

## **Arrêt N° 170/20 IV-COM**

Audience publique du vingt-deux décembre deux mille vingt

Numéro 44529 du rôle

### Composition:

Marie-Laure MEYER, président de chambre;  
Carole BESCH, conseiller;  
Nathalie HILGERT, conseiller;  
Eric VILVENS, greffier.

### **E n t r e**

**la société SOC.1.)**, établie et ayant son siège social à (...), UAE, représentée par son gérant, inscrite au Registre de Commerce de Dubaï sous le numéro (...),

**appelante** aux termes d'un acte de l'huissier de justice suppléant Luc Konsbruck, en remplacement de l'huissier de justice Pierre Biel de Luxembourg, du 17 février 2017,

comparant par la société en commandite simple Bonn Steichen & Partners, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 2, rue Peternelchen, Immeuble C2, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée par son gérant, la société à responsabilité limitée Bonn Steichen & Partners, elle-même représentée par son gérant Maître Fabio Trevisan, avocat à la Cour,

### **e t**

**la société anonyme SOC.2.)**, anciennement **SOC.2'.**), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

**intimée** aux fins du prédit acte Konsbruck,

comparant par la société en commandite simple Allen & Overy, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 5, avenue J.F. Kennedy, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée par Maître Thomas Berger, avocat à la Cour.

## LA COUR D'APPEL

Par un arrêt rendu en date du 31 juillet 2018, la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière commerciale, a :

- reçu l'appel de la société de droit émirati **SOC.1.)** (ci-après **SOC.1.)**) contre le jugement du 15 décembre 2016,

- l'a dit partiellement fondé,

- réformant :

- dit que le contrat de distribution (ci-après le Contrat) entre parties est résilié aux torts exclusifs de la société anonyme **SOC.2.)** (anciennement **SOC.2'.)** (ci-après **SOC.2.)**),

- déclaré la demande en indemnisation présentée par **SOC.1.)** non fondée en ce qu'elle porte sur des frais et dépenses engagés, sur la perte d'une chance de réaliser un gain sur des produits offerts et sur l'atteinte à l'image et à la réputation de **SOC.1.)**,

- déclaré la demande en indemnisation tenant à la perte d'un gain futur fondée en principe,

- avant tout autre progrès en cause :

- ordonné la révocation de l'ordonnance de clôture et la réouverture des débats aux fins de permettre aux parties de prendre des conclusions quant au bénéfice net que **SOC.1.)** aurait pu réaliser pendant la durée du contrat de dix ans convenue, en considération des quantités minimales de livraison convenues,

- renvoyé l'affaire devant le magistrat de la mise en état,

- réservé le surplus et les frais.

Pour statuer ainsi, la Cour a d'abord rejeté les moyens de nullité du Contrat, soulevés par l'intimée et elle a dit que le Contrat n'est pas caduc.

Elle a ensuite retenu que l'impossibilité d'exécuter le Contrat est due à la faute de **SOC.2.)** et que « *la résiliation du contrat est donc à prononcer aux torts de **SOC.2.)**, et ce pour l'intégralité du contrat, donc pour l'Arabie Saoudite et pour les autres pays* ».

Concernant les préjudices invoqués par l'appelante, la Cour a déclaré non fondée la demande en indemnisation des frais et dépenses engagés par **SOC.1.)** alors que celle-ci restait en défaut de

prouver dans quelle mesure les pièces par elle versées sont en rapport avec les négociations du Contrat entre parties.

La demande de **SOC.1.)** portait également sur l'indemnisation de la perte d'un gain futur (i.e. la perte de rémunération consistant en la marge opérée sur la revente des produits achetés à **SOC.2.)**).

Concernant cette demande, la Cour a retenu qu'en raison des aléas du marché « *la perte en cause est à indemniser par la prise en compte d'une perte de chance* ». Elle a ensuite dit que « *la demande de **SOC.1.)** en indemnisation de la perte d'un gain futur est donc à déclarer fondée en principe en ce sens* ».

Elle a précisé qu'il résultait des conclusions de l'appelante que sa demande ne porte que sur la perte de gain relative au marché de l'Arabie Saoudite et que son évaluation à 70 % de la partie du marché relative à l'Arabie Saoudite n'est pas contestée par l'intimée.

Concernant le rejet de la demande de **SOC.1.)** en indemnisation de l'atteinte à l'image et à la réputation, l'arrêt ne contient aucune motivation.

Suite à cet arrêt les parties ont conclu comme suit :

- la partie appelante

Dans le dispositif de ses conclusions récapitulatives du 14 avril 2020, **SOC.1.)** demande à la Cour :

à titre principal, de condamner **SOC.2.)** à lui payer au titre de l'indemnité due en application de l'article 16.3 paragraphe 2 du Contrat la somme de 4.915.530 euros, en retenant la date du 14 octobre 2015 comme date de résiliation du Contrat et la date du 9 septembre 2025 comme date du terme initial du Contrat,

à titre subsidiaire, de condamner **SOC.2.)** à lui payer la somme de 6.107.145 euros correspondant au bénéfice net qu'elle aurait pu réaliser pendant la durée du Contrat de dix ans, en considération des quantités minimales de livraisons convenues,

à titre encore plus subsidiaire, de condamner **SOC.2.)** à lui payer la somme de 4.275.001,05 euros, correspondant à 70% du bénéfice net qui aurait pu être réalisé pendant la durée du Contrat de dix ans, en considération des quantités minimales de livraisons convenues, et ce, compte tenu du fait que l'exécution du Contrat sur le marché de l'Arabie Saoudite devait générer 70% des bénéfices de **SOC.1.)**,

à titre infiniment subsidiaire, de nommer un expert dont la mission consistera à déterminer le montant du bénéfice net qui aurait pu être réalisé par **SOC.1.)** pendant la durée du Contrat de dix ans convenue,

en considération (i) des quantités minimales de livraison convenues, (ii) des marges bénéficiaires qui auraient dû être réalisées par **SOC.1.)** conformément à l'annexe 7 du Contrat et (iii) du volume des dépenses figurant également à l'annexe 7 du Contrat.

Elle réclame une indemnité de procédure de 15.000 euros et la condamnation de l'intimée aux frais et dépens des deux instances.

- la partie intimée

**SOC.2.)** fait valoir qu'en l'espèce, le préjudice de **SOC.1.)** doit s'analyser en une perte de chance de réaliser un profit sur la revente des produits en Arabie Saoudite.

Elle expose qu'il existe un aléa significatif concernant la marge que l'appelante aurait pu réaliser et que les coûts à supporter en relation avec la distribution et la vente des produits, comprenant les coûts liés à la promotion et la distribution des produits, les coûts salariaux, les coûts liés à la sous-traitance, les frais logistiques tels que les frais de stockage et de livraison, voire les coûts de tests cliniques requis par les autorités émiraties, sont considérables.

Elle développe ensuite en détail les nombreux aléas susceptibles d'impacter le volume des ventes qu'aurait pu réaliser l'appelante en Arabie Saoudite notamment au vu de l'absence de protection des produits par un brevet et du risque pour **SOC.1.)** d'être confrontée à l'apparition de génériques sur un marché très concurrentiel.

L'intimée souligne que nonobstant le fait que le Contrat a été conclu pour une durée de dix ans, il serait plus que probable qu'il ait pris fin avant son terme alors qu'il peut être résilié notamment en cas de retrait de produits de la vente par **SOC.1.)** (p.ex. en cas de découverte d'effets secondaires), en cas de changement substantiel d'actionnariat de l'appelante, en cas de cession de son activité à un tiers ou en cas de manquement substantiel de **SOC.1.)** à ses obligations contractuelles.

**SOC.2.)** explique encore, sur base des résultats d'**SOC.3.)**, le distributeur exclusif de ses produits en Arabie Saoudite, que **SOC.1.)** aurait subi sur la période 2018 à 2019 une perte totale de 1.814,370,08 euros.

L'intimée fait valoir que la Cour a retenu dans l'arrêt du 31 juillet 2018 que l'article 16.3 du Contrat ne serait pas applicable en l'espèce (cf. page 36 de ses conclusions récapitulatives). Elle rappelle que le Contrat a été résilié judiciairement à ses torts et elle explique que « *les clauses pénales/d'indemnité prévues au contrat pour le cas de sa dénonciation unilatérale ne sauraient trouver application dans l'hypothèse d'une résiliation judiciaire* ».

Au vu de ce qui précède, **SOC.2.)** demande à la Cour de constater que **SOC.1.)** n'a en réalité subi aucun préjudice indemnisable ; sinon de constater que son préjudice est tellement incertain et hypothétique qu'il ne saurait y avoir une quelconque perte de chance pour **SOC.1.)** susceptible de donner lieu à indemnisation ; sinon constater que le préjudice de **SOC.1.)** résultant de la perte de chance de réaliser des gains égal à 0 euros, sinon à un euro symbolique.

### Appréciation

Il ressort du jugement du 30 juin 2016 que **SOC.1.)** avait à titre principal donné assignation à **SOC.2.)** pour la voir condamner à se conformer aux engagements pris en vertu du Contrat et, à titre subsidiaire, elle avait conclu à voir condamner **SOC.2.)** à lui payer les montants suivants :

- 6.623,74 euros au titre des frais et dépenses déjà engagés en exécution de ses propres obligations découlant du contrat de distribution, avec les intérêts légaux à partir du 26 octobre 2015, sinon à partir de la demande en justice,

- 4.275.001,50 euros au titre de la perte d'un gain futur, ou à tout autre montant à arbitrer, avec les intérêts légaux à partir du 26 octobre 2015, sinon à partir de la demande en justice,

- 1.250.588 euros au titre de la perte d'une chance, ou à tout autre montant à arbitrer, avec les intérêts légaux à partir du 26 octobre 2015, sinon à partir de la demande en justice,

- 50.000 euros au titre de l'atteinte portée à son image et à sa réputation, ou à tout autre montant à arbitrer, ou à dire d'expert, avec les intérêts légaux à partir du 26 octobre 2015, sinon à partir de la demande en justice.

Dans l'acte d'appel du 17 février 2017, **SOC.1.)** conclut, par réformation du jugement du 15 décembre 2016, principalement à la condamnation de l'intimée à se conformer aux engagements pris sous le Contrat et à titre subsidiaire, à sa condamnation à lui payer les montants indiqués ci-dessus.

Elle demande encore, en dernier ordre de subsidiarité, et au cas où la résiliation du Contrat devait être prononcée, de le déclarer résilié aux torts exclusifs de **SOC.2.)** et de condamner celle-ci à lui payer au titre de l'indemnité due en application de l'article 16.3 paragraphe 2 du Contrat, la somme de 6.038.155,74 euros, en retenant la date du 14 octobre 2015 comme date de résiliation du Contrat.

Par l'arrêt du 31 juillet 2018, la Cour a tranché une partie du principal alors que dans le dispositif les demandes en indemnisation de **SOC.1.)** pour les frais et dépenses engagés, pour la perte d'une

chance de réaliser un gain sur des produits offerts et celle portant sur l'atteinte à l'image et à la réputation ont été déclarées non fondées et que seule la demande en indemnisation tenant à la perte d'un gain futur a été déclarée fondée en principe.

La réouverture des débats a été limitée à la question de l'évaluation du bénéfice net que **SOC.1.)** aurait pu réaliser pendant la durée du contrat de dix ans, en considération des quantités de livraison convenues.

Au vu du libellé du dispositif de l'arrêt du 31 juillet 2018, la Cour ne peut plus connaître de la demande en indemnisation pour perte de chance.

L'affirmation de l'intimée, que la Cour ait demandé aux parties de « conclure sur la question de l'évaluation du préjudice que constitue la perte d'une chance pour **SOC.1.)** de réaliser un gain sur la revente des Produits pour le marché de l'Arabie Saoudite » procède d'une lecture erronée dudit arrêt.

Il ne ressort pas non plus du dispositif que le préjudice de **SOC.1.)** s'analyse en une perte de chance. Au contraire, le dispositif indique que la demande pour perte de chance n'est pas fondée.

