire, selon la convention entre parties. Elle peut également être facturée partie à charge du propriétaire et partie à charge du locataire, sans que le total puisse dépasser un mois de loyer. La commission n'est due qu'en cas de location effective ».*

C'est à tort que la partie appelante se réfère au terme de *propriétaire* pour en conclure que le règlement grand-ducal viserait uniquement la location entre le propriétaire et le locataire et ne viserait pas la sous-location dans la mesure où dans ce cas de figure ce n'est pas le propriétaire qui intervient au contrat et qui serait amené le cas échéant à payer une commission.

La Cour constate que le règlement grand-ducal vise deux catégories d'actes juridiques à savoir les ventes et les baux d'immeubles dans le but de limiter le montant des commissions à régler aux agents immobiliers intervenant dans le cadre de la conclusion de ces contrats.

Le contrat de sous-location est une location par lequel le locataire originaire agissant comme bailleur confère la jouissance d'une chose à un sous-locataire.

Le règlement grand-ducal qui vise les locations privées et commerciales s'applique dès lors également aux sous-locations en dépit du fait qu'il emploie le terme de *propriétaire*.

C'est dès lors à bon droit que le tribunal a fait application des dispositions d'ordre public du règlement grand-ducal du 20 janvier 1972 pour apprécier et fixer le montant de la commission.

C'est encore à tort que la partie appelante entend dire qu'il y a eu en l'espèce deux commissions distinctes l'une à payer par B et une autre à payer par G portant sur des montants différents de respectivement 10 % et 15 % du loyer annuel.

La Cour partage l'avis des juges de première instance qui ont dit que cette question est sans incidence quant au montant de la commission redue, étant donné qu'en cas de paiement partagé le montant total des paiements ne peut dépasser un mois de loyer, ceci en application de l'article 5 du règlement grand-ducal précité.

Par ailleurs, la commission initiale de 10 % prévue aux termes du contrat d'agence du 20 août 2001 payable au profit de A par B a été modifiée dans la suite pour être portée à 15 % du loyer annuel après que A et C se sont associés en vue de la recherche d'un sous-locataire et A et C en étaient les bénéficiaires chacune pour moitié (voir les offres communes de A et C faites à F et les projets d'option et les options à l'attention d'F). La Cour rappelle plus particulièrement, au vu des faits ci-avant exposés, que le projet pour l'option à accorder du 7 au 21 décembre 2001 à F élaboré par C prévoit expressément le partage des frais de 15 % à moitié égale entre C et A et que l'offre de contrat d'option à F finalisée par B sur base du prédit projet prévoit également le

paiement des 15 % à B qui est supposé avoir demandé une commission pour A et C (B n'est pas une agence immobilière). De même la dernière option accordée par B à F le 10 janvier 2002 prévoit le paiement de frais de 15 %, option qui a été transmise tant à C qu'à A, A n'ayant à aucun moment émis une quelconque protestation. Il n'est pas contesté par A qu'elle a été d'accord à partager la commission de 15 % avec C.

Il est par ailleurs démesuré de vouloir réclamer une commission cumulée s'élevant à 25 % du loyer annuel pour la location d'un même immeuble en présence des stipulations d'ordre public du règlement grand-ducal du 20 janvier 1972 ayant pour but d'éviter qu'une commission trop élevée ne soit encaissée par l'agent immobilier et venant limiter le montant de la commission à payer à un mois de loyer.

La partie appelante fait encore valoir à tort aux termes de son acte d'appel que B a payé C sur la base d'une facture acceptée valant reconnaissance de la créance y alléguée. Cette affirmation se trouve contredite par les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel du 15 mars 2006 n'ayant pas admis qu'il y a eu facture acceptée de la part de B dans les relations entre C et B.

En plus l'argumentation de A qui, en vue de se soustraire au remboursement du montant réclamé par B, soutient que B *« était en aveu du fait qu'elle est redevable de la facture de A du 13 février 2002 »* est dépourvue de pertinence et c'est à bon droit que les juges de première instance ont relevé que l'aveu ne saurait porter que sur des faits, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, s'agissant de la prétendue reconnaissance du bien-fondé d'un droit ; B a effectivement payé le montant facturé le 13 février 2002 à A et elle a agi dans la suite contre A sur la base subsidiaire invoquée de la répétition de l'indu.

La Cour constate que la juridiction de première instance a, par de justes motifs auxquels la Cour se rallie, déclaré la demande fondée sur la base subsidiaire invoquée de l'article 1376 du Code civil.

L'offre de preuve par témoins de la partie appelante est à rejeter, les faits offerts en preuve étant établis par les pièces versées au dossier et n'étant pour le surplus pas contestés par B qui admet aux termes de ses conclusions d'appel du 11 février 2011 *« que les faits sont établis par les pièces versées au dossier » ;* l'offre de preuve est encore à déclarer non concluante en ce que A entend établir une déduction juridique concernant le paiement par G à A et à C de deux sommes de 7,5 % du loyer annuel et le paiement par B de 10 % de ce même loyer, dans la mesure où une offre de preuve par témoins ne saurait porter que sur des faits.

Le jugement entrepris est dès lors à confirmer également par adoption des motifs non contraires des juges de première instance.

La demande de A en paiement d'une indemnité de procédure est à rejeter, étant donné que la partie qui succombe et qui est condamnée aux frais de l'instance ne saurait prétendre à l'allocation d'une indemnité de procédure.

Il est inéquitable de laisser à charge de la partie intimée une partie des frais non compris dans les dépens et l'indemnité allouée de ce chef est fixée au montant de 2.500 €.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel en la forme ;

le déclare non fondé ;

confirme le jugement entrepris ;

rejette la demande de la partie appelante en paiement d'une indemnité de procédure ;

condamne la partie appelante à payer à la partie intimée une indemnité de procédure de 2.500 € ;

la condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Paul MOUSEL, sur ses affirmations de droit.