

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 130/24 – VII – CIV

Audience publique du trente octobre deux mille vingt-quatre

Numéro CAL-2023-00142 du rôle.

Composition:

Michèle RAUS, président de chambre ;
Nadine WALCH, premier conseiller ;
Françoise SCHANEN, conseiller ;
André WEBER, greffier.

E n t r e :

la société de droit néerlandais SOCIETE1.) B.V., établie et ayant son siège social à ADRESSE1.), représentée par ses organes statutaires légaux actuellement en fonctions, inscrite à la Chambre de commerce des Pays-Bas sous le numéroNUMERO1.) ;

partie appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Gilbert RUKAVINA de Diekirch du 12 janvier 2023,

comparant par la société à responsabilité limitée LG Avocats S.à r.l., établie et ayant son siège social à L-1717 Luxembourg, 8-10, rue Mathias Hardt, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 250998, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Hervé WOLFF, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à la même adresse.

e t :

PERSONNE1.), ayant son domicile professionnel à L-ADRESSE2.),

partie intimée aux fins du susdit exploit RUKAVINA du 12 janvier 2023,

comparant par Maître José LOPES GONCALVES, avocat à la Cour, demeurant à Diekirch.

LA COUR D'APPEL :

Faits, rétroactes et procédure

En date du 6 octobre 2009, PERSONNE1.) et un certain PERSONNE2.) ont signé un contrat de franchise, ci-après le Contrat, avec la société de droit néerlandais SOCIETE1.) B.V., ci-après la société SOCIETE2.), pour l'exploitation d'un restaurant SOCIETE2.) à ADRESSE3.).

Par courrier du 18 novembre 2020, la société SOCIETE2.) a mis PERSONNE1.) en demeure de régulariser le retard dans le paiement des redevances fixées dans le Contrat s'élevant à 23.088,21 €

Un rappel a été envoyé par courrier du 2 décembre 2020.

En date du 1^{er} janvier 2021, la société SOCIETE3.) S.A. établie à ADRESSE4.), L-ADRESSE2.), représentée par PERSONNE3.), a signé un contrat de bail avec PERSONNE4.), en qualité de locataire pour une enseigne ENSEIGNE1.), Fast Food Restaurant, pour un local sis à ADRESSE2.), L-ADRESSE2.) pour une durée de 5 ans.

Par courrier du 20 janvier 2021, la société SOCIETE2.) a résilié le Contrat avec effet immédiat.

Aux termes d'un courrier du 3 mars 2021 intitulé « CONFIRMATION OF TERMINATION », la société SOCIETE2.) a réitéré la résiliation du Contrat avec effet immédiat au motif du non-paiement des redevances et elle a rappelé à PERSONNE1.) que par suite de la résiliation du contrat, il n'a plus le droit d'utiliser la marque SOCIETE2.), qu'il doit procéder à la désidentification du restaurant jusqu'au 20 mars 2021 au plus tard et elle lui a demandé de lui rapporter une preuve afférente pour le 23 mars 2021 au plus tard.

En date des 9, 16 et 23 mars 2021, PERSONNE1.) a effectué trois paiements d'un montant total de 10.805,34 €

En date du 12 mai 2021, la société SOCIETE2.) a fait parvenir, par l'intermédiaire de son mandataire, une dernière mise en demeure par courrier recommandé avec accusé de réception à PERSONNE1.) lui enjoignant de payer le solde de 13.117,01 € à titre de solde des redevances, de procéder à la désidentification du restaurant et de lui en fournir la preuve dans les meilleurs délais et finalement, de respecter son obligation de non-concurrence.

Par exploit d'huissier de justice Gilbert RUKAVINA du 20 septembre 2021, la société SOCIETE2.), a fait donner assignation à PERSONNE1.) à comparaître devant le Tribunal d'arrondissement de Diekirch, afin

- de se voir condamner à payer à la partie requérante la somme de 13.117,01 € en principal à titre de redevances dues, à majorer des intérêts légaux suivant la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard à compter du 12 mai 2021, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde, ainsi que la somme de 1.311,70 € à titre de pénalité de retard de 10%,
- de se voir enjoindre de :
 - * supprimer toute référence aux logos et couleurs SOCIETE2.) ® vert et jaune sur le sol et les murs du restaurant ;
 - * supprimer les bouteilles de sauce SOCIETE2.) ® dans le comptoir ;
 - * supprimer tous les autocollants SOCIETE2.) ® présents dans le restaurant et notamment l'étagère des biscuits sur le comptoir et sur les fenêtres du restaurant (côté rue) ;

le tout à assortir d'une pénalité de 175,- € par jour de retard à titre de dommages et intérêts à partir du 12 mai 2021, date d'une mise en demeure, jusqu'à complète désidentification ;

- de se voir condamner à payer à la société SOCIETE2.) la somme de 45.484,10 € à titre de dommages et intérêts pour violation de son obligation de non-concurrence ;
- de se voir condamner à payer à la société SOCIETE2.) la somme de 3.000,- € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance et d'en ordonner la distraction au profit de son mandataire qui le demande, affirmant en avoir fait l'avance.

La demande était basée sur les articles 1134 et suivants et 1142 et suivants du Code civil, subsidiairement sur la responsabilité délictuelle des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Par jugement du 25 octobre 2022, le Tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant en matière civile et en premier ressort, statuant contradictoirement, a

- dit la demande en paiement des redevances non fondée, partant l'a rejetée,
- dit la demande basée sur la violation de l'obligation de non-concurrence non fondée, partant l'a rejetée,
- dit la demande en allocation d'un montant à titre de clause pénale non fondée, partant l'a rejetée,
- dit la demande en injonction de supprimer toutes les références aux bouteilles ou autocollants au logo « SOCIETE2.) » non fondée, partant l'a rejetée,
- dit la demande en allocation d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile non fondée, partant l'a rejetée,

- laissé les frais et dépens de l'instance à charge de la société SOCIETE2.).

