

Arrêt N° 79/20 - IX – COM

Audience publique du vingt-cinq juin deux mille vingt

Numéro CAL-2019-00426 du rôle

Composition:

Serge THILL, président de chambre,
Alain THORN, premier conseiller,
Danielle SCHWEITZER, premier conseiller,
Alexandra NICOLAS, greffier.

E n t r e :

la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois **SOC1.**),
établie et ayant son siège social à L-(...),(...), inscrite au registre de
commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),
représentée par son gérant actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick
KURDYBAN de Luxembourg du 7 février 2019,

comparant par Maître Jean-Philippe LAHORGUE, avocat à la Cour,
demeurant à Luxembourg,

e t :

1) la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois **SOC2.**),
établie et ayant son siège social à L-(...),(...), inscrite au registre de
commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),
représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prédit exploit KURDYBAN du 7 février 2019,

comparant par Maître Joram MOYAL, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg,

2) **A.**), demeurant à F-(...),(...),

intimé aux fins du prédit exploit KURDYBAN du 7 février 2019,

défaillant.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier de justice du 19 décembre 2017, la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois **SOC2.)** (ci-après **SOC2.)**) a fait donner assignation à la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois **SOC1.)** (ci-après **SOC1.)**) et à **A.)** à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour les entendre condamner à lui payer solidairement, sinon *in solidum* la somme de 225.000 EUR, outre les intérêts légaux, et la somme de 500 EUR à titre d'indemnité contractuelle journalière de retard pour la période du 19 novembre 2017 jusqu'à la date du jugement à intervenir.

SOC2.) a exposé, à l'appui de sa demande, que le 26 juin 2017, elle a cédé le fonds de commerce « **SOC2.)** » à **A.)** pour la somme de 275.000 EUR, afin qu'il puisse y exploiter un restaurant italien. Suivant contrat du 19 octobre 2017, conclu entre elle et **SOC1.)**, la propriété du fonds de commerce aurait été transférée à **SOC1.)**, dont l'associé gérant était **A.)**. Un acompte de 50.000 EUR aurait été payé. Selon les stipulations contractuelles, le solde de 225.000 EUR devait être payé par **SOC1.)** jusqu'au 19 novembre 2017. Malgré relances, ce montant n'aurait pas été payé.

A l'audience à laquelle l'affaire a été plaidée, **SOC2.)** a réduit sa demande du chef du solde du fonds de commerce à la somme de 75.000 EUR. Elle a réclamé à titre de clause pénale pour la période du 16 janvier 2018 au 9 novembre 2018 la somme de 148.500 EUR.

Par un jugement du 7 décembre 2018, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a dit nul l'exploit d'assignation du 19 décembre 2017 à l'égard de **A.)**. La demande dirigée contre **SOC1.)** a été déclarée irrecevable pour le montant de 2.360,24 EUR et fondée et justifiée pour les montants de 75.000 EUR et de 148.500 EUR.

Par exploit d'huissier du 7 février 2019, **SOC1.)** a relevé appel de ce jugement, lui signifié le 7 janvier 2019.

Conformément aux dispositions de l'article 2 (2) du règlement grand-ducal du 17 avril 2020 relatif à la tenue d'audiences publiques pendant l'état de crise, les mandataires des parties ont été informés par écrit le 13 mai 2020 que l'affaire serait prise en délibéré à l'audience du 20 mai 2020, que cette audience serait tenue par le président de chambre Serge THILL et que l'arrêt serait rendu par le président de chambre Serge THILL, le premier conseiller Alain THORN et le premier conseiller Danielle SCHWEITZER.

Les mandataires des parties ayant informé la Cour qu'ils n'entendaient pas plaider l'affaire, et les fardes de procédure ayant été déposées au greffe, l'audience a été tenue à la date indiquée, suivant les modalités annoncées aux parties.

