Arrêt commercial

Audience publique du premier février deux mille douze.

Numéros 33072 et 33104 du rôle.

Composition :

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

I)

E n t r e :

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

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Camille FABER de Luxembourg des 16 et 17 octobre 2007,*

comparant par Maître André HARPES, avocat à Luxembourg ;

e t :

1) la société à responsabilité limitée B, *établie et ayant son siège social à V, représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro …….., à l'encontre de laquelle l'instruction a été déclarée éteinte par jugement …….. du 7 juin 2006,*

intimée *aux fins du susdit exploit FABER,*

comparant par Maître Roy NATHAN, avocat à Luxembourg ;

2) C, *ingénieur diplômé, demeurant à W,*

3) D, *industriel, demeurant à X,*

*pris en leur qualité de liquidateurs de la société à responsabilité limitée **E SARL** (anciennement E1), ayant eu son siège social à Y, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., dissoute et liquidée lors de l'assemblée générale des associés en date du 7 février 2000, publiée au Mémorial C … du ……..., avec dépôt des livres commerciaux à Y,*

***intimés** aux fins du susdit exploit FABER,*

sub 2) et 3) comparant par Maître Robert LOOS, avocat à Luxembourg ;

I I)

E n t r e :

***1) la société à responsabilité limitée E,** anciennement E1, ayant eu son siège social à Y, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., dissoute et liquidée lors de l'assemblée générale des associés en date du 7 février 2000, publiée au Mémorial C … du ……..., avec dépôt des livres commerciaux actuellement à Z,*

représentée par ses liquidateurs

***a) C,** ingénieur diplômé, demeurant à W,*

***b) D,** industriel, demeurant à X,*

***2) la société à responsabilité limitée F,** établie et ayant son siège social à Z, représentée par ses gérants actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..,*

***appelantes** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE d'Esch-sur-Alzette du 24 octobre 2007,*

sub 1) et 2) comparant par Maître Robert LOOS, avocat à Luxembourg ;

e t :

***1) la société anonyme A S.A.,** établie et ayant son siège social à U, mais de fait établie à T, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..,*

***intimée** aux fins du susdit exploit GALLE,*

comparant par Maître André HARPES, avocat à Luxembourg ;

2) la société à responsabilité limitée B, *établie et ayant son siège social à V, représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..,*

intimée *aux fins du susdit exploit GALLE,*

comparant par Maître Roy NATHAN, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 23 juillet 2003, la société anonyme A S.A. a fait donner assignation à l'association momentanée E1-B SARL, prise en les personnes de ses deux associés, la société à responsabilité limitée B SARL et la société à responsabilité limitée E, société dissoute et représentée par ses liquidateurs C et D, à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'y entendre condamner solidairement, sinon in solidum à lui payer la somme de 153.419,10 € avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde, ainsi qu'une indemnité de procédure de 2.000 €.

Elle a fait exposer qu'en date du 29 novembre 1990, l'association momentanée a reçu commande pour des travaux et fournitures de sanitaire, climatisation, chauffage etc pour le chantier du club-house et de l'hôtel sis à S. Elle aurait payé des acomptes à l'association momentanée de 23.800.000 francs au début des travaux ; après une exécution partielle du contrat, les travaux auraient été gardés en suspens et l'architecte en charge du chantier aurait déterminé un trop payé de 6.188.911 francs en faveur du maître de l'ouvrage, ce montant ayant été qualifié de « montant réservé » à faire valoir lors de la poursuite du chantier ; or la suspension des travaux serait devenue définitive, de sorte qu'elle réclame le remboursement de la prédite somme correspondant à 153.419,10 €. En cours d'instance elle a augmenté sa demande au montant de 245.905,97 €.

Par conclusions du 16 novembre 2005, E1 a formulé une demande reconventionnelle à l'encontre de A S.A. en paiement du montant de 75.319 €, à titre du manque à gagner subi du fait que le marché n'a pas pu être mené à terme par la faute de la société A S.A..