Pour statuer ainsi, les juges de première instance ont rejeté le moyen tiré de la nullité de certaines clauses des conditions générales pour non-respect de l'article 1135-1 du Code civil au motif qu'en apposant sa signature sous l'article 19 intitulé « CONSENT TO TERMS OF AGREEMENT » du Contrat, PERSONNE1.) a déclaré avoir pris connaissance des conditions générales et les avoir acceptées. Ils ont, cependant, retenu que les conditions générales ne sont pas opposables à la société SOCIETE4.) S.A., motif pris qu'elle n'est pas partie au contrat de franchise.

Les juges de première instance ont ensuite rejeté la demande en paiement des arriérés de redevances, étant donné « *qu'il résulte du tableau récapitulatif incompréhensible versé par la société SOCIETE2.) qu'aucun revenu n'a été généré par le local franchisé, sinon aucune redevance n'a été payée /due pendant la période du 24 mars 2020 au 2 juin 2020, de sorte que par application de l'article 5.e. du Contrat de franchise aucune redevance n'est due* ».

Concernant la demande en condamnation de PERSONNE1.) au paiement de la somme de 45.484,10 € du chef de violation de son obligation de non-concurrence, le Tribunal a rejeté cette demande, motif pris que la société SOCIETE2.) reste en défaut d'établir que PERSONNE1.) s'est approprié des droits qu'il n'a pas, en continuant à exploiter ou à faire exploiter le restaurant situé dans le local sis à ADRESSE7.), ou un autre établissement, sous l'enseigne SOCIETE2.) en usant du logo attaché à la marque.

Le Tribunal a déclaré non fondée la demande en paiement d'une clause pénale du fait du non-paiement des redevances, étant donné qu'il a retenu qu'aucune redevance n'est due.

Quant à la demande tendant à la désidentification du restaurant sous peine d'astreinte, le Tribunal a considéré que la société SOCIETE2.) reste en défaut de prouver que PERSONNE1.) exploitait le restaurant au-delà du 1^{er} janvier 2021, respectivement qu'il avait des intérêts directs ou indirects dans l'exploitation du nouveau restaurant qui a ouvert ses portes en janvier 2021 et a fermé ses portes le 31 mai 2022 pour la débouter de ce chef de demande.

Eu égard à l'issue du litige, la société SOCIETE2.) a été déboutée de sa demande sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et les frais et dépens de l'instance ont été laissés à sa charge.

Par exploit d'huissier du 12 janvier 2023, la société SOCIETE2.) a relevé appel du jugement du 25 octobre 2022, lequel n'a pas fait l'objet d'une signification.

Elle demande, par réformation de la décision entreprise, de faire droit à ses demandes telles que reprises dans son exploit introductif d'instance du 20 septembre 2021 et de condamner PERSONNE1.) à une indemnité de procédure de 5.000,- € pour les deux instances.

Elle réclame enfin la condamnation de PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de son avocat à la Cour concluant sur ses affirmations de droit.

Par ordonnance du 14 mai 2024, l'instruction de l'affaire a été clôturée et les mandataires des parties ont été informés que l'affaire est renvoyée devant la Cour à l'audience des plaidoiries du 2 octobre 2024.

Positions des parties

La société SOCIETE2.)

La société SOCIETE2.) demande en premier lieu à réformer la décision déférée en ce qu'elle a déclaré non fondée sa demande en paiement au titre des redevances de franchise.

Rappelant les stipulations des articles 2, 5.e. et 5.i. du Contrat et renvoyant au tableau récapitulatif reprenant le détail du chiffre d'affaires du restaurant exploité par PERSONNE1.) (« gross sales»), des redevances de franchise (« royalties ») et des contributions publicitaires (« advertising contributions ») dues semaine par semaine entre le 12 février 2019 et le 23 mars 2021, la société SOCIETE2.) estime qu'il résulte à suffisance desdites pièces que PERSONNE1.) reste redevable, après déduction de deux paiements de 5.000,- € chacun en date des 16 et 23 mars 2021 et d'un paiement de 805,34 € en date du 9 mars 2021, d'un solde de 13.117,01 €

La juridiction de première instance aurait erronément retenu que pendant la période du 24 mars 2020 au 2 juin 2020, aucun revenu n'a été généré par le local franchisé, sinon aucune redevance n'a été payée/due, de sorte qu'aucune redevance n'est due par application de l'article 5.e. du Contrat alors qu'il résulterait du tableau récapitulatif que les redevances réclamées se rapportent à la période allant du 12 février 2019 au 15 décembre 2020 hors la période du 24 mars 2020 au 2 juin 2020.

La société SOCIETE2.) rappelle que le montant des redevances comprend les redevances de franchise et les contributions publicitaires calculées selon l'article 2 et 5.i. du Contrat sur la base du pourcentage du chiffre d'affaires généré par le restaurant.

Lesdites redevances et contributions publicitaires auraient dès lors été calculées sur la base du chiffre d'affaires reporté par PERSONNE1.) lui-même à la société SOCIETE2.).

Ces calculs n'auraient par ailleurs pas fait l'objet de contestations par la partie intimée.

Les échanges entre parties démontreraient que la société SOCIETE2.) était conciliante et patiente en faisant tout son possible pour trouver un accord quant à un paiement échelonné des sommes dues.

Cependant, aucun accord n'aurait pu être acté entre parties concernant le paiement des redevances, de sorte que les paiements effectués par PERSONNE1.) en mars 2021 n'auraient fait que réduire le quantum des sommes dues.

Ces paiements constitueraient encore un commencement d'exécution et la reconnaissance de sa dette par PERSONNE1.).

En conséquence, la partie appelante demande, par réformation de la décision déferée, de condamner PERSONNE1.) au paiement de l'intégralité des redevances impayées, soit au montant de 13.117,01 €

Quant à la demande en désidentification du restaurant conformément à l'article 8.e. du contrat de franchise, la partie appelante demande, par réformation de la décision entreprise, de faire droit à ce chef de la demande et elle renvoie à un constat de l'huissier de justice Alain RUKAVINA du 16 juin 2021 duquel il résulte que l'intimé n'a pas procédé à la désidentification complète du restaurant.

Eu égard à la violation de l'article précité du Contrat, elle estime être en droit de réclamer la pénalité de 175,- € prévue au Contrat à compter du 12 mai 2021, date de la mise en demeure, jusqu'à complète désidentification du restaurant.