Le président de chambre Serge THILL a pris l'affaire en délibéré et a fixé le prononcé de l'arrêt au 25 juin 2020.

Les mandataires des parties ont été informés par écrit de la composition de la Cour et de la date du prononcé.

Le magistrat ayant présidé l'audience a rendu compte à la Cour dans son délibéré.

SOC2.) conclut à l'irrecevabilité de l'appel pour violation de l'article 84 du Nouveau Code de procédure civile.

Elle fait valoir, en ce qui concerne **A.)**, qu'à défaut de signification à personne et de réassignation de ce dernier, défaillant, l'acte d'appel serait irrecevable.

Aux termes de l'article 84 du Nouveau Code de procédure civile, si de deux ou plusieurs parties citées, toutes ne comparaissent pas, les parties défaillantes, auxquelles l'acte d'instance n'avait pas été délivré à personne, sont, à l'expiration du délai de comparution, récités par huissier de justice, avec mention dans la recitation, que le jugement à intervenir sera réputé contradictoire.

La procédure du défaut profit-joint ne doit être suivie que lorsque dans la même instance, il existe deux ou plusieurs défendeurs ayant des intérêts identiques et dont l'un au moins a constitué avoué.

S'agissant d'éviter les décisions contradictoires par suite d'un éventuel éclatement de la procédure, le mécanisme ne doit trouver à s'appliquer que si le risque d'une contradiction de jugement est réel. Ce risque est inexistant lorsque les défendeurs considérés ne sont pas recherchés pour le même objet.

L'acte d'appel est dirigé contre **SOC2.)** et **A.)**.

*Il tend à voir « déclarer irrecevable la demande formulée par **SOC2.)** pour cause de libellé obscur, sinon sur le fond, par réformation du premier jugement, déclarer la demande en paiement formulée par **SOC2.)** non fondée pour cause de dol, déclarer non valable la clause pénale fixée par les juges de première instance à 148.500 EUR, sinon limiter son montant à 75.000 EUR correspondant au montant principal et sous condition que le paiement principal n'ait pas été réglé. »*

Aucune demande n'est formulée à l'encontre de **A.)**.

L'article 84 précité ne s'applique dès lors pas et l'acte d'appel est recevable à cet égard.

Au regard du fait qu'aucune demande n'a été formulée en instance d'appel à l'égard de **A.)**, il est superfétatoire d'examiner si l'acte d'appel a été régulièrement signifié à ce dernier.

SOC1.) conclut à la nullité de l'assignation du 19 décembre 2017 en raison de son libellé obscur.

Elle fait valoir que les demandes en paiement de **SOC2.)** seraient contradictoires dans la mesure où elle aurait formé une demande tendant au paiement de la somme de 75.000 EUR en raison d'un manquement de **SOC1.)** à ses obligations contractuelles et aurait, en même temps, réclamé la clause pénale sanctionnant le débiteur défaillant. Il serait impossible de fonder une demande à la fois sur l'exécution d'une obligation et la sanction résultant de l'inexécution de l'obligation. Une telle demande formulée à titre principal rendrait impossible toute défense effective. Elle n'aurait pas su, à la lecture de l'assignation, si elle doit contester l'inexécution alléguée ou plutôt la validité de la clause pénale.

Aux termes de l'article 154 du Nouveau Code de procédure civile, l'exploit d'ajournement contiendra l'objet de la demande et un exposé sommaire des moyens, le tout à peine de nullité.

La partie assignée doit, pour préparer sa réponse, savoir de façon précise ce qu'on lui demande et sur quelle qualité, quel titre, quels motifs le demandeur se fonde. L'objet de la demande doit toujours être énoncé de façon claire et complète, à la différence de l'exposé des moyens, qui peut être sommaire (cf. R.P.D.B. V° Exploit n° 298 et s.).

Cette prescription du Nouveau Code de procédure civile doit être interprétée en ce sens que l'indication exacte des prétentions et la

désignation des circonstances de fait, qui forment la base de la demande, sont requises. La description des faits doit être suffisamment précise pour mettre le juge en mesure de déterminer le fondement juridique de la demande, pour ne pas laisser le défendeur se méprendre sur l'objet de celle-ci et pour lui permettre le choix des moyens de défense appropriés.

Il se dégage de la lecture de l'assignation que **SOC2.)** a sollicité la condamnation de **SOC1.)** au paiement du solde du prix de cession du fonds de commerce de l'établissement connu sous l'enseigne « **SOC2.)** » sis à L-(...), (...) et sa condamnation au paiement de l'indemnité prévue au contrat du 19 octobre 2017 selon laquelle « *à défaut de paiement du solde prix à l'échéance il sera dû une pénalité de cinq cents euros par jour de retard* ».

C'est à tort que **SOC1.)** fait valoir que ces demandes seraient contradictoires, puisque **SOC2.)** sollicite la condamnation au solde du prix de vente et l'application de l'indemnité conventionnelle prévue en cas de retard dans l'exécution du paiement à l'échéance.

L'assignation est claire et **SOC1.)** a pu utilement préparer sa défense.

Le moyen d'irrecevabilité tiré du libellé obscur est, par conséquent, à rejeter.

Il est constant en cause que le 23 juin 2017, **SOC2.)** a cédé pour le prix de 275.000 EUR son fonds de commerce à **A.)** afin de pouvoir y exploiter un restaurant. En juillet 2017, l'acompte contractuel de 50.000 EUR a été payé. Le 19 octobre 2017, un second contrat a été signé entre **SOC2.)** et **A.)** pour préciser que la propriété du fonds de commerce est transférée à **SOC1.)**. Suite à la substitution effectuée dans les droits et obligations, **SOC1.)** est venue en lieu et place de **A.)**. Selon les termes du contrat, le solde restant de 225.000 EUR devait être payé « *au plus tard dans un délai d'un mois à compter de ce jour par virement bancaire* », soit jusqu'au 19 novembre 2017. Le 15 janvier 2018, un montant de 125.000 EUR a encore été crédité au bénéfice de **SOC2.)**. Compte tenu d'une réduction du prix de 25.000 EUR accordée par **SOC2.)** et des deux paiements intervenus, il subsiste un solde non réglé de 75.000 EUR auquel **SOC1.)** s'oppose.

Elle conclut au débouté de la demande au motif que lors de la conclusion du contrat, son consentement aurait été vicié pour cause de dol.

Elle fait valoir qu'elle aurait décidé de reprendre le fonds de commerce de **SOC2.)** sur base des informations et surtout des bilans qui lui auraient été présentés par cette dernière.

Or, il se serait avéré que le montant du chiffre d'affaires réalisé par **SOC1.)** serait loin de celui présenté par **SOC2.)** dans les bilans de 2014 et 2015. Ceci s'expliquerait par le fait qu'une grande partie du chiffre d'affaires réalisé par **SOC2.)** serait, non pas comme elle l'aurait affirmé dans un email du 12 décembre 2017 en lien avec l'activité de la brasserie, mais au contraire avec celle de glacier. Elle affirme ne pas avoir clôturé son premier exercice, de sorte qu'elle ne saurait produire de bilan.

Elle aurait été trompée par le fait que **SOC2.)** lui aurait présenté des comptes annuels sur deux exercices 2014 et 2015 pour appuyer le fait que seule l'activité de brasserie était prise en compte dans le calcul du chiffre d'affaires. A l'appui de ses dires, elle invoque l'email du 12 décembre 2017 et une attestation de témoignage.

SOC2.) conteste toute manœuvre à l'égard de **SOC1.)**. Elle n'aurait jamais menti à **SOC1.)** quant au chiffre d'affaires réalisé avant la cession.

Elle prétend que le prix de la reprise du fonds de commerce n'aurait pas été déterminé selon le chiffre d'affaires réalisé par **SOC2.)** avant la cession. Ce chiffre d'affaires n'aurait pas été un élément déterminant. **SOC1.)** ne prouverait, par ailleurs, pas que son chiffre d'affaires serait inférieur à celui réalisé par **SOC2.)**.

SOC2.) conclut au rejet de l'attestation de témoignage produite en cause pour n'être ni pertinente ni concluante.

Le dol suppose l'intention de tromper.

Défini comme une tromperie destinée à surprendre un consentement, le dol apparaît à la fois comme un vice du consentement et comme un délit civil.

La victime du dol dispose d'une action en annulation du contrat ainsi que d'une action en responsabilité civile extracontractuelle qui peut s'exprimer par une demande de réduction du prix.

En l'espèce, **SOC1.)** ne conclut pas à l'annulation du contrat, mais s'oppose au paiement du solde de 75.000 EUR, au motif qu'elle aurait été trompée par **SOC2.)**.

L'email du 12 décembre 2017, invoqué par **SOC1.)** pour prouver le dol allégué, est libellé comme suit :

« [...] »

Je te confirme par la présente les dires de mon fils hier, c'est-à-dire que j'attends le déblocage du prêt qui doit intervenir ces prochains jours.

D'autre part, dans ton mail du 6 juillet dans lequel tu me fais parvenir les bilans 2014-2015-2016, tu m'indiques que le CA figurant au bilan est uniquement les montants de la brasserie, puisque le CA des glaces figure sur une autre société.

Après 3 semaines on est loin des chiffres annoncés.

Pour la transparence totale de ce dossier je te propose de me faire parvenir les 3 bilans brasserie (2016 n'était clôturé) et les bilans de l'activité glace.

[...] »

Cet email, rédigé après la conclusion du contrat, ne permet cependant pas d'établir dans quelle mesure **SOC2.)** aurait, par des manœuvres frauduleuses ou par des mensonges quant au chiffre d'affaires du fonds de commerce cédé, vicié le consentement de **SOC1.)** lors de la conclusion du contrat.

Il en va de même de l'attestation de témoignage, établie le 29 janvier 2019 par **T1.)**, dans laquelle le témoin se limite à affirmer que « *notre activité se limitait à 15 couverts. Aujourd'hui la Brasserie (...) fait un chiffre largement supérieur qu'en 2017* ».

En l'absence d'autres éléments de preuve ou d'offre de preuve, le dol allégué n'est pas établi.

Dans ces conditions, la demande de **SOC2.)** portant sur le paiement du solde du prix de cession du fonds de commerce est à déclarer fondée pour le montant réclamé de 75.000 EUR.

SOC2.) demande, en formulant régulièrement appel incident, à se voir allouer les intérêts légaux à compter d'une mise en demeure du 13 décembre 2017, sinon d'une mise en demeure du 15 octobre 2018 jusqu'à solde.

Le jugement entrepris a condamné **SOC1.)** aux intérêts légaux sur le montant de 75.000 EUR à partir du 7 décembre 2018, date du jugement jusqu'à solde.

Etant donné que suivant courrier recommandé avec accusé de réception du 13 décembre 2017, **SOC1.)** a été mise en demeure de régler le solde

restant dû sur le prix de vente du fonds de commerce, les intérêts légaux sont à allouer à compter de cette date jusqu'à solde.

SOC1.) critique ensuite le jugement entrepris en ce qu'elle a été condamnée au paiement du montant de 148.500 EUR en raison d'une pénalité de 500 EUR par jour de retard dans le paiement du prix de cession du fonds de commerce.

Elle fait d'abord valoir qu'une telle peine ne saurait être cumulée avec la demande tendant à l'exécution du contrat.

Il conviendrait, en ordre subsidiaire, de la réduire par application de l'article 1152 du Code civil. Cette peine ne pourrait, en tout état de cause, pas excéder le montant de 75.000 EUR, sous condition que le montant principal ne soit pas réglé.