E1 a formulé une demande incidente contre B SARL tendant à lui rembourser la part de 49 % de tout montant qu'elle sera, le cas échéant, contrainte à payer à A S.A. dans le cadre de la demande principale.

Par jugement du 7 juin 2006, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a donné acte à la société A S.A. de son désistement d'instance introduite contre B SARL et a déclaré éteinte l'instance introduite contre B SARL.

Par exploit d'huissier du 11 avril 2006, la société E1 a fait donner assignation à la société B SARL à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, selon la procédure civile, pour, subsidiairement par rapport à l'action en garantie incidente formulée par elle contre la société B SARL par voie de conclusions du 16 novembre 2005, la société B SARL s'entendre condamner à la tenir quitte et indemne et de la rembourser à concurrence de 49 % de tout montant que E1 serait contrainte à payer à A S.A. dans le cadre de l'affaire introduite suivant exploit du 23 juillet 2003. Elle a encore requis une indemnité de procédure de 1.500 €.

Par exploit d'huissier du 24 avril 2006 la société F SARL a fait donner assignation à la société anonyme A S.A. à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, suivant la procédure civile, pour s'y entendre condamner au paiement de la somme de 75.319 €, avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde, à titre du manque à gagner subi du fait que le marché n'a pu être mené à terme par la faute de A S.A.. Elle a encore réclamé le paiement d'une indemnité de procédure de 2.500 €. Dans l'acte d'assignation la demanderesse a indiqué que l'assignation valait notification à l'assignée de la cession par voie d'apport à la requérante par E1 de la branche commerciale de l'ancienne société E1. Elle a fait valoir avoir droit au paiement de la somme réclamée en sa qualité de cessionnaire de la branche commerciale de la société E1.

Dans son jugement du 20 juin 2007, le tribunal, après avoir ordonné la jonction des affaires, a quant à la demande dirigée par A S.A. contre E1 dit cette demande irrecevable, quant à la demande reconventionnelle formulée par E1 contre A S.A. dit cette demande irrecevable, dit la demande incidente de E1 contre B SARL sans objet, dit la demande dirigée par F SARL contre B SARL irrecevable.

Pour statuer ainsi le tribunal a en substance :

- dit que le moyen de nullité de l'exploit du 23 juillet 2003 pour libellé obscur est à rejeter, étant donné que l'exploit indique que la demande est basée sur le contrat conclu entre parties et vise au remboursement du trop perçu
- analysé, dans le cadre du moyen de la prescription décennale de l'article 189 du Code commerce opposé par E1, si la cession du 29 juin 1994, ayant porté sur la cession de la branche commerciale relative à l'activité commerciale de la société E1 à la société F SARL, a pu sortir ses effets à l'encontre de la société A S.A.
- dit que la preuve que le contrat litigieux fait partie des droits cédés appartient à la société E1
- conclu, au vu des stipulations de l'acte constitutif de la société F SARL, que l'activité commerciale de la société E1 a été apportée en son intégralité, sans restriction dans le temps, ni quant aux opérations visées, à la société F SARL

- retenu que le transfert de l'activité commerciale à la nouvelle société a entraîné le transfert de tous les contrats conclus par E1 à la société F SARL
- dit que la cession du contrat s'insère dans le cadre d'une universalité de droits et obligations d'une société vers une autre et qu'une société substituée activement et passivement à une société dissoute peut poursuivre les débiteurs de l'ancienne société sans avoir à respecter les prescriptions de l'article 1690 du Code civil
- dit que ceci vaut également en cas de dettes transmises dans le cadre d'une telle opération et que partant l'accord du cédé n'est pas nécessaire et l'article 1690 n'est pas à respecter
- dit, quant à l'argument de A S.A. de ce que la convention d'association momentanée signée entre E1 et B SARL prévoit qu'il est interdit à l'un des associés de céder tout ou partie de sa part d'entreprise sans l'assentiment de l'autre associé, qu'en vertu de l'effet relatif des contrats, A S.A. ne peut se prévaloir des obligations prévues à charge de la société E1
- retenu, concernant la cession du 16 juillet 1990 faite par E1 à B SARL et portant sur sa part des créances de l'association, que cette cession, soumise aux prescriptions de l'article 1690 du Code civil, n'a jamais été notifiée à A S.A., de sorte que A S.A. ne saurait se prévaloir de cette cession pour dénier tout effet à la cession du 29 juin 1994 en vertu du principe que *« cession sur cession ne vaut »*
- conclu, au vu de l'opposabilité de la cession du 29 juin 1994 à la société A S.A., que la demande de A S.A. formée contre la société E1 aux termes de l'exploit du 23 juillet 2003 est irrecevable (rôle no 83472)
- déclaré irrecevable la demande reconventionnelle de la société E1 contre la société A S.A. au motif que la société E1, au vu de la cession du 29 juin 1994, ne saurait tirer plus aucun droit du contrat conclu entre parties (rôle no 83472)
- dit, quant à la demande incidente de la société E1 contre la société B SARL, que le tribunal n'a jamais été saisi de cette demande
- dit, vu le sort de la demande principale A S.A. c/ E1, que la demande incidente de E1 c/ B SARL est à son tour irrecevable pour défaut d'objet (rôle no 101603)
- dit, quant à la demande dirigée par F SARL contre A S.A., que les associés d'une association momentanée doivent agir conjointement en justice et que partant les deux associées E1 et B SARL auraient dû agir en justice, de sorte que la demande de F SARL encourt l'irrecevabilité (rôle no 10814).

Le tribunal a encore rejeté les demandes des parties en paiement d'une indemnité de procédure.

De ce jugement la société A S.A. a relevé appel par exploit des 16 et 17 octobre 2007, son appel étant limité au rôle numéro 83472.

A titre subsidiaire, pour autant que la Cour puisse juger son appel principal introduit par exploit des 16 et 17 octobre 2007 irrecevable, elle formule appel incident contre le jugement à quo (voir ses conclusions du 19 mars 2009).

La société de participation E1, anciennement E1, et la société F SARL ont relevé appel par exploit d'huissier du 24 octobre 2007.

L'appel de E1 est limité en ce que le jugement « *a d'une part déclaré la demande de l'appelante sub 1) E S.A.R.L. contre l'intimée sub 2) B SARL comme étant sans objet, la décision de première instance étant attaquée sur ce point si, par réformation de la même décision et sur l'appel interjeté par A S.A. Luxembourg s.a. la demande de cette dernière ayant figuré en première instance sous le numéro de rôle 83472 serait déclarée recevable et fondée et dans ce cas il y aurait lieu, par réformation de la décision attaquée également de déclarer recevable et fondée la demande de la E S.A.R.L. contre la S.A.R.L. B SARL ayant figuré en première instance sous le numéro du rôle 101603. Que de deuxième lieu le jugement de première instance est attaqué en ce que c'est à tort qu'il a déclaré la demande introduite par l'appelante sub 2) F SARL contre A S.A. Luxembourg s.a. irrecevable au motif que cette action aurait dû être introduite conjointement avec son associé dans l'association momentanée E1 - B SARL, à savoir la société à responsabilité limitée B SARL ».*

Pour autant que de besoin, « *si la Cour devait estimer qu'il appartient à chaque partie qui entend voir adopter par la Cour d'autres motifs que ceux retenus par les premiers juges, de faire appel à l'encontre du jugement de première instance »,* la société B SARL a relevé appel incident contre le jugement entrepris dans ses conclusions du 10 octobre 2008.

Quant à la recevabilité des appels de la société A S.A. et de la société B SARL

E1 et B SARL opposent la nullité de l'acte d'appel des 16 et 17 octobre 2007, au motif que dans l'acte d'appel la société A S.A. aurait à tort mentionné que son siège social se trouve à T et aurait indiqué un faux numéro d'inscription au registre de commerce et des sociétés, alors qu'elle aurait déplacé son siège social vers S, arguant que les articles 153 et 585 du Nouveau code de procédure civile prescrivent, sous peine de nullité, la mention exacte du siège social et du numéro du registre de commerce dans l'exploit.

S'il est exact que l'acte d'appel contient les inexactitudes précitées, il est admis que la nullité prévue à l'article 153 est, en particulier quant aux qualités du requérant, une nullité de forme sans caractère d'ordre public à laquelle s'appliquent les dispositions de l'article 264, alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile, d'après lequel la nullité ne pourra être prononcée qu'au cas où elle aura pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie adverse, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (Cour d'appel, 7 juill. 1999, Pas. 31, 170 ; Cass. 16 mai 1957, Pas. 22, 137).

Le moyen de nullité est dès lors à rejeter et l'appel est à recevoir pour être régulier en la forme et quant au délai.

E1 conclut à bon droit à l'irrecevabilité de l'appel incident de B SARL pour défaut d'intérêt dans le chef de B SARL, la décision entrepris ne lui faisant pas grief.

B SARL donne encore à considérer que A S.A. Luxembourg n'a pas intimé la société F SARL et qu'elle a par contre intimé B SARL, alors qu'elle s'était désistée de sa demande à son égard en première instance, sans en tirer cependant une quelconque conséquence juridique.

Quant à la reprise d'instance

La société A S.A. soutient à tort que, suite au décès au cours de l'instance d'appel de l'un des liquidateurs de la société E1 Monsieur D, il y aurait lieu à reprise d'instance par les héritiers dans la mesure où il y aurait une responsabilité personnelle des associés/liquidateurs après la dissolution et le partage de la société.

Force est cependant de constater que E1, représentée par ses liquidateurs a été assignée en tant que société après la clôture de la liquidation en application de l'article 157, tiret 3 de la loi modifiée sur les sociétés commerciales, et qu'il ne s'agit pas d'une action en responsabilité engagée contre les liquidateurs. La société E1 est en l'espèce dûment représentée par son liquidateur C.

Quant à l'appel de la société A S.A. (quant au rôle no 83472 demande de A S.A. c/ E1)

Aux termes de son acte d'appel, la société A S.A. critique les premiers juges pour avoir dit que l'activité commerciale de la société E1 a été apportée dans son intégralité à la société F SARL. Elle conteste que les créances respectivement dettes nées du marché litigieux du 19 mars 1990 aient fait partie de la cession. Par ailleurs la cession ne constituerait pas une transmission universelle de sorte que les dispositions de l'article 1690 du Code civil devraient s'appliquer; à défaut de notification de la cession celle-ci ne lui serait pas opposable.

En ordre subsidiaire, elle fait valoir que la cession ne serait pas valable, respectivement ne lui serait pas opposable par application du principe de l'effet relatif des contrats.

Elle critique encore les premiers juges pour avoir retenu que les cessions de créances et les cessions de dettes obéissent aux mêmes règles. Si le débiteur d'une obligation peut en principe céder cette obligation à un tiers, cette cession, par application de l'article 1275 du Code civil, n'opère novation et ne libère le débiteur de son obligation à l'égard de son créancier que si ce dernier a manifesté expressément sa volonté de le dégager ; le débiteur qui cède sa dette resterait ainsi lié au créancier. Elle reproche encore aux premiers juges d'avoir violé l'article 1234 du Code civil.

Elle invoque le caractère intuitu personae du contrat d'entreprise conclu avec E1 et conteste que le transfert de l'activité commerciale ait pu porter sur le contrat d'entreprise litigieux.

En ordre plus subsidiaire, elle sollicite la nomination d'un expert, respectivement d'un consultant ayant pour mission de déterminer si la créance invoquée, issue de la convention du 19 novembre 1990 faisait partie du passif transmis par voie d'apport à la société F SARL constituée le 29 juin 1994. Elle demande encore aux mêmes fins à la Cour de donner injonction à la société E1 de produire ses livres de commerce.

La société A S.A. conclut partant, par réformation du jugement entrepris, à voir condamner la société E1 au paiement de la somme de 245.909,97 € à augmenter des intérêts légaux à partir de la demande en justice. Elle demande une indemnité de procédure de 2.000 € pour l'instance d'appel.

Elle demande acte qu'elle n'a pas de prétention à l'encontre de la société B SARL.

La société E1 conclut principalement à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a déclaré irrecevable la demande de la société A S.A.. Elle fait valoir que A S.A. a expressément accepté la cession de la branche commerciale de E1 comme universalité à la société F SARL, renvoyant à ses conclusions de première instance notifiées le 7 février 2006, et qu'elle a continué d'exécuter avec F SARL le contrat de gestion technique, conclu initialement avec la société E1 le 19 décembre 1991. Elle invoque la cession de la branche commerciale de la société E1 à la société F SARL comme cession d'une universalité dispensée de la formalité de notification de l'article 1690 du Code civil, elle conclut à l'inapplication de l'article 1275 du Code civil, au motif que la cession d'une universalité englobant son passif et son actif, n'entraînerait pas de substitution de débiteur puisque la nouvelle entité continue la personne du cédant relativement à l'activité cédée.

Subsidiairement, la société E1 conclut, pour le cas où la demande serait déclarée recevable, au renvoi devant le tribunal de première instance pour y voir statuer sur les moyens de prescription, sur les montants réclamés et les décomptes.

Elle demande une indemnité de procédure de 2.500 € à l'encontre de A S.A..

Il est constant en cause que les parties E1 et B SARL, associées de l'association momentanée, et A S.A. étaient liées par un contrat d'entreprise conclu en date du 19 novembre 1990. La société F SARL a été constituée par acte notarié en date du 29 juin 1994 ; il y est stipulé que « *les cinq cents parts souscrites par la société de participation E1 sont entièrement libérées par l'apport à la société F SARL de toute la branche relative à l'activité commerciale de l'ancienne société E1.* ».

La Cour approuve l'approche faite par les premiers juges selon laquelle ils ont analysé, dans le cadre des moyens opposés par A S.A., l'incidence de la cession du 29 juin 1994 et son opposabilité à A S.A..

C'est à bon droit et par une motivation à laquelle la Cour se rallie, que les premiers juges ont dit que la cession porte sur l'intégralité de la branche commerciale de la société E1, les dispositions transitoires de l'acte notarié ne changeant rien à ce transfert de l'activité commerciale apportée sans restriction dans le temps et quant aux opérations visées; la Cour constate que le contrat litigieux et l'obligation en remboursement du trop perçu par E1 dès le 31 janvier 1992, selon A S.A., font partie dudit transfert et que la société F SARL n'a pas seulement repris les engagements contractés par E1 après le 1er janvier 1994.

Il n'est pas non plus établi, au vu des stipulations de l'acte notarié (voir page 12), que la dette litigieuse contractée par E1 ait été exclue du transfert, comme soutenu par la partie appelante, alors qu'il en résulte que l'apport a consisté dans le poste « passif » comprenant entre autres les dettes inférieures et supérieures à un an.

La cession litigieuse conçue comme la cession d'une universalité a donc porté sur l'intégralité de la branche commerciale et sur la quasi-totalité du passif et de l'actif et a englobé la cession des contrats faisant partie de l'ancienne activité commerciale de la société E1; le fait que le contrat d'entreprise peut être conçu comme étant « intuitu personae », impliquant que l'entrepreneur doit personnellement l'exécution du contrat, ne signifie pas que l'entrepreneur ne peut transférer dans le cadre d'une cession du patrimoine d'une société à une autre les contrats d'entreprise. Par ailleurs la Cour constate, avec les premiers juges, que s'agissant d'un transfert d'une universalité de droits et obligations d'une société vers une autre, et non du transfert d'un contrat isolé, l'accord du cédé n'est pas nécessaire ni pour le transfert des créances ni pour le transfert des dettes ainsi transmises.

On entend par universalité de droits et de biens l'ensemble constitué à la fois d'un actif et d'un passif ; cet ensemble peut constituer tout ou quote-part du patrimoine d'une personne physique ou morale.

Il est admis que lorsqu'il y a transmission globale du patrimoine d'une société à une autre, cette dernière se trouve « subrogée » de plein droit, activement et passivement, dans les droits et obligations de la société dissoute ou absorbée. La cession des créances, qui résulte du transfert d'universalité, n'a pas à être signifiée aux débiteurs de l'ancienne société. Cette solution est étendue aux créances transmises dans le cadre d'un apport partiel d'actif (Jurisclasseur, droit civil, art.1689 à 1695, fasc 20, no 77 à 80 et décisions jurisprudentielles citées).

Au vu des considérants qui précèdent, la demande de A S.A. en institution d'une expertise, respectivement d'une consultation et en injonction de communiquer les livres commerçiaux afin de déterminer si le contrat d'entreprise litigieux a effectivement fait partie de la cession du 29 juin 1994, est à déclarer irrecevable pour ne pas être concluante.

C'est partant à bon droit que les premiers juges ont déclaré inapplicables les prescriptions de l'article 1690 du Code civil.

De même, contrairement à l'argumentation de la partie appelante, n'est pas d'application l'article 1275 du Code civil qui exige que le créancier accepte le nouveau débiteur et donne décharge expresse à son débiteur originaire, dans la mesure où le transfert d'obligations s'inscrit dans le cadre de la transmission d'une universalité et que la société F SARL a continué la branche commerciale apportée par E1.

L'article 1234 du Code civil disposant que « *les obligations s'éteignent par le paiement, par la novation, par la remise volontaire, par la compensation, par la confusion, par la perte de la chose, par la nullité ou la rescision, par l'effet de la condition résolutoire (…) et par la prescription* » n'a pas été violé par les premiers juges, étant donné qu'au vu de la transmission de l'actif et du passif de la société E1 à la société F SARL il y a eu transmission des obligations et rien n'empêche A S.A. de se retourner contre la société F SARL pour récupérer sa créance.

La Cour ne suit pas non plus la société A S.A. dans son raisonnement consistant à dire que la cession du contrat aurait dû se faire par les deux associés de l'association momentanée conjointement, étant donné que le contrat s'inscrit dans le cadre de la cession d'une branche d'activité faite par la société E1, cession à laquelle est étrangère la société B SARL. A S.A. est d'ailleurs malvenue à invoquer ce moyen, étant donné que le moyen, ayant trait à la validité de la cession, ne saurait être opposé par un tiers.

Les premiers juges sont encore à confirmer en ce qu'ils ont retenu que la société A S.A. ne peut pas se prévaloir de la convention d'association entre E1 et B SARL pour dire que, conformément aux stipulations contractuelles, E1 aurait dû disposer de l'autorisation préalable de son associé B SARL.

La Cour suit encore le raisonnement en fait et en droit des premiers juges en ce que ceux-ci ont dit qu'une première cession de créances du 16 juillet 1990 entre les sociétés E1 et B SARL et portant sur la part de E1 dans l'association momentanée n'a pas été notifiée à A S.A., de sorte que A S.A. ne saurait s'en prévaloir pour soutenir que les droits de E1 n'étaient plus dans son patrimoine au jour de la cession litigieuse du 29 juin 1994.

Le jugement est dès lors à confirmer en ce qu'il a déclaré irrecevable la demande de A S.A. dirigée à l'encontre de la société E1.

La Cour n'a pas à statuer sur la demande reconventionnelle de la société E1 dirigée à l'encontre de A S.A. en ordre subsidiaire, faite au cas où l'irrecevabilité de la demande de A S.A. ne serait pas confirmée (voir ses conclusions du 11 mai 2009).

Quant à l'appel de la société E1

B SARL et A S.A. opposent encore l'irrecevabilité de l'appel de E1, représentée par ses liquidateurs C et D, pour défaut de qualité, au motif que la société a été liquidée, sa liquidation clôturée le 7 février 2000 et la clôture de la liquidation ayant été publiée le 24 mai 2000 ; elle aurait cessé par conséquent d'exister cinq ans après la publication de la clôture de la liquidation.

Il est constant en cause que la clôture de la liquidation de la société a été publiée le 24 mai 2000 (voir Mémorial no 373). L'article 157 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales stipule un délai de prescription de cinq ans pour « *toutes actions contre les liquidateurs, en cette qualité, à partir de la publication prescrite par l'article 151* », à savoir la publication de la clôture de la liquidation, de sorte qu'il se poserait la question de savoir si E1 dispose encore de la personnalité juridique nécessaire pour interjeter appel, respectivement pour intenter activement certaines actions en justice.

Dans la mesure toutefois où l'appel de E1, comme relevé ci-dessus, a été fait pour le cas où il y aurait eu réformation de la décision en ce sens que la Cour aurait déclaré recevable et fondée la demande de A S.A., s'agissant partant d'un appel relevé à titre conditionnel, la Cour, au vu du sort réservé à l'appel de A S.A., n'a pas à statuer sur la recevabilité de l'appel de E1 et sur la question soulevée de la personnalité juridique de E1.

Quant à l'appel de F SARL contre A S.A. (demande de F SARL dirigée à l'encontre de A S.A.)

F SARL soulève la violation par les premiers juges de l'article 65 du Nouveau code de procédure civile, les juges ayant d'office soulevé l'irrecevabilité de la demande de la société F SARL sans avoir sollicité les observations des parties. Le jugement serait partant à annuler en ce qui concerne ce volet et l'affaire serait à renvoyer devant les premiers juges.

En ordre subsidiaire, elle conclut par réformation du jugement à la recevabilité de la demande.

La société A S.A. demande la confirmation du jugement en ce qu'il a déclaré irrecevable la demande introduite par F SARL contre A S.A..

Il résulte des motifs du jugement entrepris que la société A S.A. a fait valoir que la société E1 n'a pas qualité d'agir à son encontre en paiement de dommages et intérêts pour le manque à gagner puisque le contrat a été conclu avec l'association momentanée E1 - B SARL ; cette association n'existant plus elle ne saurait par ailleurs agir au nom de cette association.

Il en résulte que la recevabilité de la demande de F SARL a été contestée, de même que sa qualité d'agir en tant que membre de l'association momentanée, F SARL disant agir en sa qualité de cessionnaire de la branche commerciale de l'ancienne société E1.

Le tribunal, saisi de la question de la recevabilité de la demande, était tenu de se prononcer sur la qualité d'agir de la société demanderesse et était en droit d'analyser cette question au vu des articles 138 et suivants de la loi sur les sociétés commerciales ; il n'y a pas eu violation de l'article 65 précité.

Le moyen de nullité du jugement est dès lors à rejeter.

C'est à bon droit que les premiers juge ont déclaré irrecevable la demande de la société F SARL.

En effet l'absence de personnalité juridique de l'association momentanée entraîne comme conséquence que les actions en justice ne peuvent être intentées que par les associés agissant conjointement, ou en leur nom (VAN RYN, précis de droit commercial, tome 1er, éd. 1954, no 446, page 310).

La situation juridique est d'ailleurs identique à celle de l'association de participation, qui n'a pas de personnalité juridique et dont les gérants sont tenus solidairement envers les tiers, et c'est à bon droit que les premiers juges se sont référés à la jurisprudence et la doctrine en cette matière (Cour d'appel, 22 septembre 2005, no 27089 du rôle ; Jurisclasseur, sociétés, fasc. 47-10, sociétés en participation, notions générales, no 24).

Le jugement est dès lors à confirmer par adoption des motif des premiers juges.

Quant à la demande en paiement dirigée par A S.A. à l'encontre de F SARL

Aux termes de ses conclusions du 23 septembre 2009, la société A S.A. forme en dernière subsidiarité, si la Cour devait estimer que la cession de l'universalité des droits de la société E1 lui était opposable, une demande en paiement du montant de 245.905,97 € à titre d'acomptes trop perçus par l'association momentanée E1 et B SARL. Elle estime que F SARL a repris dans son chef la dette de 245.905, 97 €.

F SARL s'oppose à cette demande présentée pour la première fois en appel en raison de la nouveauté et conclut à l'irrecevabilité de la demande.

Il est constant en cause que c'est la première fois en appel que A S.A. dirige une demande à l'encontre de la société F SARL. En instance d'appel il ne sera formé aucune demande nouvelle, à moins qu'il ne s'agisse de compensation ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale.

En l'espèce, la demande de A S.A. ne constitue pas une simple défense à l'action de la société F SARL, étant donné que la demande en remboursement des acomptes diffère par son objet et sa cause de la demande en dommages et intérêts pour le manque à gagner. Elle ne saurait tendre à la compensation dans la mesure où la demande de F SARL a été déclarée irrecevable.

La demande de la société A S.A. doit dès lors être déclarée irrecevable par application de l'article 592 du Nouveau code de procédure civile.

Quant à la demande fondée sur l'article 1263 NCPC

Les sociétés E1 et F SARL demandent la suppression des affirmations calomnieuses suivantes de A S.A. dans les conclusions de Me Harpes du 3 septembre 2010, page 4 al. 6 : « *l'appropriation unilatérale de ladite somme est irrégulière, voire même à qualifier de vol ».*

A S.A. s'y oppose au motif que les moyens soulevés par elle sont *« conformes à la réalité, tant factuelle, que juridique ».*

Les affirmations de A S.A. quant au vol constituent des accusations graves et non établies, de sorte qu'il y a lieu de prononcer la suppression.

Quant aux demandes en paiement d'indemnités de procédure

A S.A. demande à l'encontre de la société E1 une indemnité de procédure de 2.000 €.

Aux termes de leur acte d'appel du 24 octobre 2007, E1 et F SARL concluent à la condamnation des parties intimées A S.A. et B SARL au paiement à chacune des parties appelantes d'une indemnité de procédure de 2.000 € pour l'instance d'appel et de 2.500 € pour la première l'instance.

Aux termes de ses conclusions prises dans le cadre de l'appel de A S.A., E1 demande le paiement d'une indemnité de procédure de 2.500 € à l'encontre de A S.A..

Au vu du sort réservé aux diverses demandes et au sort des appels, il n'est pas inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à charge des parties. Les demandes des sociétés A S.A., E1 et F SARL sont dès lors à rejeter.

Le jugement de première instance est à confirmer en ce qu'il a débouté les parties de leurs demandes en paiement d'une indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS :

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

déclare irrecevable l'appel incident de la société B SARL ;

pour le surplus déclare les appels recevables ;

confirme le jugement entrepris ;

déclare irrecevable la demande nouvelle de la société A S.A. dirigée à l'encontre de la société F SARL ;

ordonne la suppression dans les conclusions de la société A S.A. du 3 septembre 2010 du passage suivant *« l'appropriation unilatérale de ladite somme est irrégulière, voire même à qualifier de vol »* ;

déclare non fondées les demandes en paiement d'indemnités de procédure pour l'instance d'appel ;

fait masse des frais et dépens et les impose pour moitié aux sociétés A S.A. et F SARL, avec distraction au profit de Maîtres Robert LOOS et André HARPES sur leurs affirmations de droit.