PERSONNE1.) tenterait de tromper la Cour en indiquant qu'il n'est pas le propriétaire des lieux dans lesquels a été exploité le restaurant et qu'il a dû résilier le contrat de bail avec le propriétaire des murs de peur de ne pas pouvoir honorer le paiement des loyers et qu'il ne peut plus procéder à la désidentification des lieux.

Il résulterait de deux extraits du registre de commerce et des sociétés et du registre des bénéficiaires effectifs que PERSONNE1.) serait l'administrateur unique et bénéficiaire effectif à 100 % des sociétés SOCIETE4.) S.A. et SOCIETE3.) S.A..

L'intimé serait dès lors le réel propriétaire des lieux par l'intermédiaire de la société SOCIETE3.) S.A..

Subsidiairement, PERSONNE1.) prétendrait sans le moindre élément de preuve qu'il aurait, dès réception du constat d'huissier, procédé à l'enlèvement des éléments relevés par l'huissier de justice.

Or, cette affirmation - non autrement établie – confirmerait implicitement qu'à la date de l'établissement du constat d'huissier, PERSONNE1.) aurait toujours été l'exploitant du restaurant.

PERSONNE1.) devrait dès lors être condamné à désidentifier le restaurant sous peine d'astreinte.

En ce qui concerne la violation de la clause de non-concurrence, la société SOCIETE2.) estime que ladite clause stipulée à l'article 8.g. du Contrat est valable pour être limitée dans le temps et dans l'espace ainsi qu'en ce qui concerne son objet. Elle

n'empêcherait pas une activité de restauration dans les mêmes locaux à condition que ce ne soit pas la vente de sandwiches.

La clause en question serait dès lors proportionnée et viserait à protéger les intérêts légitimes de la société SOCIETE2.) en évitant qu'un ancien franchisé profite de la renommée de la franchise pour vendre des sandwiches.

L'argument de l'intimé à l'appui de sa demande en nullité de la clause de non-concurrence que ladite clause porterait atteinte au droit de propriété de la société SOCIETE3.) S.A. serait à rejeter alors que PERSONNE1.) n'aurait pas qualité à agir pour soulever ce moyen.

Par ailleurs, la société en question n'aurait pas été partie au Contrat, de sorte que la clause ne s'appliquera pas à elle.

La clause de non-concurrence n'empêcherait pas non plus le propriétaire des murs de relouer son bien, l'obligation de non-concurrence pesant sur l'intimé.

Contrairement à ce que tenterait de faire croire PERSONNE1.), il serait toujours l'exploitant du restaurant.

Ainsi, il résulterait des pièces versées en cause que l'intimé est légalement domicilié dans les locaux du restaurant et qu'il serait propriétaire des murs du restaurant via la société SOCIETE3.) S.A., dont il serait le bénéficiaire économique à 100%.

De plus, en consultant la page *Facebook* du restaurant ENSEIGNE1.), nom commercial donné par PERSONNE1.) au restaurant au lieu et place du restaurant SOCIETE2.), on pourrait constater que l'adresse électronique de ce restaurant est [MAIL1.\)](#).

Une recherche « WHOIS » sur le site dns.lu établirait que le titulaire du nom du domaine [MEDIA1.\)](#) n'est autre que la société SOCIETE4.) S.A. dont PERSONNE1.) est administrateur unique et bénéficiaire effectif à 100%.

Ceci serait encore confirmé par la page *Facebook* du restaurant ENSEIGNE1.).

Ce serait dès lors bien PERSONNE1.) qui exploiterait le restaurant ENSEIGNE1.) .

Par ailleurs, le fait pour le Tribunal de considérer que la clause de non-concurrence ne serait violée que si PERSONNE1.) exploite le restaurant sous l'enseigne SOCIETE2.) en usant le logo attaché à la marque ne ferait pas partie des conditions requises pour que la clause de non-concurrence post-contractuelle trouve application.

Malgré mise en demeure du 12 mai 2021, PERSONNE1.) s'obstinerait à continuer son activité en violation des obligations prévues au Contrat, de sorte qu'elle serait en droit de réclamer 45.484,10 € au titre des dommages et intérêts pour violation de la clause de non-concurrence.

La partie appelante demande enfin la condamnation de PERSONNE1.) à une indemnité de procédure de 5.000,- € pour la première instance et de 5.000,- € pour l'instance d'appel.

PERSONNE1.)

PERSONNE1.) conclut à la confirmation du jugement entrepris par adoption de ses motifs.

Entre décembre 2020 et juin 2021, il aurait échangé d'innombrables courriels dans le contexte d'un éventuel plan de paiement avec PERSONNE5.) et PERSONNE6.) en leurs qualités de gérants régionaux et préposés régionaux du service juridique de la société SOCIETE2.).

Pour démontrer sa bonne foi et soucieux de respecter ses engagements contractuels, il aurait procédé à deux paiements de 5.000,- € en date des 16 et 23 mars 2021, soit après la résiliation du Contrat et malgré le fait qu'il n'aurait plus exploité les locaux depuis le 20 janvier 2021.

PERSONNE1.) conteste les montants réclamés par la société SOCIETE2.) alors que celle-ci resterait en défaut de prouver pour quelle période elle réclame les arriérés et de ventiler pour chaque période les revenus du restaurant qui donneraient droit au paiement de redevances suivant contrat.

Il estime que les juges de première instance ont à bon droit considéré que les pièces fournies ne suffisaient pas à établir quels montants seraient réduits.

Concernant la clause 11.f. du Contrat, PERSONNE1.) estime que cette clause est à qualifier de clause pénale.

Dans la mesure où il résulte de ses développements ci-avant qu'aucune redevance n'était due pour la période litigieuse, le jugement entrepris serait à confirmer en ce qu'il a dit qu'aucune clause pénale du fait du non-paiement des redevances n'est due.

A titre subsidiaire, l'appelant soutient que la clause pénale est manifestement excessive « *au vu des négociations sur des plans d'échelonnement et dans le contexte d'une pandémie globale* » et il demande à la Cour de la ramener à des plus justes proportions.

En ce qui concerne la demande de la société SOCIETE2.) en désidentification du restaurant conformément à l'article 8.e. du Contrat, PERSONNE1.) fait rappeler qu'il n'est pas propriétaire des lieux dans lesquels le restaurant a été exploité.

À la suite de la mise en demeure du 18 novembre 2020 et au rappel du 2 décembre 2020, il aurait mis fin au contrat de bail dont il disposait avec la propriétaire des lieux alors qu'il savait qu'il ne pouvait pas honorer la totalité des arriérés réclamés par la société SOCIETE2.).

La société SOCIETE3.) S.A., propriétaire du local dans lequel le restaurant franchisé avait été exploité, aurait signé un contrat de bail avec une certaine PERSONNE4.).

Il n'aurait plus exploité les locaux à partir du 20 janvier 2021 qui auraient été repris par les nouveaux locataires.

PERSONNE1.) estime, à titre principal, que la demande tendant à le faire obliger à désidentifier le restaurant sous injonction contractuelle de 175,- €par jour de retard est à déclarer non fondée pour être sans objet alors qu'il n'a plus exploité les lieux litigieux à partir de la date du 20 janvier 2021.

Subsidiairement, il y aurait lieu de constater que dès réception du constat d'huissier RUKAVINA, les locataires et exploitants auraient procédé à l'enlèvement des éléments relevés par l'huissier de justice.

A partir de ce moment, aucune trace du restaurant précédent n'aurait figuré sur les lieux.

Concernant l'obligation de non-concurrence, l'intimé demande à titre principal d'annuler la clause reprise à l'article 8 du Contrat au motif que celle-ci porte atteinte au droit de propriété de la société SOCIETE3.) S.A. alors que celle-ci se verrait dans l'impossibilité de relouer son immeuble pour une durée de 3 ans en vertu de la prédite clause, surtout que la propriétaire de l'immeuble n'est pas partie au Contrat et que par conséquent, les clauses de celui-ci ne lui sont pas opposables.

Tant la durée que le rayon géographique de celle-ci seraient par ailleurs contraires aux principes du libre établissement et de la liberté d'entreprendre.

A admettre que la clause soit valide, elle mettrait en péril l'activité même de cette société qui n'est pas partie au contrat.

A titre subsidiaire, la stipulation contractuelle litigieuse supposerait un concours direct ou indirect de l'exploitant dans l'exploitation d'un restaurant du même type.

Or, la société appelante n'établirait pas qu'il aurait continué à exploiter le restaurant litigieux à partir de la résiliation avec effet au 20 janvier 2021.

La société SOCIETE3.) S.A. aurait reloué les locaux dès qu'un exploitant se serait manifesté.

Par ailleurs, les locataires auraient cessé toute activité dans le local litigieux en date du 25 mai 2022.

La demande de l'appelante au titre de la violation de la clause de non-concurrence serait dès lors à déclarer non fondée.

PERSONNE1.) conteste enfin les prétentions adverses au titre de l'indemnité de procédure tant pour la première instance que pour l'instance d'appel.

Appréciation de la Cour

L'appel est recevable pour avoir été relevé en les formes et délai de la loi.

- Quant au paiement des redevances de franchise et des contributions publicitaires conformément aux articles 2, 5.e., et 5.i. du Contrat

Conformément aux dispositions de l'article 1315 du Code civil, il appartient à la société SOCIETE2.) de rapporter la preuve de sa créance à l'égard de PERSONNE1.).

Il résulte de l'article 2 « Royalty Payments » du Contrat que « *You will pay us weekly an amount equal to eight percent (8%) of the gross sales from the Restaurant ("Royalty") and each restaurant you operate throughout the term of this Agreement. "Gross Sales" means all sales, revenues, including catering and delivery, from your business exclusive of Sales (as defines in Subparagraph 5.c.)* ».

L'article 5.e. stipule que « *All amounts you owe under this Agreement or any other Franchise Agreement you have with us, must be paid through electric found transfer, if available in your country. These amounts include but are not limited to Royalty, advertising contributions, interest, late fees, and other charges that you will owe*».

Aux termes de l'article 5.i. du Contrat, « *You will pay us, four and one-half percent (4 1/2%) of gross sales of the Restaurant on a weekly basis (...)* ».

Il découle du tableau récapitulatif qu'en date du 2 mars 2023, PERSONNE1.) était redevable d'un montant de 23.893,55 € au titre des redevances de franchise et des contributions publicitaires.

Dans le cadre de ses développements avec l'article 8 du Contrat, PERSONNE1.) conteste avoir continué à exploiter le restaurant franchisé après la résiliation avec effet immédiat du Contrat en date du 20 janvier 2021 et il conteste les montants en l'absence de ventilation des périodes pour chaque période de revenus du restaurant qui donnerait droit au paiement de redevances suivant contrat.

Contrairement aux affirmations de PERSONNE1.), le tableau récapitulatif versé par la partie appelante en pièce numéro 2 est compréhensible dans la mesure où il reprend le détail du chiffre d'affaires du restaurant exploité par PERSONNE1.) (« gross sales»), des redevances de franchise (« royalties ») et de contributions publicitaires (« advertising contributions ») dues semaine par semaine entre le 12 février 2019 et le 23 mars 2021.

Il ressort du tableau récapitulatif du compte du restaurant que le restaurant a généré un chiffre d'affaires jusqu'au 2 mars 2021.

Ce n'est que durant la période du premier confinement dû à la crise sanitaire, c'est-à-dire qu'entre le 20 mars et le 2 juin 2020, que le restaurant n'a pas généré de chiffre d'affaires.

Force est tout d'abord de relever que les arriérés au titre des redevances de franchise, respectivement des contributions publicitaires, actuellement réclamés ont été accumulés par PERSONNE1.) essentiellement entre août 2019 et mars 2020 et entre juin et d'août 2020.

D'après le tableau récapitulatif, les arriérés de redevances s'élevaient le 17 mars 2021 à 17.949,95 €

Aucune redevance de franchise, respectivement aucune contribution publicitaire, ne lui a été réclamée pour la période du confinement du 20 mars au 2 juin 2020.

