

Arrêt référé

**Audience publique du 23 mai deux mille douze**

Numéro 38093 du rôle.

Composition:

Marie-Anne STEFFEN, président de chambre;

Odette PAULY, conseiller;

Pierre CALMES, conseiller;

Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

**la société à responsabilité limitée C),**

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg en date du 6 décembre 2011,

comparant par Maître Philippe-Fitzpatrick ONIMUS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

**1. P),**

**2. M),**

**3. la société à responsabilité limitée O),**

intimés aux fins du susdit exploit KURDYBAN du 6 décembre 2011,

comparant par Maître Nicolas BANNASCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

---

### **LA COUR D'APPEL :**

Par exploit de l'huissier de justice du 6 décembre 2011, signifié à P), à M) et à la société à responsabilité limitée O) sàrl, la société à responsabilité limitée C) sàrl interjette appel de l'ordonnance de référé du 17 octobre 2011 déclarant la demande en tant qu'introduite par P) et de la société O) sàrl et en ce qu'elle porte sur les distributeurs et présentoirs recevable et fondée; partant interdit à la société C) sàrl d'installer dans la cour de l'immeuble sis à L-2227 Luxembourg, ....., tous présentoirs et distributeurs de boissons sous peine d'une astreinte de 700.- € à chacune des parties P) et la société O) sàrl par infraction. L'ordonnance déclare irrecevable la demande de P) et de la société O) sàrl en ce qu'elle porte sur la marquise en tant que basée sur le règlement de la copropriété et non fondée en tant que basée sur l'article 544 du Code civil.

#### **Quant à la nullité de l'acte d'appel**

Les parties intimées, P), M) et la société à responsabilité limitée O) sàrl, soulèvent l'irrecevabilité de l'acte d'appel et partant la nullité de la procédure au motif que l'acte d'appel leur a donné assignation à comparaître à l'audience du 27 décembre 2011 à 15 heures, jour auquel il n'y avait pas d'audience pour enrôler l'affaire.

La disposition de l'article 939 du Nouveau Code de Procédure civile prescrit que l'acte d'appel en matière d'appel de référé doit contenir une assignation à jour fixe.

La nullité dont est entaché en l'espèce l'exploit contenant l'acte d'appel est une nullité de forme du fait qu'elle sanctionne une irrégularité commise dans la rédaction dudit exploit.

Conformément à la disposition de l'article 264 alinéa 2 du Nouveau Code de Procédure civile, aucune nullité pour vice de forme des exploits ne pourra être prononcée que s'il est justifié que l'inobservation de la formalité, même substantielle, aura pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie adverse.

Le fait de lancer une assignation à comparaître à un jour déterminé où il n'y a pas d'audience ne saura dès lors entraîner la nullité de l'acte, que s'il a porté atteinte aux intérêts des intimés.

Par lettre du 23 décembre 2011 du greffier de la juridiction saisie, les mandataires des parties en litige ont été informés que « l'affaire sera reproduite à l'audience du 3 janvier 2012 à 15.00 heures, salle CR.2.28, pour fixation (le 27 décembre 2011 il n'y a pas d'audience) ».

Il en découle que la mise au rôle de l'affaire a été portée à la connaissance du mandataire des parties intimées. Le mandataire des intimés ne pouvait donc se méprendre quant au jour fixé pour la comparution et bénéficiait en outre du temps nécessaire pour préparer valablement sa défense.

Par ailleurs, à l'audience du 17 avril 2012 à laquelle elle avait été fixée pour plaidoiries, l'affaire a encore été remise à huitaine suite à la demande du mandataire des parties intimées. A cette même audience, le mandataire des parties intimées a formulé des réserves quant à la recevabilité de l'appel et a consenti à ce que la cause fût remise à une autre audience.

Au vu de ces développements les parties intimées n'ont pas été lésées dans leurs intérêts et dans ces conditions ce moyen d'irrecevabilité est à rejeter.

### **Quant à la compétence du juge des référés pour connaître de la demande**

La société C) estime que le juge des référés est incompétent pour connaître de la demande celle-ci étant de la compétence exclusive du magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale en vertu des articles 24 et 23 de la loi du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques commerciales sanctionnant la concurrence déloyale et transposant la directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse.

En l'occurrence, la demande se meut entre deux commerçants voisins et a pour objet l'occupation par l'un d'eux de la cour, partie commune de la copropriété, avec ses présentoirs, un distributeur de boissons et une marquise.

La loi du 30 juillet 2002, réglementant certaines pratiques commerciales, sanctionnant la concurrence déloyale et transposant la

directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, définit dans son article 14 les actes de concurrence déloyale et attribue dans son article 23 compétence au magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale pour ordonner la cessation des actes contraires aux dispositions des articles 1 à 22 de cette loi.

Le juge des référés, juge de droit commun, devient incompétent pour connaître d'une affaire au cas où une loi spéciale attribue compétence à une autre juridiction.

Toutefois, la concurrence est un état de fait qui se présente seulement lorsque deux commerçants, industriels ou artisans, présentent directement à tout ou à partie d'une même clientèle, pour la satisfaction des mêmes besoins de celle-ci, des services ou des produits comparables entre eux (commerce Bruxelles (Prés) 10 février 1966 J.T. 1966, p. 447).

En l'occurrence, les parties en cause, dont l'une vend des bijoux de fantaisie et l'autre des sucreries, n'adressent pas à une même clientèle pour la satisfaction des mêmes besoins de celle-ci, des services ou des produits comparables entre eux. Partant la présente demande en cessation n'est pas de la compétence du magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et le moyen d'incompétence est à rejeter.

### **Quant à la recevabilité de l'action introduite par devant le juge des référés siégeant en audience extraordinaire**

Dans son acte d'appel, la société C) critique le fait qu'en première instance la demande a été portée à une audience extraordinaire nullement justifiée par une « urgence caractérisée ». La partie appelante explique que l'assignation lui a été signifiée le vendredi 30 septembre 2011 pour l'audience du lundi 3 octobre 2011 et qu'ainsi son mandataire a dû plaider le dossier sans avoir pu en discuter avec sa mandante et n'a pas eu le temps de préparer tous ses moyens de défense.

L'ordonnance permettant à une partie d'assigner à une audience extraordinaire, prise en vertu de l'article 934 alinéa 2 du Nouveau Code de Procédure civile qui prévoit une fixation extraordinaire « dans le cas qui requiert célérité »; n'est qu'une mesure purement administrative.

L'article 937 du Nouveau Code de Procédure civile exige qu'un temps suffisant se soit écoulé entre l'assignation et l'audience pour que la partie assignée ait pu préparer sa défense.

En retenant l'affaire à l'audience du 3 octobre 2011, le juge siégeant en première instance a nécessairement estimé que la partie appelante disposait d'un délai suffisant pour préparer sa défense, sinon il aurait refixé les débats à la prochaine audience.

Il résulte de la procédure de première instance que mardi le 27 septembre 2011 les parties intimées ont soumis au président du tribunal d'arrondissement leur requête en autorisation d'assigner à une audience extraordinaire de référé. L'ordonnance y relative leur a été accordée le même jour et ce n'est que le 30 septembre 2011, soit trois jours plus tard, que l'assignation a été signifiée aux parties adverses pour une audience ayant lieu le premier jour ouvrable suivant.

La loi ne prévoit pas de délai minimum et confie au juge le soin de s'assurer que le délai accordé au défendeur est suffisant pour mettre celui-ci en mesure de comparaître, ainsi que de consulter un conseil judiciaire afin de pouvoir préparer utilement sa défense.

La réduction du délai de comparution à moins de trois jours ouvrables est inacceptable et abusive de la part de la partie demanderesse, compte tenu de l'urgence malgré tout relative des mesures sollicitées (cf. Cour d'Appel no du rôle 31024 du 6 décembre 2006).

En effet, il n'est pas contesté que les actes critiqués perdurent depuis décembre 2010, soit depuis plus de neuf mois, de sorte que l'affaire aurait utilement pu être renvoyée à une prochaine audience pour plaidoiries.

Le délai suffisant caractérisant le droit à un procès équitable n'a pas été respecté, de sorte qu'il y a lieu d'annuler l'exploit introductif de première instance ainsi que l'ordonnance déferée du 17 octobre 2011.

Les demandes des parties basées sur l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile sont à rejeter, aucune des parties ne justifiant de la condition de l'iniquité.

#### **PAR CES MOTIFS :**

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel en la forme ;

le déclare fondé ;

partant déclare nuls l'exploit d'assignation du 30 septembre 2011 et l'ordonnance de référé du 17 octobre 2011, ainsi que toute la procédure qui s'en est suivie;

rejette les demandes basées sur l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile,

condamne les parties intimées aux frais et dépens des deux instances.