Arrêt commercial

Audience publique du sept mars deux mille douze.

Numéro 34544 du rôle.

Composition :

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

E n t r e :

1) la société à responsabilité limitée A s.à r.l., *établie et ayant son siège social à U, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

2) B, *employé privé, demeurant à V,*

3) C, *pensionné, demeurant à W,*

appelants *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette du 13 février 2009,*

sub 1), 2) et 3) comparant par Maître François REINARD, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société D s.à r.l. en liquidation, *établie et ayant son siège social à X, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro …….., représentée par son liquidateur E, demeurant à Y,*

intimée *aux fins du susdit exploit GLODEN,*

comparant par Maître Arsène KRONSHAGEN, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier des 21 et 27 décembre 2005, la société à responsabilité limitée D a fait comparaître la société à responsabilité limitée A, B et C devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour la société A s'entendre condamner au paiement de la somme de 171.501 € à augmenter des intérêts et pour voir déclarer commun le jugement à intervenir à B et à C .

Par exploit d'huissier des 6 et 13 février 2007, la société à responsabilité limitée A a fait comparaître B et C devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'y entendre condamner chacun à payer la somme de 61.974 €, soit au total un montant de 123.948 € à augmenter des intérêts légaux.

La société D a fait exposer qu'elle a vendu à la société A son fonds de commerce en date du 4 juin 2004 et le stock de marchandises et que cette dernière lui reste redevoir le montant de 171.501 € à titre de solde du prix de vente de la cession du fonds de commerce et de la vente du stock de marchandises. Par ailleurs suivant reconnaissance de dette B et C auraient personnellement garanti l'engagement pris par la société A en ce qui concerne la deuxième tranche du prix prévue dans le contrat de cession, chacun jusqu'à concurrence du montant de 61.974 €.

Dans son jugement du 5 décembre 2008, le tribunal a reçu les demandes en la forme, a ordonné la jonction des rôles, a condamné la société A en tant que débiteur principal à payer à la société D le montant de 108.053 € avec les intérêts légaux à partir du 5 juin 2005 jusqu'à solde, a condamné B en tant que caution solidairement avec la société A à payer à la société D le montant de 61.974 € et a condamné C en tant que caution solidairement avec la société A à payer à la société D le montant de 61.974 €.

Pour statuer ainsi, le tribunal a imputé sur le prix de cession du fonds de commerce de 283.053 € un acompte payé de 175.000 € pour chiffrer le solde redu au montant de 108.053 €. Concernant la demande en paiement du prix du stock des marchandises, le tribunal a retenu que les parties avaient convenu que le prix serait fixé d'un commun accord, de sorte que la partie demanderesse ne saurait se baser sur le Grand Livre, document unilatéral, et qu'elle n'a pas rapporté la preuve de l'accord de volonté sur le prix du stock des marchandises, de sorte que ce chef de la demande a été déclaré non fondé.

De ce jugement la société A, B et C ont régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 13 février 2009.

Aux termes de leur acte d'appel, les parties appelantes concluent principalement à voir annuler le jugement du 5 décembre 2005 pour défaut de motivation avec renvoi devant le tribunal de première instance, subsidiairement elles demandent à la Cour d'ordonner la surséance en attendant de connaître l'issue de plaintes avec constitution de partie civile déposées par F et la société A à l'encontre d'G, sinon de dire que le contrat de cession du fonds de commerce signé en date du 4 juin 2004 est nul et de nul effet pour défaut d'objet, subsidiairement pour cause de dol, sinon d'erreur, partant de déclarer la demande de D non fondée, plus subsidiairement elles concluent à l'incompétence du tribunal de commerce pour connaître de la demande dirigée contre B et C, sinon à la nullité des actes de cautionnement de B et C, sinon au débouté de la demande dirigée à l'encontre de B et C.

La partie intimée s'oppose à la demande en nullité du jugement et à la demande de surséance et conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a retenu la responsabilité des parties appelantes sub 1) à 3) ; elle interjette appel incident et conclut, par réformation du jugement, à la condamnation de la société A au paiement du montant de 171.501 € avec les intérêts légaux à partir du 4 juin 2004 sur le montant de 22.525 € jusqu'à solde et avec les intérêts légaux à partir du 4 juin 2005 sur le montant de 148 976 € jusqu'à solde ; subsidiairement elle demande la confirmation du jugement. Elle conclut à l'allocation d'une indemnité de procédure de 3.000 €.

Quant à la demande de surséance et la nullité du jugement pour défaut de motivation.

C'est à bon droit que les parties appelantes soutiennent avoir présenté en première instance le moyen de surséance à statuer invoqué sur base de l'article 3, alinéa 2 du Code d'instruction criminelle posant le principe « *le criminel tient le civil en état* », tel que cela ressort de l'extrait du plumitif relatif à l'audience du 16 avril 2008 ; il n'est pas établi que dans la suite des débats les parties défenderesses aient renoncé à la surséance.

Il est constant en cause que le tribunal a statué sur le fond de la demande de la société D et a condamné les actuelles parties appelantes, ayant ainsi implicitement rejeté le moyen de surséance sans l'avoir examiné.

Si la décision a omis de se prononcer sur une exception ou sur un moyen de défense et s'est prononcée sur le fond, elle est entachée, non d'une omission de statuer, comme soutenu par la partie intimée, mais d'un défaut total de motifs, puisqu'en statuant au fond, elle a nécessairement rejeté tous les moyens qui s'opposaient à la solution retenue.

Le défaut de motifs est sanctionné par la nullité du jugement entrepris. Il n'y a toutefois pas lieu de renvoyer l'affaire devant les juges de première instance, étant donné que l'affaire est en état de recevoir une solution définitive.

Les appelants maintiennent leur moyen de surséance en se référant à deux plaintes avec constitution de partie civile déposées contre G en date des 11 avril 2006 et 2 juin 2006 pour faux, usage de faux, abus de confiance, vol, escroquerie et détournement de biens sociaux. La plainte pour faux et usage de faux concerne le fait par G d'avoir, dans le cadre de la constitution de la société A en date du 27 mai 2004 par devant le notaire H, établi et présenté une fausse procuration émanant prétendument de M. F par laquelle ce dernier est devenu acquéreur de 210 (sur 1.250) parts sociales dans la société A, alors que F n'aurait pas signé une telle procuration n'ayant pas eu l'intention de devenir associé dans la nouvelle société.

Selon les appelants ces plaintes pour faux et usage de faux ont une incidence sur la présente affaire, étant donné que « *aussi bien la validité du contrat de société à la base de A que la validité de la convention de cession d'un fonds de commerce signée entre A et D sont tributaires du résultat de l'action publique actuellement en cours* » ; si G devait être condamné pour faux, la conséquence en serait la nullité de la société A *« avec tout que cela comporte, notamment au niveau du rachat du fonds de commerce de la société A ».*

La société intimée s'oppose à la demande en surséance en estimant que l'instruction des deux plaintes n'influe en rien sur la présente procédure.

La règle *« le criminel tient le civil en état »* - il s'agit d'une exception dilatoire, qui si elle est donnée, suspend obligatoirement le cours de l'instance - s'applique lorsqu'une action publique, qui est de nature à influer sur la décision civile, est en cours devant une juridiction luxembourgeoise. Toute influence éventuelle de la décision pénale sur le jugement civil oblige la juridiction civile à surseoir à statuer afin d'éviter une contrariété de jugement. Le sursis à statuer s'impose à chaque fois que le juge pénal sera amené à trancher une question sur laquelle le juge civil sera lui-même amené à prendre parti lorsqu'il aura rendu son jugement.