A partir du 9 juin 2020, le restaurant a à nouveau généré hebdomadairement des chiffres d'affaires.

Le 1^{er} septembre 2020, les arriérés de redevances s'élevaient à 23.623,02 € et le 20 janvier 2021, date de la résiliation avec effet immédiat du Contrat, à 23.656,52 €

Tel que l'a relevé à juste titre la partie appelante, les redevances de franchise et des contributions publicitaires ont été calculées sur base des chiffres d'affaires hebdomadaires communiqués par PERSONNE1.) à la société SOCIETE2.).

Il aurait dès lors appartenu à l'intimé de préciser et d'établir en quoi les chiffres d'affaires hebdomadaire repris au tableau récapitulatif de la partie appelante ne correspondent pas aux chiffres reportés ainsi que d'expliquer les raisons des paiements sans réserve effectués entre février 2019 et janvier 2021.

La société appelante réclame encore des arriérés de redevance postérieurement à la résiliation avec effet immédiat du 20 janvier 2021.

A l'instar des juges de première instance, la Cour constate que les parties étaient en négociation sur le paiement des arriérés de redevances, PERSONNE1.) invoquant lui-même « des négociations sur des plans d'échelonnement ».

Si la société SOCIETE2.) a résilié le Contrat avec effet immédiat du 20 janvier 2021, toujours est-il qu'il résulte de son courrier du 3 mars 2021 qu'elle avait accepté de reculer les délais.

Au vu du non-paiement des arriérés de redevances, elle a procédé en date du 3 mars 2021 à une nouvelle notification de la fin du Contrat par ledit courrier intitulé « CONFIRMATION OF TERMINATION ».

PERSONNE1.) se prévaut du contrat de bail signé entre la société SOCIETE3.) S.A. et PERSONNE4.) en date du 1^{er} janvier 2021 pour établir qu'il n'a plus exploité le restaurant.

PERSONNE1.) est l'administrateur et bénéficiaire effectif unique de la société SOCIETE3.) S.A..

L'intimé n'allègue pas avoir informé la société SOCIETE2.) de cette location ou encore avoir mis fin au Contrat.

Il reste encore en défaut d'expliquer qui a exploité le restaurant entre le 1^{er} janvier 2021 - date de la mise à disposition du local au locataire - et le 20 janvier 2021, date de la première résiliation avec immédiat du Contrat par la société SOCIETE2.).

Si le restaurant n'avait plus été exploité par PERSONNE1.) à partir du 1^{er} sinon du 20 janvier 2021, se pose la question de savoir pourquoi celui-ci a continué à communiquer à la société SOCIETE2.) les informations relatives aux chiffres d'affaires réalisés hebdomadairement et a effectué les paiements hebdomadaires au titre des redevances de franchise et des contributions publicitaires et ce jusqu'au 9 mars 2021, sans émettre la moindre contestation.

Il résulte notamment du jugement entrepris que PERSONNE1.) n'a pas contesté avoir effectué un paiement de 805,34 € en date du 9 mars 2021, soit après la fin définitive du Contrat.

En appel, PERSONNE1.) n'a pas non plus contesté avoir procédé audit paiement.

Or, le paiement de la somme de 805,34 € en date du 9 mars 2021, soit après la fin définitive du Contrat en date du 3 mars 2021, correspond aux redevances relatives à la dernière semaine d'exploitation du restaurant.

Le contrat de bail conclu entre la société SOCIETE3.) S.A. et PERSONNE4.) ne permet dès lors pas d'établir la cessation d'exploitation du restaurant franchisé ni à partir du 1^{er} janvier ni à partir du 20 janvier 2021.

Au vu de ces considérations ci-avant, la Cour admet que PERSONNE1.) a continué à exploiter le restaurant franchisé jusqu'au 3 mars 2021, jour de la confirmation de la résiliation par la société SOCIETE2.).

En date des 16 et 23 mars 2021, PERSONNE1.) a encore payé deux fois 5.000,- € sans la moindre réserve.

Dans la mesure où PERSONNE1.) fait lui-même état de l'existence de négociations sur des plans d'échelonnement, il admet l'existence d'arriérés de redevance.

Le contenu exacte des négociations entre parties ne résulte, cependant, ni des explications des parties ni des éléments soumis à l'appréciation de la Cour.

C'est dès lors à juste titre que la partie appelante soutient que les paiements de 5.000,- € par PERSONNE1.) en date des 16 et 23 mars 2021 ne peuvent venir qu'en réduction du quantum de la créance.

Eu égard aux paiements précités des 9, 16 et 23 mars 2021, le solde redû au titre des redevances de franchise et de contributions publicitaires s'élève à 13.117,01€

Dès lors, en l'absence de critiques précises de l'intimé en quoi les montants repris au tableau récapitulatif versé par la société SOCIETE2.) seraient erronés et eu égard aux paiements sans réserve de PERSONNE1.), la Cour considère que le montant de 13.117,01 € réclamé à titre de solde des redevances est prouvé à suffisance de droit.

Au vu de ces considérations, il y a lieu de déclarer, par réformation de la décision entreprise, fondée la demande de l'appelante au titre des arriérés de redevances et des contributions publicitaires et de condamner PERSONNE1.) à payer à la société SOCIETE2.) la somme de 13.117,01 €, avec les intérêts légaux à partir du 12 mai 2021, date de la mise en demeure, jusqu'à solde.

- Quant au paiement du montant de 1.311,70 € au titre de paiement de la clause pénale.

La société SOCIETE2.) demande paiement de la somme de 1.311,70 € au titre de la clause pénale stipulée à l'article 11.f. du Contrat.

L'article 11.f. du Contrat prévoit que « *If your payment is more than one week late you will pay a late fee equal to ten percent (10%) (or the maximum rate allowed by the law, if lower) on any Royalty, advertising contributions, or other charges you will owe us under this Agreement. Also, you will pay interest on all your past-due accounts at the maximum rate allowed by law in the jurisdiction in which our principal office is located or the Restaurant is located, whichever is higher* ».

