Arrêt commercial

Audience publique du vingt et un novembre deux mille douze.

Numéro 36718 du rôle.

Composition :

Françoise MANGEOT, présidente de chambre;
Valérie HOFFMANN, conseillère;
Marie-Laure MEYER, conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société anonyme A S.A., *établie et ayant son siège social à F-….. U, inscrite au registre de commerce et des sociétés de U sous le numéro ……., représentée par son directeur général en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 15 février 2010,*

comparant par Maître François PRUM, avocat à Luxembourg ;

e t :

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

intimée *aux fins du susdit exploit KURDYBAN,*

comparant par Maître Philippe DUPONT, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Statuant en continuation du jugement du 30 janvier 2004 et de l'arrêt du 12 juillet 2006, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale a, par jugement du 11 décembre 2009, condamné la société B S.A. à payer à la société A S.A. le montant de 113.687,- euros, avec les intérêts légaux sur le montant de 40.119,- euros à partir du 1er juillet 2003 jusqu'à solde et sur le montant de 73.568,- euros à partir du 12 juillet 2006 jusqu'à solde; dit qu'il n'y a pas lieu à majoration du taux d'intérêt; condamné la société B S.A. à payer à la société A S.A. une indemnité de procédure de 2.500,- euros; dit qu'il n'y a pas lieu à exécution provisoire et condamné la société B S.A. aux frais et dépens de l'instance, y compris les frais d'expertise.

Par exploit d'huissier du 15 février 2010, la société A S.A. a relevé appel de ce jugement, non signifié.

Par conclusions notifiées le 8 novembre 2010, l'appelante a déclaré se désister purement et simplement de son acte d'appel du 15 février 2010.

Par conclusions notifiées le 17 décembre 2010, la société B S.A. demande à la Cour de constater que ce désistement emporte acquiescement au jugement du 9 décembre 2009. Subsidiairement, et pour le cas où ce désistement interviendrait sous la réserve d'agir dans le cadre de l'instance introduite par le deuxième acte d'appel, elle fait valoir que le désistement ne serait pas pur et simple et donc pas valable.

La partie intimée affirme que le désistement ne serait, par ailleurs et en tout état de cause, pas valable au vu de l'absence de pouvoir spécial accordé par la société A S.A. à son mandataire Maître François PRUM.

La société B S.A. conclut encore, sur base de l'article 546 sinon 240 du nouveau code de procédure civile, à l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000,- euros pour l'instance d'appel.

La Cour constate que le jugement du 11 décembre 2009 a été entrepris par la société A S.A. d'abord par un acte d'appel du 15 février 2010 (enrôlé sous le numéro 36718) et ensuite par un acte d'appel du 9 mars 2010 (enrôlé sous le numéro 36021).

Dans l'acte de désistement, la société A S.A. déclare se désister purement et simplement de son « acte d'appel par exploit (…) du 15 février 2010 ».

C'est à tort que l'intimée a conclu que le désistement emporte acquiescement au jugement du 11 décembre 2009. On ne saurait, en l'espèce, déduire de l'acte de désistement de l'acte d'appel du 15 février 2010, un acquiescement au jugement du 11 décembre 2009 ; un tel acquiescement étant incompatible avec les intentions de la partie appelante telles qu'elles ressortent des rétroactes de l'affaire et notamment du deuxième acte d'appel du 9 mars 2010.

C'est encore à tort que l'intimée a conclu à la nullité du désistement pour ne pas être pur et simple alors que « le désistement est l'abandon de l'instance déjà commencée. Il peut porter sur tout ou partie de la procédure, ou seulement sur tel acte de la procédure » (cf. Glasson & Tissier Proc. Civ. T II n° 561). L'appelante peut donc, en principe, se désister de l'un des deux actes d'appel dirigés contre le jugement du 11 décembre 2009 sans pour autant se désister de l'instance d'appel.

Finalement l'intimée a soulevé la nullité du désistement en raison de l'absence de pouvoir spécial accordé par la société A S.A. à son litismandataire pour se désister.

La Cour rappelle que l'acte de désistement d'instance doit être signé par la partie elle-même. C'est là une formalité substantielle, dont l'omission entraînerait la nullité. Si le désistement est fait par mandataire, il faut qu'il reçoive un pouvoir spécial, et cela est vrai même pour l'avoué (cf. Glasson & Tissier Proc. Civ. T.II n° 561 et s.; Garsonnet & Cézar-Bru Traité de proc. Civ. T 3. n° 850 et s.).

Compte tenu des développements qui précèdent, et de l'absence d'un tel pouvoir spécial, il n'y a pas lieu de décréter le désistement.

La société A S.A., succombant dans sa demande, est à condamner aux frais de cette demande.

Il n'y a cependant pas lieu de faire droit à la demande de l'intimée et de condamner l'appelante aux frais des deux instances avec distraction au profit du mandataire de l'intimée alors qu'au vu du rejet de la demande de désistement, l'instance d'appel est toujours pendante.

L'appelante a conclu à l'irrecevabilité de la demande adverse en allocation d'une indemnité de procédure. Elle fait valoir que le désistement entraînant « l'extension » de l'instance, (il y a lieu de lire extinction), une demande reconventionnelle formée après désistement serait irrecevable.

Au vu du sort réservé à la demande de désistement, ce moyen est à rejeter.

L'indemnité de procédure ne faisant pas partie des frais, la demande n'est pas fondée sur base de l'article 546 du nouveau code de procédure civile.

L'instance d'appel étant toujours pendante, la demande en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile est à réserver.

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,

constate que le désistement de l'acte d'appel du 15 février 2010 est nul et de nul effet ; partant

dit qu'il n'y a pas lieu de décréter le désistement aux conséquences de droit ;

avant tout autre progrès en cause,

ordonne la révocation de l'ordonnance de clôture pour permettre aux parties de conclure quant à la recevabilité de l'acte d'appel du 15 février 2010, qui est contestée ;

renvoie le dossier devant le magistrat de la mise en état pour instruction complémentaire ;

laisse les frais de la demande de désistement à charge de la société A S.A. avec distraction au profit de Maître Philippe DUPONT, sur ses affirmations de droit ;

réserve le surplus et les autres frais.