Tel n'est pas le cas en l'espèce, dans la mesure où il faut distinguer entre l'acte de constitution de société dans le cadre duquel a été présentée la procuration prétendument fausse et l'acte de vente du fonds de commerce faisant l'objet du présent litige. Même à admettre que soit retenue l'infraction de faux en écriture à l'encontre de G et que cette condamnation ait une influence sur la régularité de la constitution de la société, l'éventuelle nullité de la société A à prononcer n'a pas d'incidence sur la cession du fonds de commerce, dès lors qu'en cas d'annulation de la société les engagements pris par la société et ceux pris envers elle restent valables (WINANDY, manuel des sociétés, page 229).

Le moyen de surséance est partant à rejeter.

<u>Quant à la nullité de la cession du fonds de commerce</u>

Les parties appelantes concluent à la nullité de la cession du fonds de commerce pour défaut d'objet, plus précisément pour absence de droit au bail, élément jugé essentiel, pour absence de clientèle étant donné « *qu'il s'est très vite avéré que les trois quarts des clients renseignés par un fichier dont il a été fait état lors de la conclusion de la vente ne se sont jamais manifestés »* et pour absence de fournisseurs, *s'agissant exclusivement de la société I S.A. du sieur F qui a très vite refusé de livrer l'appelante sub) 1 aux mêmes conditions ».* Dans le même ordre d'idées les appelantes invoquent que les bilans présentés par G auraient été tronqués alors qu'ils ne tenaient compte d'aucune dépense au titre de loyers respectivement de frais de personnel et qu'ils renseignaient des ventes de matériel détourné par G au sein de la société J.

En se prévalant des mêmes éléments de fait, les parties appelantes concluent subsidiairement à la nullité de la vente du fonds de commerce pour dol sinon pour erreur.

La partie intimée oppose en premier lieu qu'un contrat ne peut être annulé, y compris par voie d'exception, lorsqu'il a été exécuté ou qu'il a connu un commencement d'exécution en se prévalant d'un arrêt rendu en ce sens par la Cour de cassation française en date du 1er décembre 1998 (Cass, 1ère civile, Bull. civ. No 338). Le moyen de nullité serait dès lors à rejeter.

Les appelants, sans contester l'exécution du contrat par l'exploitation du fonds de commerce pendant plusieurs années, rétorquent qu'ils n'ont pas opposé d'exception, mais qu'ils ont formulé une demande en annulation de la vente du fonds de commerce.

En l'espèce la distinction à faire au niveau du délai d'agir entre la demande en annulation et l'exception de nullité n'est pas relevante. L'action en nullité doit, aux termes de l'article 1304 du Code civil, être intentée dans un délai de cinq ans, tandis que l'exception de nullité ne se prescrit pas et est perpétuelle. Or le défendeur a en l'espèce invoqué la nullité de l'acte de cession dans le délai de prescription de l'action – l'acte de vente date du 4 juin 2004 et la nullité a été invoquée dans l'acte d'appel du 13 février 2009 –.

La Cour n'applique pas la décision de la Cour de cassation française précitée qui a statué dans un contexte factuel différent, en ayant retenu que l'exception de nullité d'un contrat de prêt immobilier est irrecevable comme prescrite lorsqu'elle est invoquée par l'emprunteur, reconventionnellement à la demande de remboursement de prêt, plus de cinq ans après la remise des fonds prêtés, caractérisant l'exécution du contrat de prêt.

Le moyen d'irrecevabilité est partant à rejeter.

- le défaut d'objet

Aux termes de l'article 1108 du Code civil la convention n'est valable qu'à condition de reposer sur un objet certain qui forme la matière de l'engagement.

La cession du fonds de commerce est une universalité de fait, une universalité mobilière insusceptible de cession partielle. La cession du fonds de commerce, étant une universalité, ne doit dès lors pas se confondre avec l'un de ses éléments.

En l'espèce il se dégage des termes de la convention conclue le 4 juin 2004 que la cession a porté sur le fonds de commerce de la société D, étant précisé que la vente porte expressément sur « *le pas de porte, clients, fournisseurs, l'enseigne d'exploitation, le site ……., ainsi que l'adresse e-mail (……....), des installations, matériel de présentation, d'essai et étalages, du mobilier des bureaux et des installations informatiques ainsi que les programmes de comptabilité et de gestion de stock ».*

Le droit au bail n'a pas été énuméré parmi les éléments du fonds de commerce et il est admis par les appelants que le fonds de commerce au moment de la cession ne comprenait pas de droit au bail. C'est d'ailleurs au début de l'exploitation du fonds de commerce en février 2005 que la société A a pris en location un complexe immobilier à usage commercial avec parking à U auprès d'une partie tierce.

Contrairement aux affirmations des appelants, le droit au bail n'est pas de l'essence du fonds de commerce, il ne constitue pas de plein droit un élément nécessaire du fonds de commerce, qui peut exister en dehors de lui-même (Cass. com. 27 avr. 1993 : RTD com. 1993, p. 488) ; dans certaines circonstances l'existence du commerce est indépendante du local où il est exercé (RPDB, fonds de commerce, no 5).

En l'espèce, en prenant en considération que la cession litigieuse n'a pas porté sur le droit au bail et que la société acquéreuse a conclu ultérieurement avec un tiers un bail en vue de l'exploitation de son commerce, le droit au bail n'a pas été pour la partie acquéreuse de l'essence du commerce acquis et le contrat n'est partant pas à annuler pour absence de droit au bail.

La cession du fonds de commerce a porté expressément sur la clientèle qui est généralement considérée en jurisprudence comme étant un élément essentiel du fonds de commerce ; il n'y a pas de fonds de commerce lorsqu'il n'y a pas ou lorsqu'il n'y a plus de clientèle ; la clientèle doit être réelle et certaine (RIPERT et ROBLOT, traité de droit commercial, tome 1er, 18 éd., no 446), respectivement le fonds doit avoir *« l'aptitude à avoir des clients eu égard à sa position, à son installation, à sa réputation » (*RPDB, tome V, fonds de commerce, no 5).

En ce qui concerne la clientèle, la délivrance du fonds s'opérera par la communication à l'acquéreur de tous les documents et renseignements nécessaires pour lui permettre de se mettre en relation avec la clientèle. (RPDB, fonds de commerce, no 65).

En l'espèce il n'est pas contesté par la société A qu'elle a reçu des listings concernant la clientèle existant au moment de la cession ; elle admet même avoir eu des relations avec une partie des clients renseignés sur les listings,

tout en disant que cette clientèle a généré un chiffre d'affaires minime et largement inférieur à celui renseigné par D et elle fait valoir des pertes pour les années 2006 et 2007.

La société intimée conteste l'inexistence de l'objet du fait de l'absence d'une clientèle et fait valoir que les pertes seraient dues à la mauvaise gestion par la gérance de la société A.

Face aux contestations de la société intimée, la société appelante n'établit pas l'inexistence de la clientèle au moment de la cession. Dans ce contexte il faut noter que les bilans invoqués des années 2006 et 2007 et d'une façon générale la baisse du chiffre d'affaires et du nombre des clients dans les années postérieures à la vente ne sont pas pertinents pour prouver l'inexistence de la clientèle en 2004 lors de la conclusion du contrat et lors de la délivrance du fonds.

Dans le même ordre d'idées l'offre de preuve par expertise comptable présentée par A pour prouver que « *la très grande majorité des clients renseignés par G n'ont pas permis à la société D s.à r.l. de réaliser un quelconque chiffre d'affaires* » est à déclarer irrecevable pour défaut de pertinence et par ailleurs pour imprécision, en ce qu'il n'est pas précisé quels clients présents sur le listing n'auraient plus existé au moment de la délivrance du fonds.

Le contrat n'est partant pas à annuler pour absence de clientèle.

Le contrat n'est pas non plus à annuler pour absence du fournisseur exclusif I qui aurait, selon les appelants, cessé très vite de livrer la société A et aurait indiqué déjà avant la conclusion du contrat de cession à G son intention d'arrêter son activité au Luxembourg.

