

Arrêt N° 146/21 IV-COM

Audience publique du trente novembre deux mille vingt-et-un

Numéro CAL-2021-00123 du rôle

Composition:

Marie-Laure MEYER, président de chambre;
Carole BESCH, conseiller;
Nathalie HILGERT, conseiller;
Marcel SCHWARTZ, adjoint du greffier en chef.

E n t r e

la société à responsabilité limitée A, établie et ayant son siège social à, représentée par son gérant, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro,

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Guy Engel de Luxembourg du 23 décembre 2020,

comparant par Maître Roby Schons, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

la société anonyme B, établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro,

intimée aux fins du prédit acte Engel,

comparant par Maître Mathieu Fettig, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Faits

Suivant contrat de location signé le 8 octobre 2019 (ci-après le Contrat), la société à responsabilité limitée A (ci-après A) a pris en location auprès de la société anonyme B (ci-après B) un distributeur automatique pour une durée de 60 mois moyennant paiement d'un loyer mensuel de 292,59 euros TTC. Il est en outre prévu dans les mentions manuscrites du Contrat sous « remarques » qu'un logo doit être apposé sur le distributeur ; que le distributeur est doté de lecteurs billets et carte d'identité ; que B fournit à titre gratuit en tant que « sponsoring » une certaine quantité de produits et que le distributeur devient la propriété de A à la fin du contrat.

Il résulte des éléments du dossier que le distributeur a été livré en novembre 2019 sans logo et que ce dernier a été apposé sur le distributeur fin décembre 2019. B a émis le 1^{er} mars 2020 la facture n°1254 portant sur les loyers de janvier à mars 2020 qui n'a toutefois pas été payée.

Par courriel du 11 mars 2020, A a manifesté son intention de résilier le Contrat avec effet immédiat.

B a répliqué à ce courriel par courrier recommandé du 16 avril 2020 en informant A sur l'application de la clause pénale prévue à l'article 11.1 des conditions générales en cas de résiliation de sa part. Dans le même courriel, elle a encore mis A en demeure de procéder, en cas de maintien de la demande en résiliation, au paiement de 877,50 euros au titre des trois mois de loyers échus et du montant de 9.975 euros, soit 70% de 57 loyers non échus à 250 euros au titre de la clause pénale, ainsi qu'à la restitution du distributeur et en cas de continuation du Contrat, de payer les loyers de janvier à mars 2020.

Ce courrier n'a connu aucune suite de la part de A.

Procédure de première instance

Par exploit d'huissier du 16 juillet 2020, B a fait donner assignation à A à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, aux fins de l'entendre condamner :

- au paiement du montant de 10.852,50 euros avec les intérêts légaux à partir de la mise en demeure du 16 avril 2020, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde,

- à la restitution du distributeur dans un délai de 40 jours à partir de la signification du jugement sous peine d'une astreinte de 12,50 euros par jour de retard et

- au paiement d'une indemnité de procédure de 2.500 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et des frais et dépens de l'instance.

A n'a pas comparu en première instance.

Par jugement rendu réputé contradictoire du 23 octobre 2020, le tribunal a :

- reçu la demande et l'a dit fondée ;
- constaté que le Contrat est résilié avec effet au 1er mai 2020;
- condamné A à payer à B le montant total de 10.852,50 euros, le montant de 877,50 euros avec les intérêts légaux à partir du 16 avril 2020 et le montant de 9.975 euros avec les intérêts légaux à partir du 16 juillet 2020, jusqu'à solde ;
- ordonné à A de restituer à B le distributeur mis à sa disposition par Contrat du 8 octobre 2019 dans un délai de quinze jours à partir de la signification du jugement sous peine d'une astreinte de 12,50 euros par jour de retard ;
- dit non fondée la demande de B sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et en a débouté ;
- condamné la société A aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, le tribunal s'est référé à l'article 11.1 des conditions générales du Contrat pour retenir que le non-paiement par A des loyers depuis le mois de janvier 2020 constitue un manquement grave aux sens du prédit article et que le contrat a été résilié de plein droit avec effet au 1^{er} mai 2020, soit 15 jours après la mise en demeure du 16 avril 2020. Il a fait droit à la demande en paiement des trois mois de loyers échus, à la demande en paiement de la clause pénale sur base de l'article 11.1 des conditions générales et à la demande en restitution du distributeur en application de l'article 11.4 des conditions générales.

L'appel

Par exploit d'huissier du 23 décembre 2020, A a interjeté appel contre le jugement qui lui a été signifié le 18 novembre 2020.

Elle demande par réformation, à la Cour de :

- déclarer non écrites sinon inopposables les conditions générales de B ,
- prononcer la nullité du Contrat en raison du dol, sinon de l'erreur, sinon sa rescision en raison de la lésion,

- sinon, prononcer la nullité du Contrat en l'absence d'objet et de matière déterminée, sinon en l'absence de cause dudit contrat,
- sinon, constater que le Contrat a été résolu sinon résilié par elle par email du 11 mars 2020, sinon en raison de l'inexécution de la partie intimée,
- sinon, constater que B n'a pas respecté le Contrat entre les parties et la condamner à réparer le préjudice subi par l'appelante sur base de la responsabilité contractuelle, évalué provisoirement à un montant total de 8.000 euros, sous réserve d'augmentation en cours d'instance, ou tout autre montant à évaluer, ex aequo et bono par la Cour,
- à titre tout à fait subsidiaire, constater que le clause pénale doit être écartée en l'absence de cause, sinon constater son montant manifestement excessif et le réduire à un montant plus raisonnable, à évaluer par la Cour,
- condamner B à lui payer une indemnité de procédure de 3.000 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et aux frais et dépens des deux instances.

A la base de son appel, A fait valoir que le Contrat conclu le 8 octobre 2019 entre parties portait sur (1) la mise à disposition par B d'un distributeur automatique pour une durée de 60 mois en contrepartie du paiement d'un loyer mensuel de 292,50 euros, (2) l'entretien du distributeur et (3) la fourniture de diverses marchandises.