Au vu des considérations ci-avant sur le bien-fondé de la demande en paiement au titre du solde des redevances dues en vertu du Contrat, la demande de la société SOCIETE2.) est fondée en son principe.

En appel, PERSONNE1.) ne critique plus la validité de cette clause, mais demande à la ramener à de plus justes proportions eu égard à son caractère manifestement excessif.

Une clause pénale est une évaluation conventionnelle et forfaitaire des dommages et intérêts contractuels qui a pour but d'éviter les difficultés d'évaluation judiciaire des dommages et intérêts en établissant un forfait qui supprime toute discussion sur la réalité et l'importance du préjudice.

En raison du caractère comminatoire qui lui est propre, une clause pénale n'est pas à qualifier de manifestement excessive en raison du seul fait qu'elle est supérieure au dommage subi.

Le juge ne peut déroger exceptionnellement à l'application de la clause pénale à la demande de l'une des parties que lorsqu'il est établi que la peine conventionnelle est manifestement excessive ou dérisoire, compte tenu notamment de l'écart objectivement

considérable entre le montant de la somme prévue au contrat pour indemniser le dommage et la valeur de celui-ci, du profit effectivement retiré par le créancier de l'application de la clause pénale, de la situation concrète des parties et de l'attitude des parties au moment de l'exécution.

L'exercice du pouvoir exorbitant ainsi reconnu au juge de toucher à une convention demeure exceptionnel et limité. Pour apprécier le caractère manifestement excessif d'une clause pénale, le juge doit comparer le préjudice effectivement subi par le créancier et le montant de l'indemnité prévue.

La charge de la preuve du caractère manifestement excessif d'une clause appartient au débiteur de l'obligation contractuelle.

PERSONNE1.) se prévaut des négociations sur des plans d'échelonnement et « *le contexte d'une pandémie globale qui a décimé la trésorerie d'une grande partie des établissements de ce secteur* ».

Force est de constater qu'en l'occurrence, PERSONNE1.) se limite à demander la réduction du montant à allouer à la société appelante, mais reste en défaut de préciser en quoi il estime que la clause pénale invoquée par la société SOCIETE2.) est manifestement excessive.

Si l'intimé se prévaut des négociations sur des plans d'échelonnement, il n'explique pas en quoi ces négociations auraient consisté et en quoi elles justifieraient une réduction de la clause pénale.

Force est de constater que la pénalité de retard de 10% est basée sur le chiffre d'affaires du restaurant.

Or, les retards de paiement des redevances essentiellement accumulées par PERSONNE7.) avant la période du confinement sont sans relation causale avec la crise sanitaire liée au Covid-19, de sorte que l'argument tiré de ce chef n'est pas pertinent pour justifier une réduction de la clause pénale.

Par réformation du jugement déferé, PERSONNE1.) est à condamner au paiement de la clause pénale à hauteur de 1.311,70 €

- Quant à la demande en désidentification du restaurant conformément à l'article 8.e. du Contrat

La société SOCIETE2.) demande à enjoindre à PERSONNE1.) de

- supprimer toute référence aux logos et couleurs SOCIETE2.)® vert et jaune sur le sol et les murs du restaurant,
- supprimer les bouteilles de sauces SOCIETE2.)® dans le comptoir,
- supprimer les autocollants SOCIETE2.)® dans le restaurant et notamment sur l'étagère des biscuits sur le comptoir et sur les fenêtres du restaurant (côté rue).

Elle demande encore d'assortir cette injonction d'une pénalité de 175,- € prévue par jour de retard à titre de dommages-intérêts prévue à l'article 8.e. au Contrat à compter du 12 mai 2021, date de la mise en demeure, jusqu'à complète désidentification du restaurant.

L'article 8.e. du Contrat de franchise stipule :

« Upon termination or expiration of this Agreement, all of your rights under this Agreement will terminate. You must change the appearance of the Restaurant, unless we instruct you otherwise, so it will no longer be identified as a SOCIETE2.) restaurant. You must stop using the System, including the Marks, signs, colors, structures, personal computed based point-of-sale system software developed for SOCIETE2.) restaurants, printed goods, and forms of advertising indicative of a SOCIETE2.) business and return all copies you have of the Operations Manual to us. (...) If you breach this provision, you will pay us € 175 per day for each day you are in default, as being a reasonable pre-estimate of the damages, we will suffer (...) ».

Eu égard à la stipulation contractuelle précitée, il appartenait à PERSONNE1.) de désidentifier le restaurant franchisé SOCIETE2.) qu'il a exploité, et ce au plus tard à la date fixée par la société SOCIETE2.) dans son courrier de résiliation définitive du Contrat du 3 mars 2023.

Contrairement à ce qu'a été retenu par la juridiction de première instance, il résulte du constat de l'huissier de justice RUKAVINA que PERSONNE1.) n'a pas respecté cette obligation, la qualité des photos étant sans pertinence à cet égard.

Ainsi, l'huissier de justice a acté dans son procès-verbal de constat du 16 juin 2021 qu'il s'est rendu en date du 2 juin 2021 vers 11h00 à ADRESSE2.) dans un ancien restaurant franchisé SOCIETE2.) et qu'il a pu constater que

«

- la combinaison de couleurs « SOCIETE2.) » vert et jaune sont utilisées sur le sol et les murs,
- les bouchons des bouteilles de sauce sur le comptoir sont ceux de « SOCIETE2.) »,»
- l'étagère de biscuit sur le comptoir porte des autocollants « SOCIETE2.) »,
- sur les fenêtres du restaurant (côté rue) ont peut voir des autocollants Sandwiches et Salades. »

Par ailleurs, en soutenant à titre subsidiaire, avoir procédé à l'enlèvement des éléments relevés par l'huissier de justice après son passage en date du 2 juin 2021, l'intimé est en aveu qu'il n'avait pas procédé à une désidentification complète des lieux à cette date.

Dès lors, PERSONNE1.) est à condamner au paiement de la pénalité stipulée au contrat pour la période allant de la mise en demeure du 12 mai 2021 jusqu'au constat d'huissier du 2 juin 2021, soit au montant de 3.675,- € (21 jours x 175 €).