A offre de prouver par l'audition du témoin F que « *préalablement à la constitution de la société A en date du 27 mai 2004 F avait informé G de son intention d'arrêter l'activité de la société J à Z et d'abandonner les locaux pris en bail et arbitrant la société D, qui ont été repris par la suite par la société A* ».

Les faits offerts en preuve ne sont pas pertinents dans le cadre de l'appréciation de la cause de nullité invoquée, étant donné que les faits offerts en preuve, à les supposer établis, n'établissent pas l'absence de fournisseur au moment de la conclusion du contrat de cession en juin 2004, et ne sont par ailleurs pas précis dans la mesure où il n'est pas indiqué de date de la cessation projetée de l'activité au Luxembourg. L'offre de preuve est dès lors à déclarer irrecevable.

Face aux contestations de la société intimée, disant que I a été effectivement son fournisseur au moment de la conclusion de la cession et que I a cessé les livraisons au moment où A n'a plus respecté les termes de paiement, la société A n'a pas établi l'inexistence de fournisseurs au moment de la conclusion du contrat.

- le dol et l'erreur

Les appelants invoquent le dol, sinon l'erreur dans le chef de la partie intimée pour absence de droit au bail, de clientèle et de fournisseurs. En plus ils font valoir que les bilans présentés par G de la société D lors des négociations auraient été tronqués alors qu'ils ne tenaient compte d'aucune dépense au titre de loyers respectivement de frais de personnel et qu'ils renseignaient des ventes de matériel détourné par G au sein de la société J.

Ils font finalement valoir que la présence de M. F de la société J au sein de la société A aurait été déterminante et essentielle de l'engagement des appelants dans le cadre du contrat de cession du fonds de commerce. ; ils expliquent que cette société aurait dû livrer des filtres à air à la société A, ce qui aurait été essentiel pour l'exploitation du commerce.

La société intimée conteste toute tromperie en son chef, ainsi que l'existence de l'erreur invoquée et conteste que la présence de F dans la société A ait été une condition de la conclusion de la cession du fonds de commerce.

L'erreur, pour justifier la nullité, doit porter sur la substance du fonds et elle doit avoir déterminé le consentement. L'erreur sur la valeur a été jugée comme n'étant pas déterminante (Jurisclasseur, commercial, fasc. 202, fonds de commerce, cession, formation, no 49 ; Cass. com., 18 février 1963, Bull. civ. 1963, IV, no 107). Ne constitue pas une erreur sur la substance l'erreur sur l'état plus ou moins prospère du commerce cédé, et notamment sur les recettes réalisées ; cette erreur porte en réalité sur la valeur du fonds, laquelle n'est pas considérée comme une qualité substantielle (RPDB, fonds de commerce, no 22 et décisions jurisprudentielles y citées).

Le dol est une erreur provoquée par les dissimulations d'une partie contractante et repose sur une dissimulation intentionnelle. Le dol suppose donc une intention de tromper et il doit avoir été déterminant du consentement (Jurisclasseur. commercial, fasc. 202, fonds de commerce, no 50).

La preuve de l'erreur et des manœuvres frauduleuses constitutives du dol appartient à la partie qui l'invoque, partant en l'espèce aux appelants.

La Cour constate en premier lieu que la société D n'a pas commis de manœuvre frauduleuse ni n'a induit en erreur la société A par le fait de ne pas avoir pu céder le droit au bail, étant donné que la société acquéreuse a pu se rendre compte à la lecture du contrat de cession que le droit au bail n'était pas cédé.

L'exagération par le vendeur d'un fonds de commerce des bénéfices réalisés, sans production d'éléments faux d'appréciation à l'appui des chiffres allégués par lui, ne suffit pas à constituer les manœuvres dolosives justifiant l'annulation de la cession.