Elle soutient que B a livré au courant du mois de novembre 2019 un distributeur automatique incomplet et non conforme à son descriptif contractuel, étant donné qu'il a été livré sans logo et qu'il ne disposait pas d'un numéro d'enregistrement (numéro EORI) auprès des douanes et assises du Luxembourg. Elle relève à cet égard qu'en tant qu'exploitant d'un bar à Dudelange, elle souhaitait avoir à sa disposition un distributeur automatique principalement pour la vente de cigarettes, mais qu'il s'est avéré que la machine n'avait pas été enregistrée auprès des douanes. Elle ajoute que le distributeur souffrait de nombreux dysfonctionnements, défauts de conformités et vices cachés ; qu'il ne prenait « pas la monnaie et parfois pas les billets » et que malgré de nombreuses interventions d'un technicien de B, il n'a jamais fonctionné correctement. Elle affirme n'avoir pu réaliser qu'un chiffre d'affaires de 150 euros de janvier à mars 2020 à cause du non fonctionnement du distributeur.

Elle ajoute qu'elle avait légitimement pu croire que B allait lui fournir les marchandises pour remplir le distributeur et qu'elle n'avait pas été informée qu'elle devait faire appel à une société tierce pour la livraison de marchandises, ce qui a également retardé la mise en service et le fonctionnement du distributeur. Elle se base sur un échange de courriels pour soutenir que le distributeur n'a pu être effectivement mis en service, bien que fonctionnant toujours pas correctement, qu'à partir de fin janvier 2020.

Elle fait valoir qu'en raison notamment des dysfonctionnements permanents, des défauts de conformité, des soucis de mise en service, de maintenance de livraison, elle n'a eu d'autre choix que de demander la résolution du Contrat à B par courriel du 11 mars 2020. Par courrier du 16 avril 2020, le mandataire de l'intimée a répondu en réclamant le montant des loyers échus et, en cas de maintien de la volonté de résiliation du contrat, le montant de 10.852,50 euros.

Elle estime que le Contrat est nul pour cause de dol, sinon erreur, sinon lésion, sinon absence d'objet, sinon de cause. A titre plus subsidiaire, elle estime que le Contrat a été résilié pour défaut d'inexécution dans le chef de B et elle demande l'allocation de dommages et intérêts de 8.000 euros au titre du préjudice subi. Elle soulève en outre l'inopposabilité des conditions générales ainsi que l'absence de cause, sinon le caractère excessif de la clause pénale.

B se rapporte à prudence de justice en ce qui concerne la recevabilité de l'acte d'appel en la pure forme. Elle soulève in limine litis l'irrecevabilité des demandes indemnitaires adverses pour constituer des demandes nouvelles en appel.

Elle expose que suivant Contrat, elle a mis à la disposition de A un distributeur automatique qui était initialement voué à la vente de « snacks ». Néanmoins, en février 2020, elle a été informée que le distributeur avait été utilisé par A pour la vente de cigarettes et du CBD. Elle fait valoir que si ce distributeur permettait techniquement cette fonction, la vente de tabac est cependant soumise à une réglementation spécifique laquelle n'a pas été respectée par A. Ainsi, suite à un contrôle par les douanes, elle aurait été contactée par A qui lui demandait de mettre un numéro d'enregistrement sur le distributeur. Or, selon B, les démarches en vue de la vente de cigarettes doivent être faites par le vendeur et non pas par elle. Elle conteste dès lors toute obligation dans son chef à cet égard.

Elle conteste encore les dysfonctionnements allégués et fait valoir que lors de ses contrôles, aucune panne n'a pu être détectée. Elle ajoute qu'elle a récupéré le distributeur le 15 décembre 2020 en état de fonctionnement.

En ce qui concerne l'absence de logo, elle fait valoir que celui-ci a été demandé à A le 12 octobre 2019 et placé sur le distributeur le 12 décembre 2019.

En ce qui concerne la fourniture de marchandises, elle réfute l'argumentation adverse selon laquelle la mise à disposition du distributeur aurait été accompagnée de la fourniture de marchandises pour le remplir. Elle estime que le Contrat est clair et prévoit uniquement des échantillons, offerts par elle lors de la commande dans une quantité spécifiée par elle. Elle aurait par ailleurs informé A sur le fournisseur à contacter pour les snacks.

Elle estime dès lors que l'appel n'est pas fondé et que le jugement est à confirmer, à l'exception de la demande relative à la restitution (devenue sans objet depuis la restitution du distributeur) et de l'indemnité de procédure.

Elle requiert la condamnation de A à lui payer une indemnité de procédure de 2.000 euros pour la première instance et une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel et aux frais et dépens des deux instances.

Appréciation

L'intimée se rapporte à prudence de justice en ce qui concerne la recevabilité de l'acte d'appel en la pure forme.

S'il est exact que le fait, pour une partie de se rapporter à prudence de justice équivaut à une contestation, il n'en reste pas moins qu'une contestation non autrement étayée est à écarter, étant donné qu'il n'appartient pas au juge de suppléer la carence des parties au litige et de rechercher lui-même les moyens juridiques qui auraient pu se trouver à la base de leurs conclusions.

Il en découle qu'à défaut de contestations précises, le moyen tendant à voir dire que l'appel est irrecevable en la forme est à rejeter comme non fondé.

L'appel interjeté en date du 3 décembre 2020 contre le jugement rendu en date du 23 octobre 2020, qui a été signifié à l'appelante le 18 novembre 2020, est recevable en la forme.

B soulève ensuite l'irrecevabilité des demandes indemnitaires de l'appelante pour constituer des demandes nouvelles, prohibées en instance d'appel.

L'article 592 du Nouveau Code de procédure civile dispose ce qui suit :

« Il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale.

