Arrêt commercial

Audience publique du premier février deux mille douze.

Numéro 35493 du rôle.

Composition :

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

E n t r e :

***A,** commerçant, né le …….. à …….... (Italie), demeurant à L-…. U,*

***appelant** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Gilbert RUKAVINA de Diekirch du 7 septembre 2009,*

comparant par Maître Marisa ROBERTO, avocat à Luxembourg ;

e t :

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

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

comparant par Maître Edith REIFF, avocat à Diekirch ;

***2) C,** commerçant, né le …….... à …. (Italie), demeurant à D-…. X (Allemagne),*

***intimé** aux fins du susdit exploit RUKAVINA,*

n'ayant pas constitué avocat à la Cour.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 8 décembre 2005 la société anonyme B a fait comparaître C et A devant le tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner solidairement, sinon in solidum, sinon chacun pour le tout, à payer à la requérante, en leur qualité de cautions solidaires et indivisibles des engagements de la société D, déclarée en état de faillite, la somme de 43.661,15 euros avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde.

Par exploit d'huissier du 10 avril 2008 la société anonyme B a réassigné C en conformité de l'article 84 du Nouveau code de procédure civile.

Par jugement rendu le 12 novembre 2008 le tribunal a condamné C et A solidairement à payer à la société B la somme de 23.822,24 euros avec les intérêts légaux sur le montant de 19.182,38 euros à partir du 21 juin 2004 et sur le montant de 4.639,86 euros à partir du 29 novembre 2004, chaque fois jusqu'à solde. Il a ordonné l'exécution provisoire sans caution du jugement.

Par exploit d'huissier du 7 septembre 2009 A a régulièrement relevé appel de ce jugement non signifié.

Pour fonder leur décision les juges de première instance ont relevé que par jugement rendu le 3 janvier 2005 par le tribunal de paix de Diekirch, siégeant en matière de bail à loyer, la société D a été condamnée à payer à la société B la somme de 23.822,24 euros du chef d'arriérés de loyers pour les mois de janvier à octobre 2004 avec les intérêts légaux sur le montant de 19.182,38 euros à partir du 21 juin 2004 et sur le montant de 4.639,86 euros à partir du 29 novembre 2004, chaque fois jusqu'à solde, qu'il résulte d'un courrier de Maître Baulisch, curateur de la faillite de la société D, du 14 mars 2008 que jusqu'à ce jour la société D n'a touché aucun dividende dans le cadre de sa déclaration de créance dans la faillite de cette société, que les défendeurs n'ayant pas rapporté la preuve que cette dette aurait été payée, ils sont tenus, en leur qualité de cautions solidaires de payer le montant tel que fixé par le susdit jugement.

L'appelant reproche aux premiers juges d'avoir motivé leur décision par le fait que les défendeurs n'auraient pas rapporté la preuve que la dette de la société D aurait été payée. Il fait valoir que, la société D ayant été déclarée en état de faillite par décision du 13 avril 2005, A ne dispose d'aucun document comptable permettant de vérifier l'existence et le montant de la créance alléguée à l'encontre de la société D, étant dans l'impossibilité matérielle de vérifier si, suite au jugement du tribunal de paix du 3 janvier 2005 la société D a réglé

d'autres montants que ceux qui sont indiqués dans le décompte de la société B. Il conclut donc à voir entendre sur ce point le curateur de la faillite.

En bas de la déclaration de créance déposée le 9 mai 2005 par la société B au greffe du tribunal d'arrondissement de Diekirch et portant sur le montant total de 38.862,38 euros figure la mention: *"Nb: Dans un premier temps, pourriez vous nous retourner une déclaration une attestation fiscale d'irrecouvrabilité pour la partie incombant sur l'exercice 2004 (à savoir 23.822,24 Eur)"*.

Ce montant est celui auquel la société D a été condamnée par le jugement du tribunal de paix de Diekirch du 3 janvier 2005. La créance déclarée par la société B a été acceptée le 30 mai 2005 par le curateur de la faillite de la société D pour l'intégralité du montant y déclaré, soit 38.862,38 euros. Il faut en déduire que sur le montant dont condamnation par le tribunal de paix aucun acompte n'a été payé et cette contestation est dénuée de fondement.