Les développements des parties au sujet de la perte de chance ne sont donc ni concluants, ni pertinents.

Selon l'arrêt, la Cour a constaté « qu'il résulte des conclusions de l'appelante que sa demande ne porte que sur la perte de gain relative au marché de l'Arabie Saoudite et, ensuite, que son évaluation à 70% de la partie du marché relative à l'Arabie Saoudite n'est pas contestée par l'intimée » (cf. page 19 de l'arrêt).

Conformément aux rétroactes et conclusions de **SOC.1.)**, cette limitation ne s'applique toutefois pas dans le cas où la résiliation du Contrat serait prononcée (cf. acte d'appel p.20 et 21).

La Cour aurait donc dû préciser que l'indemnisation requise ne porte que sur la perte de gain relative au marché de l'Arabie Saoudite qu'en cas d'exécution partielle du Contrat. Pour le cas d'une résiliation judiciaire, il ressort clairement de l'acte d'appel que **SOC.1.)** réclamait la somme de 6.083.155,74 euros en principal en application de l'article 16.3 du Contrat.

Par ailleurs, la Cour n'a pas - après avoir prononcée la résiliation judiciaire du Contrat - examiné la demande en indemnisation sur la seule base invoquée par l'appelante pour ce cas de figure (i.e. article 16.3 du Contrat). Elle s'est uniquement prononcée sur les demandes en indemnisation formulées par l'appelante dans l'hypothèse d'une exécution du Contrat limitée aux territoires autres que l'Arabie

Saoudite (i.e. frais et dépenses, perte d'un gain futur, perte d'une chance et atteinte portée à l'image et à la réputation). Elle a ensuite, dans les motifs, expliqué pourquoi le dommage subi serait à indemniser sur base de la perte d'une chance (cf. page 18 : alors que le marché visé, comme tout autre marché, comporte des aléas, notamment ceux relatifs au volume des ventes aux sous-distributeurs qui dépendent de la demande des consommateurs et de la vente concurrentielle d'autres produits, aux risques sanitaires et aux risques économiques et politiques, la perte en cause est à indemniser par la prise en cause d'une perte de chance) pour, dans le dispositif, déclarer la demande pour perte de chance non fondée.

Le rejet de la demande pour perte de chance (au dispositif) est en contradiction avec les motifs ; la décision est factuellement discutable alors qu'un distributeur n'est pas assuré de générer un profit sur un médicament en particulier, qu'il doit faire face aux aléas du marché, à des produits concurrentiels, que sa marge est incertaine et qu'il supporte des coûts importants et que le « *bénéfice net* » n'est pas nécessairement fonction « *des quantités minimales de livraison convenues* ».

Elle s'impose toutefois à la Cour autrement composée.

La Cour a, dans le dispositif de l'arrêt du 31 juillet 2018, délimité le domaine de l'indemnisation redue à **SOC.1.)** à celui de la perte d'un gain futur.

Cette décision s'impose également à la Cour autrement composée.

L'appelante demande l'indemnisation des gains futurs qu'elle aurait réalisés en cas d'exécution du Contrat.

Le Contrat conclu entre parties n'a jamais reçu d'exécution.

La perte alléguée par la partie appelante consistant dans la perte d'un gain futur ne devient réalité que si le Contrat est exécuté.

La réalisation de ces gains étant soumise à de nombreux aléas, c'est partant à bon droit que la Cour a, dans la motivation de l'arrêt, retenu qu'il y a lieu à indemnisation de la perte d'une chance. Celle-ci implique toujours l'existence d'un aléa ; c'est ce qui la distingue du strict gain manqué, dont l'obtention aurait été certaine, si le fait dommageable n'était pas survenu.

En droit, la perte d'une chance ne constitue un préjudice indemnisable que si la chance perdue est sérieuse, c'est-à-dire si la probabilité que l'événement heureux survienne était importante. L'événement purement hypothétique n'a pas ce caractère, de sorte que si sa survenance devient clairement impossible, celui qui en aurait profité n'a rien perdu de considérable et ne peut obtenir réparation du

chef de la perte de cette pure éventualité : son préjudice n'est qu'éventuel.