Eu égard aux contestations de l'intimé, et dans la mesure où la société SOCIETE2.) ne rapporte pas la preuve d'un manquement de ce dernier à son obligation de désidentification du local postérieur au 2 juin 2021, elle est à débouter de sa demande pour le surplus.

- Quant à la demande en paiement de pénalités pour cause de violation de l'obligation de non-concurrence en vertu de l'article 8.g. du Contrat

La société SOCIETE2.) réclame au titre de la violation de la clause de non-concurrence prévue à l'article 8.g. du Contrat les dommages et intérêts suivants :

- 10.000,- €euros à titre de pénalité fixe,
- 35.484,10 €correspondant à 8% des ventes rapportées par PERSONNE1.) sur les trois dernières années (8% of Gross Sales), tel que cela résulte du tableau récapitulatif du compte du restaurant exploité par PERSONNE1.) en qualité de franchisé, et établi par la société SOCIETE2.).

Il est constant en cause qu'en date du 1^{er} janvier 2021, la société SOCIETE3.) S.A. sise à ADRESSE4.), L-ADRESSE2.), représentée par PERSONNE3.) a conclu un contrat de bail avec PERSONNE4.), en qualité de locataire, pour une enseigne ENSEIGNE1.), Fast Food Restaurant, pour un local sis à ADRESSE2.), L-ADRESSE2.) pour une durée de 5 ans.

Suivant extraits RCS une société SOCIETE4.) S.A. (date d'immatriculation le 4 juillet 2001) est domicilié à ADRESSE2.), L-ADRESSE2.) dont l'objet social est entre autres « *Verkauf von warmen und kalten Speisen und dem Ausschank...* » dont l'administrateur et bénéficiaire effectif unique est PERSONNE1.), domicilié à ADRESSE2.), L-ADRESSE2.), la personne chargée du contrôle des comptes étant PERSONNE3.), ayant une adresse en Allemagne.

Suivant extraits RCS une société SOCIETE3.) S.A. (date d'immatriculation le 7 avril 2008) est domiciliée à ADRESSE4.), L-ADRESSE2.), dont l'objet social est, entre autres, location et exploitation de biens immobiliers propres et loués, dont l'administrateur et bénéficiaire effectif unique est PERSONNE1.), domicilié à ADRESSE2.), L-ADRESSE2.), la personne chargée du contrôle des comptes étant PERSONNE3.), ayant une adresse en Allemagne.

PERSONNE1.) n'a pas informé la société SOCIETE2.) de la signature du contrat de bail en question en dépit du fait qu'au moment de la signature dudit contrat, le Contrat était toujours en cours.

L'article 8.g. du Contrat stipule :

« For three (3) years after the termination, expiration or transfer of this Agreement, you will not directly or indirectly engage in, or assist another to engage in, any sandwich business within three (3) miles or five (5) kilometers of any location where a SOCIETE2.)® restaurant operates or operated in the prior year, if permitted by local

law. You agree to pay us €10,000 for each sandwich business location you are associated with in the restricted area in violation of this Subparagraph, plus eight percent (8%) of the gross sales of such location during the three (3) year period, as being a reasonable pre-estimate of the damages, we will suffer. (...) ».

Les juges de première instance ont rappelé à bon escient que PERSONNE1.) fait un amalgame entre la connaissance et l'acceptation de la clause en question par lui et l'opposabilité de la cause à la société SOCIETE3.) S.A. pour l'exploitation d'un restaurant à la même enseigne que l'ancienne enseigne SOCIETE2.).

L'intimé ne peut pas demander la nullité de la clause de non-concurrence pour violation des droits de la société SOCIETE3.) S.A., celle-ci n'étant pas partie au litige.

Pour être valable, une clause de non-concurrence doit être limitée dans le temps et dans l'espace, elle doit être destinée à protéger les intérêts légitimes du bénéficiaire de la clause, elle ne doit pas placer la personne tenue à l'obligation dans une situation ne lui permettant plus d'exercer normalement sa profession et elle doit être proportionnelle (Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit commercial, Concurrence, nos. 100 et svts).

Le contrat de franchisage se caractérise essentiellement par la communication du savoir-faire du franchiseur au franchiseé, c'est-à-dire par le transfert d'un élément attractif de clientèle (Ph. le TOURNEAU, Franchise, Jurisclasseur, Contrats Distribution, fasc. 565 et 570 ; Le franchisage, 1994, Economica, p. 112). Cette transmission n'est concevable pour le franchiseur que si le savoir-faire ainsi communiqué ne profite pas à la concurrence. Aussi, presque toujours, le contrat de franchisage contient une clause de non-concurrence par laquelle le franchiseé s'oblige à ne pas développer une activité concurrente non seulement pendant la durée du contrat, mais le franchiseur prévoira généralement par l'effet d'une clause de non-concurrence pour l'après contrat qu'il sera fait défense à l'ancien franchiseé de s'affilier à un réseau concurrent pour son compte personnel ou pour celui d'un tiers.

Ainsi, en matière de franchise, la validité des clauses de non-concurrence a été admise dans la mesure où elles sont indispensables pour protéger le savoir-faire transmis et l'assistance apportée par le franchiseur et qu'elles sont propres à préserver l'identité et la réputation du réseau. Le créancier peut avoir un intérêt légitime à protéger son savoir-faire ou des informations confidentielles, à se protéger contre un risque de détournement de sa clientèle ou, dans le cas particulier de la franchise, à protéger l'identité commune et la réputation du réseau. Il est admis dans le contrat de franchisage que ce n'est que si le savoir-faire transmis est original et constitue un élément positif important au regard de la clientèle que la clause de non-concurrence dont est tenu le franchiseé sera admise (Enc. Dalloz, Répertoire de droit commercial, vo. Concurrence, no. 106).

PERSONNE1.) critique la durée et le rayon géographique de la restriction.

Force est de constater que la clause de non-concurrence ne constitue pas une restriction excessive et injustifiée à la liberté du travail et de commerce de PERSONNE1.), alors que malgré les restrictions territoriale et spatiale, il est libre

d'exploiter une sandwicherie en dehors du rayon de cinq kilomètres d'un autre restaurant franchisé SOCIETE2.) et tout autre type de restaurant ou de restauration rapide même endéans desdites limites.

