

Antécédents et objet de l'appel

L'objet du litige et les circonstances de la cause ont été correctement relatés par les premiers juges, à l'exposé desquels la cour se réfère.

Il est néanmoins utile d'y apporter les précisions suivantes.

Antonella P. travaille comme apprentie dans le salon de coiffure, exploité depuis plusieurs années par Nancy F. à Herve, lorsque cette dernière, enceinte de jumelles, décide de cesser son activité et propose à son apprentie de reprendre le commerce.

Antonella P., alors âgée de 19 ans, et Nancy F., âgée de 32 ans, concluent une convention de cession de fonds de commerce le 30 septembre 2009, pour le prix de 32.000 €.

L'article 9 du contrat détaille comme suit le prix convenu :

- 20.000 € pour le matériel,
- 10.000 € pour la clientèle,
- 2.000 € pour le stock.

L'article 11 stipule au profit d'Antonella P. une clause de non-concurrence : Nancy F. s'engage à ne pas exercer d'activité concurrente à celle cédée, pendant deux ans, dans un rayon de 15 kilomètres du commerce cédé. La clause précise qu'« En cas de manquement quelconque à cette obligation, le cédant sera redevable au cessionnaire de dommages et intérêts dont le montant est fixé forfaitairement à un minimum de une fois le prix de cession soit 32.000 € », sans préjudice du droit du cessionnaire de réclamer un montant supérieur, à charge pour lui de rapporter la preuve d'un dommage plus important.

Après un 4ème trimestre 2009, satisfaisant dans la mesure où il procure un chiffre d'affaires comparable à celui réalisé par Nancy F. auparavant (pièces 6 et 7 de l'appelante), Antonella P. voit son chiffre d'affaires décroître régulièrement.

Elle expose qu'elle est interpellée par des appels téléphoniques qu'elle reçoit de représentants en matériel de coiffure lui demandant si Nancy F. a bien reçu les devis demandés, ainsi que par les avertissements de certaines clientes l'informant que son ancienne patronne a recommencé à travailler, après son accouchement, chez elle à Fléron-Retinne.

Une de ces clientes, Jennifer H., accepte de contacter

intentionnellement Nancy F. pour demander à être coiffée. Elle obtient en effet un rendez-vous, tant pour elle que pour sa mère, et atteste que Nancy F. les a coiffées toutes deux à son domicile privé, contre rémunération, le 3 novembre 2010. Elle prend des photographies et précise, dans son attestation rédigée le jour-même, que Nancy F. a parlé d'aménager un salon professionnel sur place dans un an, à côté de son garage (pièces 3 et 4 de l'appelante).

Sur dénonciation d'Antonella P., l'ONEM enquête pour sa part quant à une éventuelle infraction de Nancy F. à la réglementation sur le chômage.

Il résulte des notes manuscrites de l'enquêtrice de l'ONEM que celle-ci, à l'occasion des trois fois où elle s'est rendue sur place en surveillance, a eu l'occasion le 11 avril 2011 d'apercevoir une dame F. sortant de chez Nancy F. à qui cette dernière « visiblement a fait des mèches ».

Au cours d'une visite domiciliaire, l'enquêtrice de l'ONEM constate « dans la salle de bain un bac pour laver les cheveux et dans le hall d'entrée, un miroir, une petite desserte avec des brosses et un sèche cheveux. Dans une armoire vitrée, il y a des produits de soins pour cheveux ». Elle en conclut que « Rien ne peut (lui) faire penser qu'il s'exerce à cette adresse une activité importante de coiffure ».

Nancy F. ayant demandé à être auditionnée, l'enquêtrice note : « elle m'explique dans quelle circonstance elle a été amenée à coiffer ces deux dames (celle qui a pris la photo et celle qui se fait coiffer). Visiblement, leur visite avait pour but de photographier l'intéressée au travail. Elle me montre les produits qu'elle utilise, je peux constater que la quantité dont elle dispose est loin d'être suffisante pour une professionnelle. Ce que je peux constater également c'est le véritable travail qu'elle doit fournir pour s'occuper de ses jumelles d'un an et demi (...) Il m'est impossible de croire que cette dame peut coiffer à son domicile en gardant ses deux filles ». Elle conclut alors qu'elle « pense que Mme P. a voulu se servir de l'ONEM » à des fins privées et elle propose de classer l'enquête sans suite.