En l'espèce la société A, en invoquant la diminution de la clientèle et du chiffre d'affaires et du bénéfice au fil des années qui ont suivi l'acquisition du

fonds de commerce, se référant notamment aux pièces comptables des années 2006 et 2007, n'invoque pas une erreur sur la substance et n'établit pas une tromperie dans le chef de la société D sur la clientèle et sur le chiffre d'affaires, d'autant que le contrat de cession ne contient aucune évaluation quant au chiffre d'affaires et quant au bénéfice réalisés.

Il n'est pas non plus établi que le listing clientèle remis lors de la conclusion du contrat n'ait pas reflété la situation exacte au moment de la conclusion du contrat. L'offre de preuve par expertise comptable présentée dans ce contexte est à rejeter pour défaut de pertinence, les faits à les supposer établis n'étant pas de nature à prouver l'erreur sur la substance c'est-à-dire une erreur autre que sur la valeur du fonds, respectivement des manœuvres frauduleuses, et pour défaut de précision, comme relevé ci-avant.

D offre par ailleurs en preuve par expertise que « *les bilans des années 2002 et 2003 de la société D ne renseignent pas les dépenses normales de cette société notamment au titre de loyers, salaires, acquisition de marchandises etc. ».*

La Cour constate que la société A reconnaît ne pas avoir reçu communication du bilan de l'année 2003 antérieurement à la conclusion de la cession ; elle ne saurait logiquement reprocher à son cocontractant de l'avoir trompée, respectivement de l'avoir induite en erreur par le fait de ne pas avoir fait figurer dans le bilan 2003 des loyers, salaires acquisitions de marchandises etc. Par ailleurs elle ne verse pas en cause les bilans des années 2002 et 2003 et autres comptes sociaux relatifs à ces années, mettant ainsi la Cour dans l'impossibilité de contrôler les prétendues omissions, voire inexactitudes sur certains postes de dépenses.

La demande en institution d'une expertise est dès lors encore à déclarer irrecevable au vu de la carence des parties appelantes dans l'administration de la preuve, ceci par application de l'article 351 du Nouveau code de procédure civile. S'y ajoute que la mission de l'expert est libellée de façon imprécise en ce que l'expert aurait dû se prononcer sur certains postes de dépenses <u>etc.</u>

La société D n'a pas induit en erreur, respectivement n'a pas commis de manœuvre dolosive dans le cadre de la conclusion du contrat de cession du fonds de commerce en relation avec la présence exigée de M. F dans la société nouvellement constituée A assurant ainsi la continuité de la relation entre D et la société de M. F, I. En effet il faut distinguer l'acte de constitution de la société A de celui de la cession du fonds de commerce. Le fait que M. F ne serait en réalité pas associé de la société A n'affecte en rien la cession du fonds de commerce ; si tromperie il y a eu, celle-ci s'est réalisée au moment de la constitution de la société.

Les attestations testimoniales versées en cause par les appelants et émanant de K et de L et attestant que M. F devrait également être associé de la société A ne sont dès lors pas à considérer, faute de pertinence, de même que celles émanant de F et M concernant la relation contractuelle avec la société I, respectivement J et les agissements de ces sociétés.

L'offre de preuve par audition des témoins F, L et B formulée dans le même contexte et ayant pour objet de prouver que « *les sieurs B et C ont exprimé leur souhait d'avoir comme associé le sieur F, ceci à titre de garantie pour la continuation des relations d'affaires avec leur fournisseur principal* » est à déclarer irrecevable pour défaut de pertinence.