Pourront aussi les parties demander des intérêts, arrérages, loyers et autres accessoires échus depuis le jugement de première instance, et les dommages et intérêts pour le préjudice souffert depuis ledit jugement. »

La demande de A en allocation de dommages et intérêts est basée sur la responsabilité contractuelle de B. Elle ne constitue dès lors ni une demande tendant à la compensation ni une demande en défense

à l'action principale en paiement des loyers et de la clause pénale. Cette demande en réparation, formulée pour la première fois en instance d'appel, constitue dès lors une demande prohibée au sens de l'article 592 précité et ce indépendamment du fait que A n'a pas comparu en première instance.

Cette demande doit dès lors être déclarée irrecevable pour être contraire aux prescriptions de l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile.

En critiquant le jugement en ce qui concerne le rejet de la demande en paiement d'une indemnité de procédure, B relève appel incident.

Cet appel, non autrement critiqué sur ce point, est recevable.

Les questions préalables

L'opposabilité des conditions générales

A conclut à l'inopposabilité des conditions générales unilatéralement préétablies par B, motif pris qu'elles sont rédigées sur un document ne comportant ni signature ni paraphe et qu'elle conteste en avoir eu connaissance au jour de la signature du Contrat.

Les clauses contractuelles figurant au verso du Contrat sont à considérer comme des conditions générales préétablies étant donné qu'il ne résulte d'aucune pièce versée en cause et qu'il n'est d'ailleurs pas allégué qu'elles aient fait l'objet d'une négociation entre parties.

Aux termes de l'article 1135-1 du Code civil, les conditions générales d'un contrat préétablies par l'une des parties ne s'imposent à l'autre partie que si celle-ci a été en mesure de les connaître lors de la signature du contrat et si elle doit, selon les circonstances, être considérée comme les ayant acceptées.

Il résulte de la première page du Contrat que celui-ci « a été conclu pour une durée de 60 mois aux conditions générales et particulières dans la présente convention dont le locataire déclare avoir pris connaissance et l'avoir accepté ».

Il ressort encore de l'original du Contrat que les conditions générales, en police plus réduite, se trouvent en entier sur le verso.

L'article 1135-1 du Code civil n'exige pas que la partie contractante ait signé les conditions générales d'un contrat préétablies, mais il suffit qu'elle ait été en mesure de les connaître lors de la signature du contrat (Cour d'appel, 18 mai 1994, n°15111 du rôle).

Cet article consacre ainsi, à propos des conditions générales, la double exigence cumulative de la connaissance et de l'acceptation.

La connaissance des conditions générales exige tout d'abord une double connaissance portant, d'une part, sur l'inclusion des conditions générales dans le contrat (Cass. fr. 1ère civ., 5 janv. 2012, n° 10-24.592) et, d'autre part, sur le contenu même de ces conditions.

En l'espèce, la première page du Contrat renvoie expressément aux conditions générales qui se trouvent au verso du document. Si ces conditions y sont écrites dans une police légèrement plus réduite, la Cour constate cependant que la présentation (avec des chapitres et sous-chapitres sous-lignés et/ou en gras) des différentes clauses permet une lecture assez aisée et compréhensible des modalités applicables au Contrat à conclure, de sorte qu'il faut en déduire que A a bien été en mesure de les connaître au moment de la signature du Contrat et que sa signature emporte également acceptation desdites conditions générales.

Il s'ensuit que les conditions générales sont opposables à A.

Qualification de la relation contractuelle

A fait grief au tribunal d'avoir retenu que le Contrat portait uniquement sur la mise à disposition d'un distributeur automatique. Elle estime au contraire que le Contrat renferme trois contrats indissociables, mais de nature et portant sur des objets différents, à savoir :

- un contrat de location portant sur la mise à disposition du distributeur
- un contrat de maintenance du distributeur en renvoyant à l'article 6.2 des conditions générales (sous réserve de l'opposabilité de celles-ci) et
- un contrat de fourniture de marchandises.

B conteste cette qualification et fait valoir que le Contrat portait sur la seule mise à disposition d'un distributeur automatique dans les termes et conditions définis au Contrat et dans les conditions générales.

Suivant Contrat intitulé « contrat de location » B, dénommé bailleur, s'est engagée à mettre à disposition de A, dénommé locataire, un distributeur dont le modèle y est défini pour un loyer mensuel de 292,50 euros TTC sur une durée de 60 mois.

Les parties ont prévu sous remarques des mentions manuscrites: logo sur distributeur / lecteur billets, lecteur carte d'identité, sponsoring : suivi d'une quantité de snacks, chewing gum et briquets, le A Sàrl devient propriétaire après 60 mensualités payées.

Au vu des termes clairs du Contrat, c'est à bon droit que le tribunal a retenu que les parties étaient liées par un contrat de location. La circonstance que le bailleur s'est engagé dans l'article 6.2 des conditions générales, intitulé « Service en général » à mettre à disposition de A « les ressources nécessaires à la mise en œuvre et au bon fonctionnement du matériel donné en location », constitue une des obligations accessoires au contrat de location à charge du bailleur mais ne l'érige pas en contrat de nature différente et portant sur un objet différent.

Par ailleurs en ce qui concerne la fourniture de marchandises, le Contrat est également clair : il y est prévu la fourniture en début de contrat à titre gratuit d'une certaine quantité de produits y définis. On ne saurait déduire de cette mention un engagement par B d'un approvisionnement continu en produits ce d'autant moins qu'aucune référence à un prix, aux produits à livrer, respectivement à la périodicité des livraisons n'y sont prévues. Un tel engagement n'étant pas rapporté, le moyen tenant à l'existence de deux contrats autres que le Contrat de location est dès lors à écarter.

L'examen des moyens de A

Les moyens de nullité du Contrat

- le dol

A soutient qu'au moment de la conclusion du Contrat, B a, par le biais de manœuvres dolosives, ou du moins par son silence, sciemment laissé croire à A que le Contrat constituait également un contrat de livraison de marchandises et que B ne l'a délibérément pas informée qu'il faudrait faire appel à un sous-traitant pour l'approvisionnement en produits et que la livraison des marchandises ainsi que la mise en service du distributeur prendraient du temps.