A une date qu'elle ne précise pas, Antonella P. dit avoir été contrainte de fermer le salon de coiffure repris, à cause, selon elle, de la concurrence, contractuellement interdite, que lui a livrée Nancy F.

Le 15 mars 2012, Nancy F. ouvre un nouveau salon de coiffure à l'adresse de son domicile privé (pièce 12 de l'appelante).

Discussion

I. La validité de la clause de non-concurrence n'est pas sujette à discussion : elle est nettement délimitée tant quant à son objet que quant à sa durée et à son étendue géographique, en sorte qu'elle ne porte atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie que dans la mesure nécessaire à son objectif qui est de garantir au cessionnaire un laps de temps suffisant pour s'attacher la clientèle liée à l'activité achetée.

II. Il résulte des faits relatés ci-avant un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes que l'intimée a violé cette clause de non-concurrence, n'étant pas contesté que son domicile, où les faits répréhensibles ont eu lieu, se situe à moins de 15 km du fonds de commerce cédé.

L'intimée ne conteste pas avoir coiffé deux clientes contre rémunération le 3 novembre 2010. Elle reproche à l'appelante de lui avoir « *tendu un piège* » mais l'excuse de provocation ne résiste pas à l'analyse.

Certes, il y a eu ruse de la part de l'appelante pour arriver à rassembler des preuves du manquement de l'intimée à son engagement contractuel mais cette ruse ne peut être assimilée à de la provocation dès lors que ces clientes n'ont rien fait d'autre que ce qu'auraient pu faire des tiers de bonne foi.

Ces clientes ayant téléphoné à l'intimée pour demander à être coiffées, comme aurait pu le faire n'importe qui ignorant de bonne foi qu'elle avait arrêté d'exercer, il relevait du seul libre arbitre de l'intimée de leur exposer qu'elle avait cessé ses activités et qu'elle avait remis son salon à une nouvelle exploitante.

La facilité avec laquelle au contraire elle a accepté de coiffer deux personnes qu'elle ne connaissait pas du tout, parce qu'elle avait besoin d'argent, selon ce qu'elle a elle-même déclaré à l'enquêtrice de l'ONEM, est révélatrice de son comportement.

Est aussi significatif le matériel de coiffure trouvé sur place.

L'intimée a dû racheter ce matériel, puisqu'elle avait cédé ce qu'elle avait dans son salon à l'appelante. Ceci corrobore d'ailleurs les appels téléphoniques des représentants mentionnés par l'appelante.

Il n'est pas crédible, alors même qu'elle avoue des difficultés financières, qu'elle ait engagé cette dépense aux seules fins de coiffer sa mère, sa soeur, sa belle-mère, voire même sa cousine F. E. A cet égard, il importe peu que cette dernière soit sa cousine de sang ou sa cousine de coeur : les pièces déposées établissent que les deux jeunes femmes sont en tous les cas très proches et privent d'utilité la demande, formulée à titre subsidiaire par l'intimée, d'entendre cette personne sous serment.

L'intimée objecte qu'un cas isolé ne peut être assimilé à une activité habituelle.

Le moyen manque tant en fait qu'en droit.

Il manque en fait en ce que les données de la cause ci-avant rappelées ne se réduisent pas à un cas isolé mais font présumer d'autres cas similaires.

Il manque en droit en ce qu'il n'est nullement requis que l'activité prohibée par la clause de non-concurrence soit habituelle, pour qu'il y ait violation de la clause de non-concurrence. Contrairement à l'opinion des premiers juges, il ne faut pas qu'il y ait eu violation régulière de l'obligation contractuelle, pour retenir qu'il y a eu violation de cette obligation.

Les parties ont convenu que l'intimée s'interdisait d'exercer une activité concurrente à celle cédée pendant deux ans et dans un rayon de 15 km, tout manquement « *quelconque* » à cette obligation la constituant en faute.

Il y a clairement eu manquement à cette obligation.

La décision de l'ONEM de classer sans suite l'enquête pour infraction à la réglementation du chômage s'inscrit dans un autre contexte et est donc sans incidence sur le litige : le but de l'ONEM est de sanctionner les personnes qui se font indemniser en tant que chômeurs complets alors qu'ils exercent une activité rémunératrice régulière. L'audition de son enquêtrice sous serment, demandée à titre subsidiaire par l'intimée, n'est donc pas pertinente.

III. L'appelante alléguant « *que le dommage qui résulte de la fermeture du salon de coiffure est en réalité encore bien plus important que le montant prévu à l'article 11 du contrat de cession de fonds de commerce (matériel acheté devenu inutile, indemnité de*

relocation, ...) » expose réclamer l'indemnité de 32.000 € forfaitairement prévue à cette clause « à titre provisionnel » (ses conclusions, p. 11).

Cette prétention ne peut être reçue.

La fermeture du salon est antérieure à l'introduction de la présente procédure puisque la citation du 30 mai 2011 en fait déjà état.

Si deux ans plus tard et en degré d'appel, l'appelante n'est toujours pas à même de rapporter la preuve d'un préjudice supérieur, sans même s'expliquer des éléments qui lui manqueraient pour mettre sa demande en état, c'est qu'elle n'y arrivera jamais.

La raison en est simple : pour pouvoir imputer à l'intimée, du chef de la violation de la clause de non-concurrence, la responsabilité de la fermeture de son commerce, il faudrait que l'appelante établisse que sans cette faute de l'intimée, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit.

Or, l'appelante n'est pas en mesure de faire cette démonstration dans la mesure où :

- d'une part, toute entreprise commerciale comporte toujours un risque d'échec, surtout lorsqu'il s'agit d'une toute première expérience comme indépendant et que bien des raisons, totalement étrangères à l'intimée, peuvent à elles seules avoir déterminé l'appelante à fermer son salon dans des circonstances dont, en réalité, on ignore tout ;
- d'autre part, les dossiers produits montrent que si violations il y a eu par l'intimée de la clause de non-concurrence, ces violations n'ont pu avoir l'ampleur que leur prête l'appelante, en vue de leur imputer la fermeture de son commerce.

En effet, pendant les deux ans couverts par la clause de non-concurrence, l'intimée a connu de nombreux ennuis de santé, attestés par pièces, qui ont notamment conduit à plusieurs hospitalisations, suivies de périodes de convalescence au cours desquelles elle était dans l'incapacité de travailler de manière régulière. Par ailleurs, les seuls soins nécessités par des jumelles, de surcroît nées prématurément, n'ont guère dû lui laisser beaucoup de plages de temps libre avant plusieurs mois : si la preuve est rapportée qu'elle a pu s'arranger pour coiffer une cliente de temps en temps, comme elle l'a fait par exemple le 3 novembre 2010, autre chose était pour elle de pouvoir s'y consacrer régulièrement dans ces conditions, comme l'a constaté l'enquêtrice de l'ONEM dont l'avis est à cet égard pertinent.

En réalité, la difficulté probatoire rencontrée est à ce point habituelle en cette matière qu'elle explique que « *le dommage réel étant difficile à démontrer, une indemnité forfaitaire compensatoire sera insérée dans le texte de la clause pour garantir l'indemnisation de l'acheteur en cas d'infraction à la clause de non-concurrence* » (C. Guyot, Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions, DAOR, 2001, p. 57).

Après avoir écarté la prétention de l'appelante à ne réclamer l'indemnisation forfaitaire convenue qu'à titre provisionnel, il convient maintenant d'examiner dans quelle mesure elle est fondée à réclamer cette indemnité forfaitaire compensatoire.

IV. C'est à tort que l'appelante conteste qu'il s'agit d'une clause pénale soumise au contrôle marginal du juge, dans les limites de l'article 1231 du Code civil.

Loin d'être limitée « *à l'indemnisation complémentaire suite à un défaut de paiement* » (conclusions de l'appelante, p.11), la clause pénale englobe toute clause « *par laquelle les personnes s'engagent à payer, en cas d'inexécution de la convention, une compensation forfaitaire pour le dommage éventuellement subi par suite de ladite inexécution* » (article 1226 du Code civil). Des montants forfaitaires d'indemnités prévus en cas de non-respect de la clause de non-concurrence sont donc des clauses pénales pouvant être réduites par le juge en application de l'article 1231 précité (C. Guyot, op. cit.).

A son tour, l'intimée ne peut être suivie lorsqu'elle prétend que l'appelante devrait néanmoins encore prouver que ses manquements à l'obligation de non-concurrence lui auraient causé un dommage : la clause pénale « *a pour but de couper court à toute discussion entre parties sur l'existence du dommage ainsi que sur son évaluation* » (P. Wéry, Du neuf en matière de clauses pénales, C.U.P., déc. 1998, volume XXVII, p. 177).

Ceci étant, il demeure que prévoir au titre de l'indemnisation forfaitaire due en cas de manquement quelconque à la clause de non-concurrence, la restitution de l'intégralité du prix de la cession, alors que la clientèle cédée n'a été valorisée par les parties que pour moins d'un tiers de ce prix, excède manifestement le montant que les parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution de la convention.

« *Pour apprécier le caractère de la clause pénale, le juge doit*

comparer son montant au dommage potentiel, et non au préjudice qui s'est effectivement réalisé : c'est au moment où la clause pénale a été insérée dans la convention que le juge doit se placer pour remplir son office (...) Tel est le principe. La détermination du dommage réel peut toutefois présenter un certain intérêt en pratique (car) d'une part (...) le juge peut prendre en considération ' des éléments concernant le dommage réel aux fins d'apprécier le dommage éventuel visé par les parties lors de la conclusion du contrat' (Cass., 29 février 1996, Bull., 1996, p.221) (et) d'autre part, l'article 1231, § 1, 2^e alinéa, précise qu'en aucun cas, le tribunal ne peut réduire la clause pénale à un montant inférieur aux dommages et intérêts auxquels le créancier aurait eu droit en l'absence de cette clause » (P. Wéry, op. cit., p. 183-184).

En l'occurrence, au moment où les parties ont convenu de la clause pénale, le dommage pouvant résulter, pour l'ancienne apprentie reprenant le salon, de la concurrence éventuelle de son ancienne patronne, avec son expérience et l'attachement de la clientèle à sa personne, serait apparu à toute personne raisonnable et équitable placée dans les mêmes circonstances, comme potentiellement grave. Ceci suffit à écarter la prétention de l'intimée de voir réduire la clause pénale au montant d'1 euro à titre définitif, qui manque totalement de sérieux.

Toutefois, cette même personne raisonnable et équitable placée dans les mêmes circonstances aurait aussi nécessairement tenu compte, dans l'estimation de ce dommage potentiel, de ce que dans les 24 mois qui suivraient la cession, l'intimée allait accoucher, puis allait devoir s'occuper de jumelles, en sorte de ne pas être à même, objectivement et en toute hypothèse, de développer une activité concurrentielle soutenue.

Dans ces conditions, la clause pénale sera adéquatement réduite à un montant de 10.000 €. Ce montant est dû par l'intimée, avec les intérêts au taux légal postulés depuis le 30 mai 2011 et non contestés.

V. La demande de l'appelante n'étant que partiellement fondée, l'intimée sera condamnée aux frais de citation (243,94 €) et à la moitié des indemnités de procédure des deux instances (soit 2.200 € en tout), le surplus étant compensé.

PAR CES MOTIFS,

La Cour,

Statuant contradictoirement,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Reçoit l'appel.

Réformant le jugement entrepris sauf en ce qu'il dit l'action recevable,

Condamne Nancy F. [REDACTED] à payer à Antonella P. [REDACTED] la somme de 10.000 € à majorer des intérêts au taux légal depuis le 30 mai 2011.

Condamne Nancy F. [REDACTED] aux dépens des deux instances liquidés pour Antonella P. [REDACTED] à 2.443,94 € et compense ceux-ci pour le surplus.