Finalement la Cour constate qu'il n'est pas établi qu'il y ait eu erreur, respectivement dol sur l'existence du fournisseur J (autre société de F suivant les appelants). L'offre de preuve par témoins faite dans ce contexte par les appelants est à déclarer irrecevable pour défaut de pertinence, dans la mesure où les faits offerts en preuve, outre qu'ils sont imprécis comme relevé ci-dessus, ne sont pas susceptibles d'établir le dol ou l'erreur sur la substance. En effet le fait que le fournisseur a indiqué au cocontractant de A avant la conclusion du contrat de cession du fonds de commerce qu'il **aurait l'intention** d'arrêter son activité au Luxembourg, sans indication d'une date approximative, n'est pas relevant dans la mesure où ce même fournisseur a continué les fournitures lors de l'exploitation du fonds de commerce par A et que A n'établit pas que, si J a arrêté à un certain moment les fournitures, cet arrêt ait été motivé par une autre cause que le non respect des conditions de paiement, tel que soutenu par la partie intimée.

Il résulte des considérants qui précèdent que le contrat de cession du fonds de commerce n'encourt pas la nullité.

Quant à la nature de l'engagement souscrit par B et C.

Les appelants B et C soutiennent ne pas être commerçants, que leur engagement de nature purement civile ne relèverait pas de la compétence du tribunal de commerce, subsidiairement que, comme la cession du fonds de commerce serait nulle, leur engagement serait également à annuler, plus subsidiairement les écrits souscrits par eux seraient nuls pour ne pas contenir les conditions édictées par l'article 1326 du Code civil.

La partie intimée résiste à ces chefs de demande en insistant sur le caractère commercial de l'engagement souscrit par les appelants.

C'est à bon droit que le tribunal d'arrondissement a connu des présentes demandes en ce que le tribunal est juge de droit commun en matière civile et commerciale et connaît de toutes les affaires pour lesquelles compétence n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

La question soulevée du caractère commercial ou civil de l'engagement souscrit par les appelants concerne l'application des règles de procédure civile ou commerciale, et partant la recevabilité de la demande en première instance.

B et C ont en date du 4 juin 2004 signé chacun une reconnaissance de dette par deux actes séparés qui « *sert de garantie personnelle (de Monsieur B et de Monsieur C) pour l'engagement pris par A, en ce qui concerne le payement de la deuxième tranche prévue dans le contrat de cession de fond de commerce du 04 juin 2004). »*

Il est constant en cause, au vu de l'acte de société, que B est associé de la société A et qu'il a signé le contrat de cession du fonds de commerce pour la société A. Par contre C, assigné par D en tant que pensionné, n'est pas associé (l'associé étant un certain C), comme relevé par les appelants.

Il n'est pas contesté par les parties et ressort par ailleurs de l'acte du 4 juin 2004 que l'engagement est à qualifier de cautionnement.

Le cautionnement est considéré comme étant en principe un acte civil. Il perd toutefois son caractère civil dès lors que, commerçant ou non commerçant, celui qui l'a consenti trouve dans l'opération un intérêt personnel de nature patrimoniale sans qu'il soit nécessaire qu'il participe directement ou indirectement aux résultats du commerce du débiteur. (JUGLART et IPPOLITO, traité de droit commercial, tome 1er, éd.4, no 83.3 ; HAMEL, LAGARDE, JAUFFRET, doit commercial, 2°éd., 1er vol, introduction, règles communes à toutes les personnes de droit commercial, page 281).

B en tant qu'associé de la société et signataire de la cession du fonds de commerce a un intérêt patrimonial personnel dans le fonctionnement de la société et dans la bonne marche du commerce et son cautionnement d'une dette de la société est un cautionnement commercial, abstraction faite de la circonstance qu'il n'a pas eu lui-même la qualité de commerçant; la demande de D a donc été valablement introduite selon la procédure commerciale à l'encontre de B.

Le cautionnement, s'il est de nature commerciale, est dispensé des formalités prévues à l'article 1326 du Code civil et peut être prouvé conformément à l'article 109 du Code de commerce. En l'espèce la preuve du cautionnement, d'ailleurs non contesté, résulte des termes mêmes de l'acte du 4 juin 2004 à savoir la garantie personnelle du paiement de partie du prix de vente du fonds de commerce.

L'acte de cession du fonds de commerce n'étant pas nul, le cautionnement n'est pas non plus à annuler.