A reproche encore à B d'avoir passé sous silence l'application éventuelle d'une clause pénale en cas de résiliation et les termes des conditions générales.

Le dol est une erreur provoquée par les dissimulations d'une partie contractante et repose sur une dissimulation intentionnelle. Il suppose donc une intention de tromper et il doit avoir été déterminant du consentement.

En l'espèce, A ne caractérise pas, à part la réticence dolosive, quelles manœuvres auraient été employées par B en vue d'obtenir son consentement, de sorte qu'il y a uniquement lieu d'apprécier si en l'espèce le dol est constitué par une réticence dolosive de la part de B.

La réticence dolosive est le mensonge par omission, le silence d'une partie dissimulant un fait qui, s'il avait été connu, aurait empêché de contracter. Si le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter, encore faut-il que cette partie ait été obligée d'informer son cocontractant se trouvant dans l'impossibilité de se renseigner lui-même. L'existence d'une obligation de parler constitue par conséquent la condition nécessaire de la sanction du dol par réticence. (O. Poelmans, Droit des obligations au Luxembourg, éd. Larcier, n°71)

Or, conformément à ce qu'il a été retenu ci-dessus, il ne résulte d'aucun élément du Contrat que B s'était engagée à livrer des marchandises autres que celles définies dans le Contrat sous le terme « sponsoring ». Dans la mesure où le Contrat portait sur la mise à disposition sur une longue période d'un distributeur vide, aucune obligation d'information sur les moyens d'approvisionnement ne pesait à charge de B, ce d'autant moins que les marchandises fournies par B à titre de sponsoring n'étaient pas les marchandises que A envisageait de mettre en vente par le distributeur alors qu'il se dégage des conclusions de l'appelante que celle-ci entendait vendre des cigarettes et non pas des snacks tels que chips, bifi, noix.

Il aurait au contraire appartenu à A de se renseigner soit auprès de B, soit auprès d'entreprises spécialisées, sur les moyens d'approvisionnement des marchandises qu'elle entendait mettre en vente.

Il en est de même en ce qui concerne le reproche tenant à l'omission de la part de B de l'informer sur les délais de livraison de ces marchandises, cette information n'étant ni comprise ni accessoire au Contrat de location du distributeur.

A ne développe finalement pas son moyen relatif au silence gardé par B pour la durée de la mise en service. Dans la mesure où elle n'a pas émis de critiques relatives au fonctionnement du distributeur lors de sa livraison le 13 novembre 2019 – sa critique étant limitée à l'absence de logo et accompagnée de la demande « pour les cigarettes et chips comment et quand nous sommes livrés » –, il faut admettre que le distributeur était fonctionnel au moment de sa livraison et que partant elle ne justifie pas en quoi il y aurait eu réticence dolosive dans le chef de B.

Finalement, en ce qui concerne une absence de mise en garde de l'application de la clause pénale, il se dégage de ce qui précède que A avait connaissance des conditions générales et que par sa signature elle les a reconnues. Elle a dès lors été en mesure d'apprécier la portée de son engagement et l'application de la clause pénale en cas de manquement de sa part. Il n'y a dès lors eu aucune réticence de la part de B à cet égard.

Le moyen tiré du dol n'est par conséquent pas fondé.

- L'erreur

En ce qui concerne le moyen tiré de l'erreur comme vice du consentement, l'article 1110 du Code civil dispose que l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Par substance, il faut entendre toute qualité dont la considération a été la cause déterminante de l'engagement (Cour d'appel, 9 février 2000, Pas. 31, p. 356).

Pour justifier l'annulation d'un contrat, l'erreur sur la substance doit avoir déterminé le consentement de celui qui s'oblige, elle doit être excusable, en ce sens qu'elle ne doit pas être la conséquence d'une faute de celui qui s'en prévaut, et elle doit finalement avoir atteint une qualité expressément ou implicitement convenue entre parties.

La charge de la preuve de l'erreur pèse sur le demandeur en nullité, l'erreur étant un fait juridique qui peut être établi par tous moyens.

Le demandeur doit tout d'abord démontrer la réalité de son erreur. Cette première démonstration est elle-même double puisqu'elle oblige à établir, d'une part, que le consentement a été donné dans une certaine croyance et, d'autre part, que cette croyance était contraire à la réalité.

L'erreur doit être excusable, l'erreur sur une qualité substantielle de la chose n'étant une cause de nullité du contrat que si cette erreur n'était pas facilement décelable. Si le contractant a, au contraire, disposé des moyens et du temps nécessaire pour déceler l'erreur, mais que par sa légèreté ou négligence il n'a pas procédé à certaines vérifications élémentaires, l'erreur dans laquelle il a versé est inexcusable, alors qu'une personne normalement raisonnable et avisée ne serait pas exposée à la commettre. L'erreur inexcusable constitue une faute dont celui qui l'a commise conserve les risques et s'oppose à l'annulation du contrat.

En l'espèce, A fait valoir qu'elle a légitimement pensé contracter

- un contrat de location d'un distributeur en état de fonctionnement doté d'un logo et d'un numéro d'enregistrement EORI auprès des douanes et des accises luxembourgeoises permettant d'effectuer les ventes en toute légalité,
- un service de maintenance du distributeur et
- la livraison de marchandises destinées au distributeur.

Il résulte des stipulations manuscrites sur le Contrat que les parties avaient prévu l'apposition d'un logo sur le distributeur. Il est encore constant en cause que B a demandé le 12 octobre 2019 à A de lui envoyer le logo. Il n'est cependant pas établi à quel moment A l'a

transmis à B. S'il se dégage des échanges de courriels (pièce n°4 de Me Schons) que lors de la livraison du distributeur en novembre 2019, le logo faisait défaut, A ne conteste pas les affirmations de B que le logo, sous forme d'autocollant, a été apposé par la suite en décembre 2019 sur le distributeur. B verse par ailleurs une photo (pièce n°5) montrant un distributeur avec le logo « ». Au vu de ces circonstances, A reste en défaut de justifier l'erreur alléguée.

