

Arrêt commercial -

Audience publique du six avril deux mille six.

Numéro 29140 du rôle.

Composition:

Irène FOLSCHEID, premier conseiller, président,
Aloyse WEIRICH, conseiller,
Jean-Paul HOFFMANN, conseiller,
Carmen FRIES, greffière assumée.

Entre:

A.), gérante, demeurant à L-(...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice
Frank SCHAAL de Luxembourg en date du 28 juin 2004,

comparant par Maître Véronique HOFFELD, avocat à la Cour
à Luxembourg,

et:

la société à responsabilité limitée CAFE HENRI VII, établie
et ayant son siège social à L-1251 Luxembourg, 42, avenue
du Bois, représentée par son gérant actuellement en
fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit SCHAAL,

comparant par Maître Roy REDING, avocat à la Cour à
Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 7 septembre 2001 **A.)** a fait comparaître la société à responsabilité limitée Café Henri VII devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'y entendre condamner à lui payer la somme de 500.000.- francs représentant le prix d'un fonds de commerce sis à Luxembourg, 42, avenue du Bois, vendu par la requérante à la partie assignée par contrat de vente du 15 décembre 2000.

Par jugement rendu le 6 mai 2004, le tribunal a dit cette demande non fondée, a dit non fondée la demande reconventionnelle en allocation de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire et a condamné **A.)** à payer à la société Café Henri VII une indemnité de procédure de 1000.- euros.

De ce jugement non signifié **A.)** a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 28 juin 2004.

La société Café Henri VII en a relevé appel incident.

A l'appui de cet appel incident la société Café Henri VII reproche aux premiers juges de ne pas avoir accueilli ses moyens de nullité de la saisie-conservatoire et de l'exploit d'assignation du 7 septembre 2001 pour défaut d'indication de l'adresse correcte de la demanderesse et pour défaut d'indication du numéro de registre de commerce, mentions exigées à peine de nullité par l'article 153 du nouveau code de procédure civile.

Il convient de relever que les premiers juges n'ont pas répondu au moyen d'une nullité de la saisie-conservatoire soulevé devant eux.

Par ordonnance du 15 décembre 2005 la Cour a prononcé la rupture du délibéré et la révocation de l'ordonnance de clôture pour soumettre aux parties la question de la compétence du tribunal siégeant en matière commerciale pour connaître de la demande en annulation de la saisie-conservatoire. L'affaire a été reprise en délibéré le 23 février 2006.

Avant d'assigner la société Café Henri VII devant le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, **A.)** a, en vertu d'une ordonnance rendue par le président du tribunal siégeant en matière commerciale et par exploit d'huissier du 25 juillet 2001, fait procéder à une saisie conservatoire sur les biens meubles appartenant à la société Café Henri VII.

Il n'appartient pas aux tribunaux de commerce de connaître des demandes en validité ou en mainlevée des saisies-conservatoires pratiquées en vertu d'ordonnances rendues par leur président. Les juridictions civiles sont seules compétentes pour se prononcer sur les difficultés d'exécution proprement dites, lorsque, par exemple, le défendeur demande la nullité ou la mainlevée de la saisie. Et l'incompétence des tribunaux de commerce est absolue et doit même être prononcée d'office (Dalloz, Codes annotés, Code de procédure civile, éd. 1876, art. 442, nos 78 s.; Garsonnet, Traité de procédure civile, 3^e éd. T.2, no 378).

En l'espèce **A.)** a saisi le tribunal siégeant en matière commerciale de sa demande en paiement du prix de la cession du fonds de commerce et la société Café Henri VII ne peut, dans le cadre de cette demande, conclure à l'annulation de la saisie-conservatoire, laquelle est de la seule compétence du tribunal siégeant en matière civile.

En ce qui concerne le moyen de nullité de l'exploit d'assignation du 7 septembre 2000 pour défaut d'indication de l'adresse correcte de **A.)** et de son numéro de registre de commerce, tels qu'exigés par l'article 153 du nouveau code de procédure civile, la Cour rejoint les premiers juges pour dire que, s'il est vrai que les formalités de l'article 153 du nouveau code de procédure civile sont prescrites à peine de nullité, cet article a pour finalité d'éviter des erreurs d'identification sur la personne du demandeur, de sorte que la nullité procédant de sa violation est une nullité de forme à laquelle s'appliquent les dispositions de l'article 264, alinéa 2 du nouveau code de procédure civile.

Pour prospérer dans son moyen de nullité la société Café Henri VII doit donc, conformément à l'article 264, alinéa 2 du nouveau code de procédure civile, établir que les violations incriminées ont porté atteinte à ses intérêts.

Cette partie soutient que l'indication erronée d'une adresse peut avoir une incidence sur les suites d'une procédure, notamment en matière d'exécution, de sorte qu'elle a un intérêt légitime à exiger que la demanderesse indique dans son exploit introductif d'instance sa véritable adresse.