SOC2.) a, d'une part, réclamé le solde du prix de vente du fonds de commerce cédé et, d'autre part, le paiement de la clause pénale convenue en cas de retard de paiement du prix de cession à raison de 500 EUR par jour de retard.

Ces deux demandes présentées par **SOC2.)** sont indépendantes l'une par rapport à l'autre, de sorte que **SOC1.)** fait à tort valoir que **SOC2.)**, après avoir obtenu gain de cause en ce qui concerne sa demande en condamnation au paiement du solde du prix de cession du fonds de commerce, ne saurait plus réclamer la clause pénale conventionnellement convenue en cas de retard de paiement.

Les clauses pénales sont les clauses par lesquelles les contractants évaluent forfaitairement et par avance les dommages-intérêts dus par le débiteur en cas d'inexécution totale, partielle ou tardive du contrat. Les clauses pénales ont pour principale fonction de faire – en principe – échec au pouvoir d'appréciation des dommages-intérêts normalement réservé au juge : elles cherchent à prévenir les difficultés de l'évaluation judiciaire des dommages-intérêts en fixant, par avance, un forfait de réparation (Cass. com 5 avril 2016, n° 14-20169 et Cass. com 18 mai 2005, n° 03-10508).

Aux termes de l'article 1152, alinéa 2 du Code civil, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

La révision judiciaire prévue à l'article 1152 du Code civil est subordonnée à la preuve d'une disproportion manifeste, considérable, entre le montant de l'indemnité stipulée dans le contrat et le dommage réellement subi.

Il appartient dès lors à la Cour d'appel d'apprécier si la peine convenue est sujette à réduction.

En l'absence de préjudice, le juge n'est pas tenu de supprimer la peine prévue, mais s'il constate expressément cette absence de préjudice, il peut exonérer totalement le débiteur du paiement de la clause convenue (J-C civil, art. 1231 à 1231-7, Fasc.22 ; Régime de la réparation-modalités de la réparation - règles particulières de la responsabilité contractuelle - clause pénale n°122).

Il est admis en cause que **SOC2.)** n'a pas pu disposer de la somme de 75.000 EUR au moment convenu. Elle reste cependant en défaut de prouver que cette indisponibilité lui ait causé un préjudice non couvert par l'allocation d'intérêts légaux à partir du jour de la mise en demeure jusqu'à solde ou qu'elle ait été dans l'impossibilité de pouvoir mener à terme d'autres projets de financement.

Dans ces conditions, il convient d'exonérer **SOC1.)** du paiement de la clause pénale prévue au contrat.

Il s'ensuit que l'appel incident de **SOC2.)**, qui tend à voir condamner **SOC1.)** au paiement de la somme de 500 EUR par jour de retard depuis le 19 novembre 2017, n'est pas fondé.

Il ne paraît pas inéquitable de laisser aux parties les sommes exposées par elles et non comprises dans les dépens, de sorte que les demandes en obtention d'une indemnité de procédure présentées de part et d'autre pour chacune des deux instances sont, indépendamment de leur recevabilité, à rejeter.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant par défaut à l'égard de **A.)** et contradictoirement à l'égard de la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois **SOC2.)**,

reçoit les appels principal et incident,

les déclare partiellement fondés,

réformant

dit que la condamnation au paiement de la somme de 75.000 EUR est à majorer des intérêts légaux à partir du 13 décembre 2017 jusqu'à solde,

décharge la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois **SOC1.)** de la condamnation au paiement de la somme de 148.500 EUR à titre de clause pénale,

confirme le jugement entrepris pour le surplus,

déboute les parties de toutes leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure présentées en instance d'appel,

condamne la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois **SOC1.)** aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Joram MOYAL, avocat concluant qui la demande et qui affirme en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Serge THILL, président de chambre, en présence du greffier Alexandra NICOLAS.