Le Contrat est en revanche muet sur l'apposition d'un numéro d'enregistrement EORI. Il ne résulte cependant d'aucun élément du dossier que la fourniture d'un tel numéro aurait été déterminant pour l'engagement de A. Celle-ci ne justifie en effet pas qu'elle avait informé B qu'elle envisageait d'utiliser le distributeur pour la vente de cigarettes, de sorte qu'elle n'établit pas l'erreur sur une qualité substantielle de la chose.

En ce qui concerne le fonctionnement du distributeur, A ne verse aucun élément de nature à établir un quelconque vice affectant le distributeur. Dans ses courriels elle fait valoir de problèmes de réglage sans préciser lesquels, ni que ces problèmes ont persisté après les interventions de B. Elle ne saurait déduire de ses faibles recettes la preuve d'un dysfonctionnement du distributeur, de sorte qu'elle ne justifie pas en quoi il y aurait eu erreur de sa part.

En ce qui concerne le service de maintenance, il résulte bien des conditions générales que B s'était engagée à fournir un tel service. Il résulte encore de l'échange de courriels versés qu'elle est venue sur place pour faire les contrôles/réglages. Dans ces circonstances, A n'établit pas en quoi il y aurait eu erreur sur une qualité substantielle de la chose.

En ce qui concerne la livraison de marchandises, A reste encore en défaut de justifier qu'il s'agissait d'une qualité substantielle, ni en quoi cette erreur, à la supposer établie, n'était pas facilement décelable. En effet, le prix convenu porte sur la seule mise à disposition du distributeur et aucune indication n'y figure sur la nature ou le prix des marchandises qu'elle pensait que B allait lui livrer. A défaut d'une telle précision, il lui aurait appartenu de s'enquérir auprès de B afin de connaître les conditions relatives à l'approvisionnement des produits qu'elle souhaitait mettre en vente dans le distributeur automatique.

Le moyen n'est dès lors pas fondé.

- Lésion

A fait valoir sur base de l'article 1118 du Code civil qu'il existe une disproportion évidente entre les prestations promises et tous les risques et coûts qui devaient être assumés par elle aux termes des conditions générales. Elle cite à ce titre l'article 5.1 des conditions générales selon lequel par « la réception le client reconnaît avoir reçu

le matériel en bon état d'usage et d'entretien, apte au fonctionnement avec les accessoires nécessaires à son bon fonctionnement. » ainsi que l'article 5.2 qui prévoit que les délais de livraison donnés au client sont estimatifs et ne sont pas de rigueur », « les retards ne pourront jamais donner lieu à résiliation du contrat sauf si le retard est supérieur à trois mois ». Elle estime que ces clauses font courir tout le risque à A bien que la livraison et la mise à disposition du distributeur constituent une des obligations essentielles de B. Ces clauses créeraient une disproportion évidente en faisant courir tous les risques à A et en excluant toute responsabilité de B.

B soulève la prescription de cette demande, au motif qu'elle a été formulée pour la première fois en appel soit plus d'un an après la conclusion du Contrat. Au fond elle conteste toute disproportion entre les obligations réciproques.

A réplique au moyen tiré de la prescription en soutenant que si cette demande a été formulée plus d'un an après la conclusion du Contrat, elle a été formulée en appel d'un jugement rendu le 23 octobre 2020 et que conformément à l'article 2244 du Code civil, il y aurait eu interruption de la prescription.

La lésion est un déséquilibre qui résulte d'une disproportion évidente au moment de la conclusion du contrat entre la prestation promise par l'une des parties et la contrepartie de l'autre. Cette disproportion vicie le consentement lorsqu'elle a été introduite dans le contrat par l'exploitation d'une position de force, en abusant sciemment de la gêne, la légèreté ou l'inexpérience de l'autre partie (article 1118 du Code civil). L'action en rescision du contrat ou en réduction des obligations lésionnaires doit être exercée dans un délai d'un an à partir de la conclusion du contrat.

Il résulte des éléments du dossier que le moyen tiré de la lésion a été invoqué à titre de défense dans l'acte d'appel du 3 décembre 2020, soit plus d'un an après la conclusion du Contrat.

Il est admis que si la prescription éteint l'action en justice, elle n'éteint pas l'exception corrélatrice. Ainsi la jurisprudence considère-t-elle que les exceptions ne sont pas affectées par la prescription (cf. Jurisclasseur civil article 2219 à 2223, fasc, unique prescription extinctive- dispositions générales n°31)

Cependant, si le contrat a reçu un commencement d'exécution par celui qui invoque la nullité relative, la défense au fond n'existe plus passé le délai de la prescription (Jurispr. Gén., t. 33, V.° Obligations, n° 2940, qui précise bien que l'exception a la même durée que l'action lorsque l'acte a été exécuté, cité dans Jurisclasseur, op. cit n°34 et ss).

Tel est le cas en l'espèce, le Contrat ayant été exécuté pendant quelques mois, de sorte que l'exception tirée de la lésion est prescrite pour avoir été présentée plus d'un an après la conclusion du contrat. Contrairement aux allégations de l'appelante, le délai de prescription n'a pas été interrompu par l'assignation de B, l'article 2244 du Code civil, prévoyant l'interruption de la prescription en cas de citation en justice, n'étant pas applicable à la demande reconventionnelle (cf. Répertoire de droit civil, Prescription extinctive, Cours de la prescription, n°408).

- Absence d'objet et de matière déterminés

A demande la nullité du Contrat pour absence d'objet et de matière déterminée. Elle fait valoir que le Contrat prévoit manifestement la livraison de marchandises, comme l'indiqueraient les inscriptions manuscrites et les conditions générales. Elle estime qu'il manque en l'espèce l'indication quant à la fourniture de marchandises, les quantités sinon que A devra faire appel à une société tierce pour les marchandises,

Conformément à ce qui a été retenu ci-avant le Contrat portait sur la mise à disposition d'un distributeur vide avec fourniture de quelques produits spécifiés à titre de « sponsoring » et qu'il n'y avait aucun engagement de la part de B relative à un approvisionnement d'autres produits.

L'absence de toute indication quant à la fourniture de marchandises s'explique par le fait que le Contrat ne portait pas sur la fourniture de marchandises et ne saurait dès lors avoir une incidence sur la validité de celui-ci.

Le moyen n'est dès lors pas fondé.

- Absence de cause du Contrat

A fait valoir qu'elle s'était obligée à payer un prix en échange de la livraison d'un distributeur automatique en état de fonctionnement. Elle estime que si les marchandises ne devaient pas être livrées par B, A a conclu un contrat sans cause ou sur une fausse cause, puisqu'un distributeur automatique de marchandises ne peut manifestement pas fonctionner sans marchandise.

Il se dégage clairement du Contrat qu'il portait sur la seule mise à disposition d'un distributeur automatique contre paiement d'un loyer. L'état de fonctionnement du distributeur n'est pas dépendant de l'approvisionnement en produits de sorte que l'absence d'engagement de la part de B à cet égard n'a aucune incidence sur l'appréciation de la cause. En l'espèce, la cause du Contrat n'étant pas la fourniture de produits, le moyen n'est pas fondé.

- La demande en résolution, sinon résiliation du Contrat

A reproche au tribunal d'avoir retenu que le Contrat avait été résilié le 1^{er} mai 2020 par B. Elle se prévaut de son courriel du 11 mars 2020 pour dire que le Contrat a été résilié par ses soins en raison d'une inexécution de la part de B.

Elle se base en premier lieu sur l'article 1183 du Code civil et la clause 5.2 des conditions générales suivant laquelle « les retards ne pourront jamais donner lieu à résiliation du contrat sauf si le retard accusé est supérieur à 3 mois. Dans ce dernier cas, les éventuels loyers versés seront restitués. »

L'article 1183 du Code civil prévoit que la condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation : elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'évènement prévu par la condition arrive.

Elle fait valoir que le Contrat a été conclu le 8 octobre 2019 mais que le distributeur n'a été complètement livré que fin janvier 2020.

Elle ne justifie cependant pas à quelle date, les parties avaient prévu la livraison du distributeur. Dans la mesure où il incombait à A de fournir le logo pour l'apposer sur le distributeur et qu'elle ne justifie pas à quel moment elle s'est exécutée, elle ne saurait calculer le retard dans la livraison à partir de la date de la conclusion du Contrat.

N'établissant pas un retard supérieur à trois mois, elle ne saurait se baser sur la clause 5.2 des conditions générales pour justifier la rupture du Contrat.

A fait ensuite plaider que B n'a jamais exécuté ses obligations contractuelles d'une part en mettant à disposition de A un distributeur défectueux dès sa mise en marche, non conforme tant à sa description contractuelle au moment de la livraison (absence de logo) qu'à sa destination (absence de numéro EORI sur l'appareil permettant la vente au Luxembourg) et d'autre part en effectuant des prestations d'entretien réalisées sporadiquement, tardivement et qui n'ont jamais permis de résoudre les pannes et donc de permettre le bon fonctionnement du distributeur.

Au vu de ce qui a été retenu dans les paragraphes précédents, aucune faute n'est établie à l'égard de B relative à la livraison non conforme du distributeur. Il n'est pas non plus établi que le distributeur ait été défectueux dès sa livraison, respectivement que les interventions du technicien de B n'aient pas permis le bon fonctionnement du distributeur.

A défaut de ces preuves, la demande de A de résilier le contrat à la date du 11 mars 2020 n'est pas fondée.

La demande B

A fait grief au tribunal d'avoir appliqué la clause pénale, qu'il y aurait lieu à déclarer nulle pour absence de cause, respectivement à réduire pour être manifestement excessive.

Elle ne conteste cependant ni la demande en paiement des loyers échus depuis janvier 2020 ni la décision du tribunal que suite au non-paiement des loyers depuis le mois de janvier 2020, le contrat a été résilié de plein droit avec effet au 1^{er} mai 2020 soit 15 jours après la mise en demeure du 16 avril 2020.

Le jugement est dès lors à confirmer en ce qu'il a fait droit à la demande en paiement des loyers à hauteur de 877,50 euros avec les intérêts légaux à partir de la mise en demeure du 16 avril 2020.

- La clause pénale prévue à l'article 11.1 des conditions générales

A fait ensuite grief au tribunal d'avoir fait droit à la demande relative à la clause pénale prévue à l'article 11.1 des conditions générales. Elle estime que cette clause est dépourvue de cause. Elle expose qu'en fixant contractuellement un montant d'indemnisation aussi élevé (70% des loyers non encore échus) et en refusant de céder la propriété de la machine, B a privé la clause pénale de cause. Elle ajoute qu'en cas de résiliation de sa part avant terme, elle est forcée de régler le montant de cette clause, sans acquérir la propriété du bien. Elle se trouverait dans une bien plus mauvaise posture que si elle avait mené le contrat à son terme. Il y aurait également abus de la part de B qui pourrait reprendre la machine et la vendre à un autre client, en percevant dès lors le double du montant initial convenu entre parties.

La clause 11.1 (se trouvant dans le chapitre Résiliation/Résolution) des conditions générales, est libellée comme suit :

« en cas de manquement grave par le CLIENT aux obligations des présentes et après avoir mis le CLIENT en demeure de régulariser sa situation endéans quinzaine par lettre recommandée, B SA pourra faire valoir la résiliation de plein droit du contrat sans autre formalité ni procédure en justice. Est notamment à considérer comme manquement grave dans le chef du CLIENT : [...] le non paiement même unique d'un ou plusieurs loyers, [...].