La Cour ne s'arrête pas aux longs développements des deux parties concernant la présence ou non de l'appelant, en sa qualité de gérant de la société D, à l'audience du tribunal de paix de Diekirch et à une reconnaissance de sa part du montant y réclamé par la société B à titre de loyers impayés. En effet A ne conteste pas le montant de 23.822,24 euros auquel la société D a été condamnée par ledit jugement et de toute façon le tribunal n'a pas motivé la condamnation par une reconnaissance de ce montant par le gérant de la société D mais a retenu que *"la demande est justifiée par les renseignements fournis et les pièces versées en cause".*

Dans son acte d'appel A soutient en second lieu qu'il résulte de l'article III du contrat de bail conclu entre B et la société D que celle-ci a versé une caution de 714.150.- LUF, soit 17.703,32 euros, laquelle n'a pas été restituée par l'intimée.

D'après la disposition invoquée la société D doit verser une caution sous forme de gage sur l'installation du restaurant. Le moyen tel qu'il figure dans l'acte d'appel n'est donc pas fondé.

L'appelant soutient ensuite que lorsque la société D a quitté les lieux après la déclaration en faillite tous ses biens mobiliers sont restés sur place, notamment 31 tables, 120 à 140 chaises, un lot d'assiettes, de couverts, de poêles et casseroles, une cuisine professionnelle complète d'une valeur de 75.000.- euros, tous les éléments de la terrasse etc., que dans son inventaire le curateur a noté la présence des biens suivants:

"1 lot couverts, 1 lot assiettes etc.
1 cuisine équipée (avec réserve de propriété)
1 machine pour faire glaces (avec réserve de propriété)"

A fait plaider, attestations testimoniales à l'appui, que tout le mobilier de la société D, qui n'a pas été noté dans l'inventaire du curateur, se trouve actuellement dans le restaurant qui avait été exploité par elle et que la société B a, peu après la faillite, donné en location à la société "E". Il en déduit que la société B s'est approprié le mobilier ayant appartenu à la société D et dont la

valeur a suffi à la désintéresser, de sorte que sa créance à l'égard de la société D n'existe plus.

La société B conclut au rejet de cette argumentation. Elle soutient que le mobilier non compris dans l'inventaire n'était pas la propriété de la société D, mais de la F S.A. et qu'il a par elle été mis à la disposition de la société "E" suite au bail conclu entre cette société et B.

Concernant la cuisine équipée, la société B soutient qu'elle avait fait l'objet d'un contrat leasing conclu par la société D avec la société G. Ce contrat ayant comporté une clause de réserve de propriété, la société G a repris la cuisine après la déclaration en faillite de la société D et l'a par la suite vendue à la société B suivant facture du 25 avril 2005.

Les affirmations de la société B relativement à la cuisine équipée sont confirmées par les pièces versées. C'est à tort que dans ce contexte A fait plaider que la société B devrait indemniser la société D à concurrence du montant de 41.925.- euros payé par elle à la société G en exécution du contrat leasing, la société B étant étrangère à ce contrat.

Concernant le restant du mobilier la Cour constate que dans le contrat de bail conclu le 10 juillet 2001 entre les sociétés B et D il est dit:

"Der Geschäftsfonds wird mitvermietet und der Mieter kann niemals ein Besitzrecht auf diesem Fonds beanspruchen. Er begreift unter anderem die Mobiliargegenstände im Wert von 1.200.000 Luf ohne Mehrwertsteuer, welche auf beiliegendem "ne varietur" unterzeichneten Inventar aufgeführt sind. …"

Aucun inventaire n'est annexé au contrat, ni d'ailleurs versé par la société B, qui soutient donc à tort que les affirmations de A sont contredites par cette clause du contrat de bail.

Le 13 juillet 2001 est conclu entre la F et la société B un *Contrat de fourniture* concernant le restaurant loué par B à la société D. Dans l'article 1er de ce contrat il est dit:

"La brasserie participe dans l'acquisition du mobilier de commerce avec un montant de 1.300.000.- francs (un million trois cent mille francs).
Ce montant sera facturé par le fournisseur à la brasserie."

A verse copie d'une facture établie le 25 janvier 2002 par la "Cooperativa Annunziata" portant sur le montant de 20.722.- euros pour vente de 31 tables et 140 chaises. Cette facture est adressée à la société D. L'appelant fait valoir qu'il ne dispose pas de la preuve du paiement de cette facture, toute la comptabilité ayant été remise au curateur lors de la faillite de la société D.

La société B verse un inventaire établi le 30 mai 2005 entre la F, la société B et les nouveaux locataires des lieux aux termes duquel le mobilier y énuméré, dont 31 tables et 120 chaises, sont la propriété de la brasserie.

Les parties sont d'accord pour dire que le mobilier qui se trouve dans le restaurant actuellement exploité par la société "E" est celui qui était sur place au moment de la faillite de la société D.

L'affirmation de l'appelant que l'inventaire du curateur serait un faux parce que les meubles qui y figurent ne correspondent pas à ceux présents au restaurant lors de l'établissement de l'inventaire est à rejeter. En effet, d'après l'article 488 du Code de commerce le curateur doit procéder à l'inventaire des biens du failli. Il n'a donc pas à faire figurer sur son inventaire les biens qui ne sont pas la propriété du failli.

En présence de la facture versée par l'appelant et en l'absence de la moindre précision apportée par la société B quant à la mise en œuvre de la stipulation concernant la participation de la brasserie dans l'acquisition du mobilier, telle qu'elle figure dans le contrat de fourniture du 13 juillet 2001, la Cour estime utile de demander à ce sujet des renseignements au curateur de la faillite D.

L'appelant soutient encore que suivant facture de la société Gioc Hotel du 3 septembre 2001 la société D a acheté pour 57.012,99 euros des assiettes, verres, couverts, poêles et casseroles, que ces articles se trouvent toujours dans le restaurant, qu'en ce qui concerne les biens inventoriés par le curateur aucune information quant au produit de la vente n'a été fournie. Il demande de faire entendre le curateur à ce sujet.

La pièce versée à ce sujet par A n'est pas une facture, mais une offre.

Dans l'inventaire du curateur sont mentionnés des couverts, des assiettes etc., ces éléments font donc partie de l'actif de la faillite.

L'appelant est sans intérêt à demander des informations quant au produit de la vente des biens inventoriés. En effet la société B n'est pas le seul créancier de la société D en faillite et le produit d'une vente des biens inventoriés ne revient donc pas à elle-seule, mais à l'ensemble des créanciers. Il résulte d'un courrier adressé le 14 mars 2008 par le curateur au mandataire de A qu' *"à ce stade des opérations de liquidation de la faillite, la société B S.A. ne touchera aucun dividende alors que le peu d'actif réalisé ne suffira pas à indemniser les salariés dans la présente faillite".*

Ce moyen est encore à rejeter.

C n'ayant pas constitué avocat et n'ayant pas été personnellement touché la signification de l'acte d'appel, il y a lieu de statuer par défaut à son égard.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant par défaut à l'égard de C, contradictoirement à l'égard des autres parties et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel en la forme ;

avant tout autre progrès en cause,

ordonne la communication par Maître Daniel Baulisch, curateur de la faillite de la société D, de toute pièce utile renseignant l'identité du propriétaire du mobilier (tables et chaises) s'étant trouvé au moment de la faillite dans le restaurant exploité par la société D et figurant sur une facture du 25 janvier 2002 à l'adresse de la société D ;

dit que cette communication devra se faire jusqu'au 16 mars 2012 ;

fixe l'affaire à l'audience d'appel des causes du mardi 20 mars 2012, à 9.00 heures, salle n° C.R.0.19 ;

réserve les frais.