Il convient donc de constater que les restrictions imposées à PERSONNE1.) sont à qualifier de proportionnelles aux intérêts légitimes de la société SOCIETE2.) de voir protéger sa franchise.

La clause de non-concurrence est dès lors valable.

Il convient de vérifier si PERSONNE1.) a enfreint la clause de non-concurrence stipulée à l'article 8.g. du Contrat.

Contrairement à ce qui a été retenu par le Tribunal, pour qu'il y ait violation de la clause de non-concurrence, il n'est pas nécessaire que PERSONNE1.) exploite le restaurant sous l'enseigne SOCIETE2.) en usant le logo attaché à la marque.

Force est de constater que

- l'activité commerciale à laquelle se livre PERSONNE4.) sous l'enseigne commerciale ENSEIGNE1.) relève de celles visées dans la clause de non-concurrence, à savoir l'exploitation d'un « sandwich business »,
- l'exploitation par PERSONNE4.) de l'activité commerciale en question se fait dans l'immeuble sis à ADRESSE2.), dans lequel s'effectuait l'activité de la société SOCIETE2.),
- l'immeuble en question appartient à la société SOCIETE3.) S.A. et est mis à disposition de PERSONNE4.) par le biais d'un contrat de bail,
- PERSONNE1.) a signé le contrat de bail signé avec PERSONNE4.) avant la résiliation du Contrat par la société SOCIETE2.) et a laissé celle-ci dans l'ignorance dudit contrat,
- PERSONNE1.) n'a pas procédé immédiatement à la désidentification du restaurant,
- PERSONNE1.) est l'administrateur et bénéficiaire effectif unique des sociétés SOCIETE4.) S.A. et SOCIETE3.) S.A.
- l'adresse électronique de la sandwicherie ENSEIGNE1.) est « [MAIL1.\)](#) »
- le nom du domaine « sandwiches.lu » est enregistré auprès de la société SOCIETE5.) S.A. au nom de la société SOCIETE4.) S.A..

PERSONNE1.) n'a pas contesté ces éléments factuels découlant des pièces du dossier.

Or, l'activité et la présence de PERSONNE1.) au sein de la société SOCIETE3.) S.A. viole la clause de non-concurrence en ce que celle-ci interdit à PERSONNE1.) de « *you will not directly or indirectly engage in, or assist another to engage in, any sandwich business within three (3) miles or five (5) kilometers of any location where a SOCIETE2.)® restaurant operates or operated in the prior year* ».

En effet, le fait d'avoir donné, par l'intermédiaire de la société SOCIETE3.) S.A., le restaurant, antérieurement exploité sous l'enseigne SOCIETE2.), en location à une commerçante en vue d'y établir un commerce de vente de sandwiches, le rattachement de l'adresse e-mail de contact du nouveau restaurant au domaine sandwich.lu de la société SOCIETE4.) S.A. et enfin, la tolérance par PERSONNE1.) de l'utilisation par la nouvelle exploitante de signes distinctifs de la marque SOCIETE2.) établissent dans le chef de PERSONNE1.), pour le moins, une assistance dans le lancement d'une activité concurrentielle.

La demande en dommages et intérêts de la société SOCIETE2.) pour violation de l'obligation de non-concurrence est dès lors justifiée en son principe.

Les stipulations contractuelles prévoient, outre une pénalité fixe de 10.000,- € une pénalité de 8% des ventes réalisées pendant la période de trois ans.

La société SOCIETE2.) réclame à ce titre la somme de 35.484,10 € correspondant à 8% des ventes rapportées par PERSONNE1.) sur les trois dernières années (8% of Gross Sales).

Or, à la lecture de la stipulation contractuelle, la période de trois ans se rapporte aux ventes réalisées dans les 3 ans après la résiliation du contrat et non pas aux ventes réalisées dans les trois ans précédant cette résiliation.

La demande de la société SOCIETE2.) tendant à se voir allouer le montant de 35.484,10 € correspondant à 8% des ventes rapportées par PERSONNE1.) sur les trois dernières années au titre de la clause pénale pour violation de l'obligation de non-concurrence est à déclarer non fondée.

En l'absence d'autres éléments permettant de déterminer le montant des ventes du restaurant « ENSEIGNE1.) », la demande au titre de la pénalité de 8 % des dites ventes est à rejeter.

Cependant, la demande de ce chef est fondée pour le montant de 10.000,-€ correspondant à la pénalité fixe.

Par réformation de la décision entreprise, il y a lieu de condamner PERSONNE1.) à payer à la société SOCIETE2.) la somme de 10.000,- € au titre de la clause pénale prévue à l'article 8.g. du Contrat.

- Quant aux demandes accessoires

La société SOCIETE2.) demande, par réformation, de se voir allouer une indemnité de procédure de 5.000,- € pour la première instance et elle réclame le même montant pour l'instance d'appel.

L'application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cour de Cassation française, 2ème chambre, 10 octobre 2002, Bulletin 2002 II, n° 219, p. 172).

L'équité commande d'allouer à la société SOCIETE2.), par réformation de la décision entreprise, une indemnité de procédure de 1.000,- € pour la première instance. Il convient de lui allouer le même montant pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel,

le dit partiellement fondé,

par réformation, condamne PERSONNE1.) à payer à la société de droit néerlandais SOCIETE1.) B.V. la somme de 28.103,71 [13.117,01+1.311,70+3.675+10.000] € avec les intérêts légaux sur la somme de 13.117,01 € à partir du 12 mai 2021, date de la mise en demeure, jusqu'à solde,

condamne PERSONNE1.) à payer à la société de droit néerlandais SOCIETE1.) B.V. une indemnité de procédure de 1.000,- € pour la première instance,

confirme le jugement du 25 octobre 2022 pour le surplus,

condamne PERSONNE1.) à payer à la société de droit néerlandais SOCIETE1.) B.V. une indemnité de procédure de 1.000,- € pour l'instance d'appel,

condamne PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de la société à responsabilité limitée LG avocats, représentée par Maître Hervé WOLFF, avocat à la Cour, sur ses affirmations de droit.