Les loyers et autres montants payés ne feront l'objet d'aucun remboursement. En outre, B SA se réserve le droit de demander une indemnité forfaitaire correspondant à 70 (soixante-dix) % du montant

total des loyers mensuels non encore échus jusqu'à terme sans préjudice quant à tout autre montant supérieur [...]

Les intérêts de retard (voir article 4.3) sont en tout état de cause dus en plus de ce qui précède. »

Arguant que cette clause serait manifestement excessive, voire privée de cause, A demande à la voir dire nulle.

Cette demande est à rejeter.

La loi du 15 mai 1987 modifiant et complétant certains articles du Code civil et complétant la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur, a ajouté à l'article 1152 du Code civil un second alinéa de la teneur suivante: « Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire est réputée non écrite ». Cette disposition qui consacre le pouvoir de révision du juge écarte dans le droit commun des obligations la sanction de l'annulation de la clause pénale excessive.

Dans un arrêt du 6 décembre 2002, la Cour de Cassation belge a cassé un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers qui avait prononcé la nullité d'une clause pénale excédant le préjudice potentiel que les parties pouvaient prendre en considération au moment de la conclusion du contrat. Suivant la Cour de Cassation, le juge ne peut annuler une clause pénale au motif que son montant est plus haut que celui du dommage potentiel (cf. Revue de jurisprudence de Liège, Mons et de Bruxelles, 2003, p.1485 et observations Patrick Wéry; J.L.M.B. 2003/34, La sanction des clauses pénales comminatoires, p.1487 ; Cour d'appel, 10 novembre 2010, n° 35743 du rôle).

Les clauses pénales excessives relèvent, partant, quant à leur régime, de l'article 1152 alinéa 2 du Code civil.

A demande à titre subsidiaire à la réduire. Elle fait valoir que l'indemnisation forfaitaire prévue à l'article 11.1 a pour un effet un enrichissement injuste de B, étant donné qu'elle permet au bailleur de percevoir la quasi-totalité, soit 70% des loyers et du prix des services accessoires, alors même que l'appareil lui est restitué et qu'elle pourra le mettre à disposition d'autres clients.

Elle conteste encore l'affirmation de B que le distributeur automatique est commandé aux besoins spécifiques du client et n'est dès lors plus utilisable par après pour d'autres clients. Elle donne à ce titre à considérer que le Contrat renvoie à un modèle de série et hormis la possibilité d'y apposer un logo, le Contrat ne prévoit aucune spécificité. Elle renvoie par ailleurs aux affirmations (pour lesquelles elle maintient ses contestations) de B selon lesquelles le distributeur

avait été rendu en parfait état de fonctionnement. Elle en conclut que le distributeur peut aisément être reloué à un autre client.

La sanction contractuelle du manquement d'une partie à ses obligations s'applique du seul fait de cette inexécution. Par conséquent, le créancier victime de l'inexécution n'a pas à démontrer l'existence d'un préjudice (Cass. civ. 3ème, 20 décembre 2006, n° de pourvoi 05-20.065, Recueil Dalloz 2007, p.371).

Il appartient au juge d'apprécier si la pénalité prévue au contrat est manifestement excessive. Le caractère manifestement excessif ou non de la clause doit être objectivement apprécié (Cass.com., 27 mars 1990 : Bull.civ.1990, IV, n° 90). Le premier critère à considérer est tiré de la comparaison entre le montant de la peine stipulée et l'importance du préjudice effectivement subi par le créancier. Le deuxième consiste à examiner la situation respective des parties pour le cas où la clause pénale devrait être appliquée dans toute sa rigueur en vue de vérifier si par son application le créancier ne tire pas un plus grand avantage de l'inexécution de l'obligation qu'il n'en aurait tiré de son exécution. Le troisième est l'appréciation de la bonne foi du débiteur (Cour d'appel, 10 février 2010, P. 35, p.153).

Si l'article 1152 du Code civil consacre le caractère forfaitaire des dommages et intérêts convenus par les parties pour le cas d'inexécution par l'une d'elles des obligations découlant de leur contrat, toujours est-il que le législateur, dans un souci d'équité, a, par la loi du 15 mai 1987, donné au juge la possibilité de modérer ou d'augmenter la peine convenue si celle-ci est manifestement excessive ou dérisoire.

En ouvrant la voie du pouvoir modérateur du juge pour prévenir des excès en la matière, cette législation ne devait cependant présenter qu'un caractère d'exception. Le législateur n'entendait pas remettre en cause la vertu coercitive et l'efficacité préventive de la clause pénale. Le maintien de la clause pénale est la règle et sa réduction l'exception.

En cas de reconnaissance du caractère manifestement excessif de la peine stipulée, il incombe au juge de la réduire dans une limite située entre le préjudice effectivement souffert et le seuil au-delà duquel elle aurait un caractère manifestement excessif. Si le juge refuse la modification demandée de la clause, il n'a pas à donner un motif à sa décision, car ce faisant il applique purement et simplement la convention des parties. En revanche, lorsqu'il décide de réajuster la clause manifestement excessive, il doit motiver sa décision, c'est-à-dire indiquer en quoi la clause est manifestement excessive (Cour 9 novembre 1993, P. 29, 293 ; Cour, 20 janvier 2005, n° 28782 du rôle).

Il importe de rappeler que comme la clause pénale est un forfait, elle est due en l'absence de toute preuve de préjudice. Ce n'est pas le préjudice qui rend la peine exigible, mais l'arrivée des événements

pour lesquels elle est prévue, en l'espèce le non-paiement des loyers endéans le délai de 15 jours après la mise en demeure.

Cependant, lorsque le débiteur demande la révision de la clause pénale en arguant de son caractère manifestement excessif, le créancier a intérêt à combattre les arguments avancés par le débiteur en établissant la réalité et l'étendue de son préjudice (Cour d'appel 10 novembre 2010, P. 35, p. 277).

Le caractère manifestement excessif ou non de la clause ne peut résulter que de la comparaison entre le préjudice effectivement subi et le montant de l'indemnité prévue. Le préjudice réel est le paramètre qu'il faut considérer, puisque les juges ne peuvent, en fixant le montant de l'indemnité résultant de l'application d'une clause pénale manifestement excessive, allouer une somme inférieure au montant du dommage subi par le créancier (Cass.com., 14 décembre 2010, n° 09-68.275 : RTD civ.2011, p.122, obs. Fages).

B argumente qu'elle ne fabrique pas les distributeurs mais qu'elle les commande auprès de fournisseurs selon les besoins propres du client. Elle ajoute que dans les cas où elle récupère les distributeurs, que ce soit à l'amiable ou au contentieux, ils sont souvent cassés. Selon elle le marché du distributeur automatique est un marché bien spécifique et que les clients veulent au départ une machine neuve. Le marché du distributeur automatique d'occasion serait dès lors pas respectivement peu existant et que dès lors les conditions générales tendent ainsi à limiter ses pertes.

Il est admis que le montant de la clause pénale peut excéder le préjudice réellement subi, il faut néanmoins que l'indemnisation ne soit pas manifestement excessive.

Aux termes de l'article 11.1 des conditions générales du Contrat, A redoit une indemnité égale à 70% des loyers à échoir à compter de la résiliation du 1^{er} mai 2020 jusqu'au terme initial du Contrat.

Il importe de rappeler que le Contrat signé par les parties le 8 octobre 2019 a été conclu pour une durée de 60 mois et que selon les mentions manuscrites apposées, le distributeur devenait la propriété de A après le terme.

Il résulte des éléments du dossier que si le distributeur a été livré le 13 novembre 2019, le premier loyer n'a été réclamé que pour janvier 2020, de sorte qu'il faut admettre que le Contrat a pris effet le 1^{er} janvier 2020 et que conformément à ce qu'il a été retenu ci-avant, il a été résilié avec effet au 1^{er} mai 2020. Il résulte encore des éléments du dossier que le distributeur a été restitué le 15 décembre 2020, en parfait état, selon B.

Les affirmations de B quant à la commande d'un distributeur spécifique pour chaque client ne sont justifiées par aucune pièce. La Cour constate au vu de la photo versée qu'il s'agit a priori d'un distributeur usuel existant dans le commerce. Par ailleurs, dans la mesure où B admet que le distributeur était en parfait état de fonctionnement lorsqu'elle l'a récupéré, l'allégation selon laquelle souvent les distributeurs ne sont plus en état de pouvoir être reloués à d'autres clients est à rejeter comme non fondée en l'espèce. B ne justifie pas qu'elle ne peut pas relouer ce distributeur quasi-neuf.

Compte tenu du fait qu'en cas d'exécution du contrat, A aurait eu, en contrepartie du paiement de $(292,50 \times 60 =) 17.550$ euros, après 60 mois de mise à disposition du distributeur, la propriété de ce matériel et que suite à la résiliation du contrat, elle a dû restituer le distributeur, le paiement de 70% des 57 de loyers à échoir au titre de la clause pénale est manifestement excessif.

Eu égard des principes énoncés ci-dessus, des éléments de l'espèce et au vu du fait que A disposait du distributeur du 13 novembre 2019 au 15 décembre 2020, la Cour réduit la clause, ex aequo et bono, à 50% des loyers à échoir.

Par réformation du jugement, la demande de B au titre de cette indemnité est dès lors fondée à hauteur de (50% de 57 mois de loyers HTVA, soit 50% de $(250 \times 57 = 14.250)$) 7.125 euros, de sorte que la demande en condamnation est à déclarer fondée pour la somme de $(877,50 + 7.125 =) 8.002,5$ euros. C'est encore par une juste appréciation, non contestée en appel que le tribunal a fait courir les intérêts légaux sur le montant de 877,50 euros à partir du 16 avril 2020 et sur le montant retenu pour la clause pénale, soit en appel 7.125 euros, à partir du 16 juillet 2020.

Les indemnités de procédure

A qui est à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

Au vu de l'issue du litige, il est inéquitable de laisser à la charge exclusive de B les frais non compris dans les dépens qu'elle a exposés tant en première instance qu'en instance d'appel.

Par réformation, il convient partant de lui allouer une indemnité de procédure de 750 euros pour la première instance et de 1.500 euros pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, en application de l'article 2 de la loi modifiée du 19 décembre 2020 portant adaptation temporaire de certaines modalités procédurales en matière civile et commerciale,

reçoit les appels principal et incident en la forme,

dit la demande en réparation du préjudice subi et la demande en rescision pour lésion irrecevables,

dit l'appel principal non fondé en ce qui concerne les moyens de la société A tendant à la nullité et à résolution du contrat et à la nullité de clause pénale,

dit l'appel principal fondé en ce qui concerne la demande en réduction de la clause pénale,

dit l'appel incident fondé,

par **réformation** du jugement entrepris,

condamne la société à responsabilité limitée A à payer à la société anonyme B le montant de 8.002,5 euros avec les intérêts légaux sur le montant de 877,50 euros à partir du 16 avril 2020 et sur le montant de 7.125 euros à partir du 16 juillet 2020, jusqu'à solde,

condamne la société à responsabilité limitée A à payer à la société anonyme B une indemnité de procédure de 750 euros,

confirme le jugement pour le surplus

dit non fondée la demande de la société à responsabilité limitée A introduite sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

condamne la société à responsabilité limitée A à payer à la société anonyme B une indemnité de procédure de 1.500 euros pour l'instance d'appel,

condamne la société à responsabilité limitée A aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Mathieu FETTIG qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.