Lorsque la perte d'une chance est établie, elle constitue un préjudice indemnisable. Mais le dommage certain se limite à cette perte. Elle seule sera donc compensée, et non la totalité du bénéfice que la victime aurait retiré de la survenance de l'événement dont la réalisation est désormais empêchée. La réparation d'une perte d'une chance 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 (cf. Cass.fr. civ.1re, 9 avr. 2002).

La perte d'une chance réelle d'obtenir un avantage donne lieu à réparation s'il existe un lien de causalité entre la faute et la perte de cette chance. L'existence d'une chance n'implique aucune certitude quant à la réalisation du résultat espéré de sorte que le préjudicié peut obtenir la réparation de la perte d'une chance même s'il n'est pas certain que sans la faute le résultat aurait été obtenu (cf. Cass.fr. 15 mars 2010 R.G.A.R 2010, n° 14.676).

Autrement dit, une condamnation pour la perte d'une chance requiert, d'une part, que le juge ne puisse laisser subsister aucun doute sur le lien de causalité entre la faute et le dommage, la perte d'une chance et, d'autre part, que la perte d'une chance soit la perte certaine d'un avantage probable. Il doit mesurer l'importance de cette chance et évaluer l'étendue du dommage. La probabilité découlant du caractère sérieux et raisonnable de la chance perdue, doit être complétée par la considération que la valeur économique de la chance perdue susceptible de réparation ne peut constituer en la somme totale de la perte finalement subie ou du gain perdu.

Le critère principal dans l'appréciation de la perte d'une chance est la probabilité. S'il est probable que l'on aurait pu obtenir le marché, ou pu réaliser des gains alors la perte de la chance sera prise en considération. Si par contre ces perspectives d'obtention sont très minimales, la solution inverse devra être retenue.

Il ressort de ce qui précède qu'au cas où, comme en l'espèce, une demande pour perte d'une chance est rejetée pour être non fondée, et que donc la chance perdue n'est pas jugée avoir été suffisamment sérieuse et réelle, la demande en indemnisation du gain futur certain doit suivre le même sort. Si déjà les conditions de la perte d'une chance d'obtenir un gain ne sont pas données, il est exclu de procéder à une indemnisation d'un gain certain.

La demande de **SOC.1.)** en indemnisation d'un gain futur est donc à rejeter au vu des dispositions de l'arrêt du 31 juillet 2018.

Pour être complet, la Cour est tenue d'examiner la demande de l'appelante en paiement de la somme de 6.038.155,74 euros sur base

de l'article 16.3 paragraphe 2 du Contrat (cf. page 21 de l'acte d'appel du 17 février 2017). Cette demande qui est indépendante tant de celle en indemnisation d'un gain futur, que de celle sur base de la perte de chance de réaliser un gain futur n'est pas impactée par le rejet de celles-ci.

L'intimée s'oppose formellement à l'application de cet article. Elle soutient que le dispositif de l'arrêt du 31 juillet 2018 « *implique nécessairement le rejet de la demande de **SOC.1.) de se voir allouer une indemnité sur base de l'article 16.3 paragraphe 2 du Contrat de Distribution*** » (cf. conclusions récapitulatives du 21 juillet 2020, p. 3).

Ce moyen procède d'une lecture erronée du dispositif et de l'arrêt. La Cour ne s'est pas prononcée sur la demande basée sur l'article 16.3 du Contrat alors qu'elle admettait que cette demande n'avait été formulée que dans un ordre subsidiaire aux demandes examinées dans l'arrêt précité.

Contrairement à l'avis exprimé par **SOC.2.)**, la partie appelante fait valoir que « *l'application de l'article 16.3 paragraphe 2 du Contrat (...) à notre cas d'espèce ne fait aucun doute possible* ». L'appelante soutient encore que cette clause prévoit expressément le paiement d'une indemnité en sa faveur en cas de rupture anticipée du Contrat aux torts exclusifs de **SOC.2'.)**.