A.) fait valoir que l'adresse indiquée dans l'exploit d'assignation est son adresse exacte, à laquelle elle n'avait seulement à ce moment pas encore déclaré sa résidence auprès des autorités compétentes. Selon l'appelante, la société Café Henri VII savait d'ailleurs parfaitement qu'elle demeurait à l'adresse indiquée, étant donné qu'en juin 2001 elle lui avait adressé une lettre recommandée à cette adresse.

L'article 153 du nouveau code de procédure civile a pour finalité d'éviter des erreurs d'identification sur la personne du demandeur. En l'espèce, surtout au vu des explications fournies par **A.)**, un risque d'erreur n'existait pas. En ce qui concerne l'incidence d'une indication erronée de l'adresse sur les suites de la procédure, et abstraction faite de ce que l'adresse était en l'espèce correcte, une telle incidence peut encore se produire en cas de changement d'adresse en cours de procédure et elle est par ailleurs sans pertinence au regard de la finalité de l'article 153.

La société Café Henri VII n'a pas fait valoir de grief qui lui serait résulté du défaut d'indication du numéro de registre de commerce et le jugement est à confirmer en ce qu'il a rejeté le moyen de nullité.

En ce qui concerne le numéro de registre de commerce, **A.)** ayant déclaré en cours d'instance d'appel qu'elle n'en disposait pas à titre personnel, la société Café Henri VII a conclu à l'irrecevabilité de sa demande sur base de l'article 2 de la loi du 26 avril 1987 modifiant la loi du 23 décembre 1909 portant

création d'un registre de commerce et des sociétés, respectivement de l'article 22 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce, aux termes desquels *"est irrecevable toute action principale, reconventionnelle ou en intervention qui trouve sa cause dans une activité commerciale pour laquelle le requérant n'était pas immatriculé lors de l'introduction de l'action"*.

C'est à bon droit que **A.)** oppose l'irrecevabilité de ce moyen pour ne pas avoir été opposé in limine litis. En effet d'après l'article 2 de la loi du 26 avril 1987 applicable en l'espèce, de même d'ailleurs que d'après l'article 22 de la loi du 19 décembre 2002, l'irrecevabilité est couverte si elle n'est proposée avant toute autre exception ou défense.

Les premiers juges ont débouté **A.)** de sa demande au motif qu'en présence des contestations afférentes de la société Café Henri VII, soutenant que ce fonds de commerce a été cédé par elle en sa qualité de gérante de la société Taverne Henri VII, elle n'a pas établi qu'elle était propriétaire en nom personnel du fonds de commerce cédé.

A.) a versé en instance d'appel un contrat de vente du fonds de commerce litigieux, daté du 7 février 1997, dont résulte sa qualité de propriétaire de ce fonds de commerce, de sorte que celle-ci est établie, étant à ajouter qu'aux termes de l'acte de vente du 15 décembre 2000 le fonds de commerce a été vendu par **A.)** en nom personnel et non pas en une qualité de gérante d'une société Taverne Henri VII. La Cour peut donc se dispenser d'examiner les reproches adressés dans ce contexte par l'appelante aux premiers juges.

La société Café Henri VII conclut à la nullité de cette vente pour porter sur une chose indéterminée.

Elle soutient que le contrat de vente du 15 décembre 2000 a prévu que "les deux parties s'engagent dès à présent à dresser un inventaire complet du matériel cédé. Cet inventaire fera partie intégrante du présent contrat de vente." Selon la partie intimée l'inventaire n'a pas été dressé de sorte qu'elle n'a pas pu donner valablement son consentement pour une chose indéterminée et que le contrat est nul par application de l'article 1108 du code civil qui subordonne la validité d'une convention, entre autres, à l'existence d' *"un objet certain qui forme la matière de l'engagement"*, l'article 1126 précisant qu' *"il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce"*.

En l'espèce la vente a porté sur un fonds de commerce et la désignation de la chose faisant l'objet du contrat a été suffisante pour l'individualiser, sans qu'il soit besoin, pour la validité de la vente au regard des dispositions invoquées que soient énumérés les éléments composant le fonds de commerce (Poitiers, 17.12.1929, Gaz.Pal. 1930, I, p.570; Cass. 1^e civ. 16.6.1964, B.C. I no 322).

Il est vrai que les parties se sont engagées à dresser un inventaire du matériel cédé, inventaire qui devait faire partie intégrante du contrat de vente. Mais cet inventaire, auquel les deux parties se sont engagées, n'a pas été dressé sans

que l'une d'elles n'ait exigé de l'autre la confection de l'inventaire et la société Café Henri VII a pris possession du fonds de commerce cédé et l'exploite. Il faut donc admettre que les deux parties ont jugé l'inventaire inutile et ont renoncé chacune à la clause le stipulant. La société Café Henri VII ne peut dès lors tirer prétexte de l'absence d'inventaire pour en déduire qu'elle n'a pas valablement donné son consentement.

C'est encore à tort que la société Café Henri VII soutient que l'exigence de l'inventaire est à qualifier de condition suspensive, laquelle ne s'est toujours pas réalisée. En effet la confection d'un inventaire n'est pas un événement futur et incertain, tel que visé par l'article 1181 du code civil.