La Cour constate par contre que C n'est ni associé ni gérant de la société, de sorte que D n'a pas établi dans le chef de C un intérêt patrimonial dans le fonctionnement de la société.

L'argument de D consistant à dire que la nature commerciale du fonds de commerce, rendrait commercial également l'engagement souscrit par C est à rejeter. S'il est exact que la cession d'un fonds de commerce est un acte de commerce, la théorie de l'accessoire ne saurait conférer automatiquement au

cautionnement du prix de vente du fonds de commerce une nature commerciale. L'engagement donné par C est donc de nature civile.

La demande introduite à l'encontre de C selon la procédure commerciale est dès lors à déclarer irrecevable.

Quant au montant de la créance

Le prix de vente stipulé au contrat du 4 juin 2004 est au total de 283 053 € ; deux acomptes ont été réglés par la société acquéreuse l'un de 111.552 € à faire valoir suivant D sur le prix de vente du fonds de commerce et l'autre de 63.448 € à faire valoir sur le prix du stock de marchandises. Il est à relever que l'acte de cession du fonds de commerce comporte une annexe « *stocks de marchandises »* qui prévoit la cession du stock des marchandises *« au prix déterminé de commun accord »,* sans aucune autre précision.

Les parties appelantes ont soutenu en première instance et maintiennent en appel que les deux acomptes sont à imputer sur le prix de 283 053 €. A part ces acomptes, elles n'allèguent pas d'autres paiements.

La société D a interjeté appel incident et conclut à l'allocation du montant de 171.501 € en sus les intérêts, en disant que l'acompte de 63.448 € n'était pas à imputer sur le prix de la cession du fonds de commerce. En ordre subsidiaire, elle demande la confirmation du jugement. Elle demande également la confirmation du jugement en ce qui concerne le montant de la condamnation des cautions.

Il n'est pas établi au vu des pièces versées au dossier que le prix du stock des marchandises ait été fixé d'un commun accord des parties, de sorte qu'il n'y a pas lieu de considérer un quelconque prix du stock des marchandises ; par conséquent les acomptes payés par la société acquéreuse sont à prendre en considération pour la détermination du solde du prix de la cession du fonds de commerce fixé au montant de 108.053 € (283.053 - 111.552 - 63.448).

La société A est dès lors à condamner au paiement de la somme de 108.053 € les intérêts en sus.

La Cour fixe, au vu des pièces versées au dossier et notamment de l'acte de garantie précité, la dette de B contractée en tant que caution au montant de 61.974 €. La Cour relève que D n'a pas en appel réclamé le paiement d'intérêts sur ce montant en ayant demandé la confirmation du jugement.

La présomption de solidarité est à appliquer à des actes de commerce accomplis par un non commerçant qui a toutefois un intérêt à l'entreprise commerciale (RIPERT & ROBLOT, traité de droit commercial, tome 1er, 28 éd., no 399, page 299), de sorte que B est tenu solidairement avec la société A.

La partie intimée demande une indemnité de procédure de 3.000 €. Il est inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à charge de la société D, qui a dû assigner en justice pour avoir paiement du solde du prix de vente. L'indemnité de ce chef est fixée à 2.000 €.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit les appels principal et incident en la forme ;

annule le jugement déféré ;

rejette le moyen de surséance ;

condamne la société A à payer à la société D le montant de 108.053 € avec les intérêts légaux à partir du 5 juin 2005 jusqu'à solde ;

condamne B en tant que caution solidairement avec la société A à payer à la société D le montant de 61.974 € ;

déclare irrecevable la demande dirigée à l'encontre de C ;

condamne B et la société A solidairement à payer à la société D une indemnité de procédure de 2.000 €. ;

fait masse des frais et dépens des deux instances, les impose pour trois quarts à la société A et à B, tenus solidairement, et pour un quart à la société D et ordonne la distraction de ceux de l'instance d'appel au profit de Maître Arsène KRONSHAGEN et de Maître François REINARD, sur leurs affirmations de droit.