Pour voir appliquer l'article 16.3 du Contrat, l'appelante fait valoir que **SOC.2.)** aurait été « *tenue de prendre ses responsabilités en résiliant elle-même le Contrat de Distribution tout en dédommageant **SOC.1.) en application de l'article 16.3 paragraphe 2*** » et que **SOC.2.)** aurait eu l'obligation légale de résilier elle-même le Contrat sur base de l'article 16.3. ou du moins de résilier le Contrat en vertu des principes élémentaires qui gouvernent le droit des contrats.

Comme il est constant en cause que le Contrat a été résilié judiciairement aux torts de **SOC.2.)**, ces développements de l'appelante ne sont ni concluants, ni pertinents.

L'appelante soutient encore dans ses conclusions du 14 avril 2020 que la clause selon laquelle « *At any time during this agreement, without fault from **SOC.1.) and without giving a reason provided **SOC.2'.)** (lire **SOC.2.)** compensates **SOC.1.)...***** » signifie qu'en cas de résiliation anticipée du Contrat par **SOC.2.)**, sans qu'une faute ne soit retenue dans le chef de **SOC.1.)**, (suite à une résiliation aux torts exclusifs de **SOC.2.)** et sans aucune raison valable prévue au Contrat, **SOC.2.)** est tenue de verser à **SOC.1.)** une indemnité correspondant à la somme de la marge calculée en annexe 7 du Contrat.

Cette lecture n'est cependant pas correcte.

La clause est rédigée en des termes clairs et ne laisse aucune place à une ambiguïté. Elle n'indique pas, tel que l'affirme l'appelante, que la résiliation soit prononcée aux torts exclusifs de **SOC.2.)** (cf. conclusions de l'appelante page 3).

Elle stipule uniquement qu'en cas de résiliation par **SOC.2.)** avant le terme du Contrat et au cas où **SOC.1.)** n'a pas commis de faute, celle-ci a droit à une indemnité. **SOC.2.)** n'est en outre pas tenue d'indiquer un motif de résiliation (« *without giving a reason* »).

L'article 16.3 du Contrat confère à **SOC.2.)** un droit de résiliation unilatérale du Contrat moyennant une indemnisation en faveur de **SOC.1.)**. Cette indemnisation est prévue au paragraphe 2 dudit article et traite de la compensation conventionnelle du dommage que **SOC.1.)** peut souffrir en cas de résiliation unilatérale du Contrat par **SOC.2.)**. Cette stipulation est à qualifier de clause pénale. Au vu des termes clairs et précis, cette clause ne s'applique qu'en cas de résiliation unilatérale du Contrat par **SOC.2.)**.

Par ailleurs, la jurisprudence retient que la clause pénale prévue au contrat pour le cas de dénonciation unilatérale par l'une des parties ne s'applique pas en cas de résiliation judiciaire du même contrat aux torts de cette partie (cf. Cass. française, ch. com., 9 octobre 1990, n° de pourvoi : 89-12.955).

Conformément aux développements de l'intimée il n'y a donc pas lieu d'appliquer la clause contractuelle, prévue pour le cas de la dénonciation unilatérale du Contrat, hors les circonstances expressément prévues.

La demande de **SOC.1.)** sur base de l'article 16.3 paragraphe 2 est donc à déclarer non fondée.

Selon le dernier état de leurs conclusions respectives, seule l'appelante formule une demande sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile. Elle réclame une indemnité de procédure de 15.000 euros pour l'instance d'appel.

Comme elle reste cependant en défaut d'établir la condition d'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, sa demande requiert un rejet.

## **PAR CES MOTIFS**

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, en application de l'article 2 (2) de la loi du 20 juin 2020 portant prorogation de mesures concernant

la tenue d'audiences publiques pendant l'état de crise devant les juridictions dans les affaires soumises à la procédure écrite,

vidant l'arrêt du 31 juillet 2018,

rejette la demande en indemnisation tendant à la perte d'un gain futur,

dit non fondée la demande de la société de droit émirati **SOC.1.)** sur base de l'article 16.3 paragraphe 2 du contrat de distribution,

dit non fondée la demande de la société de droit émirati **SOC.1.)** sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose pour moitié à chacune des parties.