La société intimée conclut enfin à la résolution de la vente pour défaut de délivrance, soutenant que **A.)** n'a pas délivré la chose vendue dans son intégralité. Selon la société Café Henri VII, quelques jours avant la signature de la vente elle s'est rendue par l'intermédiaire de son représentant, la dame **B.)**, au 42, avenue du Bois à Luxembourg pour voir en quoi consistait le fonds de commerce et elle a pu constater la présence de différents objets qui manquaient le jour de la reprise du fonds de commerce, que d'autres objets étaient défectueux, respectivement pas nettoyés. Elle offre ces faits en preuve, déclarant se réserver le droit de communiquer la liste des témoins.

A.) soutient qu'en réceptionnant puis en exploitant le fonds de commerce, la société intimée a manifesté sans conteste son agrément et ne peut plus demander la résolution de la vente pour non-conformité de la chose livrée.

Dans sa lettre recommandée adressée à **A.)** le 26 juin 2001, la société Café Henri VII fait déjà état de ses critiques actuelles et il est dit dans cette lettre que **A.)** est restée dans les lieux jusque fin mai 2001. Il en résulte qu'une prise de possession des lieux n'a pu avoir lieu que début juin 2001 et en présence des protestations contenues dans la lettre du 26 juin 2001, on ne peut parler de réception sans réserve de la chose vendue.

A.) conclut à l'irrecevabilité de l'offre de preuve formulée par la partie adverse au cas où les témoins à entendre devraient être soit la dame **B.)**, soit **C.)**, qui sont les gérants de la société intimée et à assimiler à une partie au procès.

Suite à ces conclusions, la société Café Henri VII n'a pas fait connaître l'identité des témoins à entendre, continuant à se réserver le droit de communiquer la liste des témoins, sans par ailleurs déclarer être dans l'impossibilité d'indiquer d'emblée les personnes à entendre.

Conformément à l'article 423 du nouveau code de procédure civile il appartient à la partie qui demande une enquête d'indiquer les nom, prénoms et demeure des personnes dont elle sollicite l'audition et la décision qui prescrit l'enquête énonce les nom, prénoms et demeure des personnes à entendre.

D'autre part, de par la loi les gérants sont dans la société à responsabilité limitée les personnes physiques incarnant la personne morale en justice et en vertu du principe que nul ne peut être témoin dans sa propre cause, consacré

par l'article 399 du nouveau code de procédure civile, ils ne peuvent être entendus comme témoins dans un litige mettant en cause la société qu'ils représentent (Cass. 30.6.2005, numéros 2193 et 2205 du registre).

En l'absence d'indication des témoins qu'elle se propose de faire entendre, la société intimée a mis la Cour dans l'impossibilité d'examiner si ce ou ces témoins sont capables de déposer dans le présent litige ou s'ils doivent être écartés, ce qui conduirait au rejet de l'offre de preuve. La Cour constate dans ce contexte que la société Café Henri VII dit elle-même qu'avant la conclusion du contrat elle a pris inspection des lieux par l'intermédiaire de sa représentante, la dame **B.**), de sorte qu'on peut admettre que celle-ci ne peut témoigner dans le présent litige.

L'offre de preuve ne peut dès lors être accueillie et la demande en résolution n'est pas fondée.

Il s'en suit que l'appel de **A.)** est fondé et, par réformation du jugement entrepris, la société Café Henri VII est à condamner au paiement de la somme de 500.000.- francs, soit 12.394,68 euros.

A.) obtenant gain de cause en instance d'appel, la demande reconventionnelle en allocation de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire est à dire non fondée.

Les deux parties concluent à l'allocation d'une indemnité de procédure.

La société Café Henri VII, qui succombe dans le litige, ne peut prétendre à une indemnité de procédure et sa demande est à rejeter.

Il serait par contre inéquitable de laisser à charge de **A.)** l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer en instance d'appel et il y a lieu de lui allouer la somme de 1.000.- euros.

Par ces motifs :

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

reçoit les appels, principal et incident, en la forme;

dit que le tribunal siégeant en matière commerciale est incompétent pour connaître de la demande en nullité de la saisie-conservatoire du 25 juillet 2001;

confirme le jugement en ce qu'il a rejeté les moyens de nullité de l'exploit d'assignation du 7 septembre 2001;

par réformation du jugement entrepris dit la demande de **A.)** fondée;

condamne la société à responsabilité limitée Café Henri VII à payer à **A.)** la somme de 12.394,68 euros avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice, 7 septembre 2001, jusqu'à solde;

décharge **A.)** de la condamnation au paiement d'une indemnité de procédure;

dit non fondée la demande de la société Café Henri VII en allocation de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire;

condamne la société à responsabilité limitée Café Henri VII à payer à **A.)** une indemnité de procédure de 1.000.- euros pour l'instance d'appel;

dit non fondée la demande de la société Café Henri VII en allocation d'une indemnité de procédure et la condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel.