Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

N° 72 / 11.
du 22.12.2011.

Numéro 2885 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, vingt-deux décembre deux mille onze.

Composition:

Marie-Paule ENGEL, présidente de la Cour,
Léa MOUSEL, conseillère à la Cour de cassation,
Eliane ZIMMER, première conseillère à la Cour d'appel,
Marianne PUTZ, première conseillère à la Cour d'appel,
Lotty PRUSSEN, conseillère à la Cour d'appel,
Jean ENGELS, avocat général,
Marie-Paule KURT, greffière à la Cour.

E n t r e :

la société à responsabilité limitée SOCIETE1.), établie et ayant son siège à L-ADRESSE1.), représentée par ses gérants actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.),

demanderesse en cassation,

comparant par Maître Marc THEWES, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

e t :

1) la société anonyme SOCIETE2.) S.A., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.),

défenderesse en cassation,

comparant par Maître Tom FELGEN, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

2) la société à responsabilité limitée SOCIETE3.) s.àr.l., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE3.), représentée par son gérant actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO3.),

défenderesse en cassation,

comparant par Maître Marc MODERT, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

3) l'association sans but lucratif SOCIETE4.), en abrégé SOCIETE4.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE4.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO4.),

défenderesse en cassation,

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

4) la société à responsabilité limitée SOCIETE5.) s.àr.l., représentée par son gérant actuellement en fonction, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE5.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO5.),

5) la société anonyme SOCIETE6.) S.A., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE6.), représentée par son gérant actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO6.),

6) la société anonyme SOCIETE7.) S.A., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE7.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO7.),

7) la société anonyme SOCIETE8.) S.A., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE8.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO8.),

défenderesses en cassation.

==========

LA COUR DE CASSATION :

Sur le rapport de la conseillère Léa MOUSEL et sur les conclusions de l'avocat général Jean ENGELS ;

Vu l'arrêt attaqué rendu le 15 juillet 2010 sous les numéros 34118 et 34925 du rôle par la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière civile ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 28 septembre 2010 par la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) à la société anonyme SOCIETE2.), la société à responsabilité limitée SOCIETE3.), l'association sans but lucratif SOCIETE4.), la société à responsabilité limitée SOCIETE5.), la société anonyme SOCIETE6.), la société anonyme SOCIETE7.) et la société anonyme SOCIETE8.), déposé le 2 novembre 2010 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 27 décembre 2010 par la société à responsabilité limitée SOCIETE3.) à la société anonyme SOCIETE2.), la société à responsabilité limitée SOCIETE1.), l'association sans but lucratif SOCIETE4.), la société à responsabilité limitée SOCIETE5.), la société anonyme SOCIETE6.), la société anonyme SOCIETE7.) et la société anonyme SOCIETE8.), déposé le 28 décembre 2010 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié les 23 et 24 décembre 2010 par l'association sans but lucratif SOCIETE4.) à la société à responsabilité limitée SOCIETE3.), la société anonyme SOCIETE2.), la société à responsabilité limitée SOCIETE1.), la société à responsabilité limitée SOCIETE5.), la société anonyme SOCIETE6.), la société anonyme SOCIETE7.) et la société anonyme SOCIETE8.), déposé le 28 décembre 2010 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié les 21 et 22 décembre 2010 par la société anonyme SOCIETE2.) à la société à responsabilité limitée SOCIETE1.), la société à responsabilité limitée SOCIETE3.), l'association sans but lucratif SOCIETE4.), la société à responsabilité limitée SOCIETE5.), la société anonyme SOCIETE6.), la société anonyme SOCIETE7.) et la société anonyme SOCIETE8.), déposé le 5 janvier 2011 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Sur la procédure :

Attendu qu'il y a lieu d'écarter des débats le mémoire signifié les 21 et 22 décembre 2010 à la requête de la société anonyme SOCIETE2.), mais déposé au greffe de la Cour supérieure de justice seulement le 5 janvier 2011, donc en dehors du délai légal de deux mois prescrit à l'article 15 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait dit fondée en principe la demande en indemnisation de la société SOCIETE1.) à l'encontre de la société SOCIETE2.) et chargé un consultant aux fins de déterminer le préjudice subi, avait dit fondée en principe la demande en intervention dirigée par la société SOCIETE2.) contre la société SOCIETE3.) et ordonné un sursis à statuer en attendant la détermination du montant qui sera pris en charge par la compagnie d'assurances SOCIETE8.), par contre avait dit irrecevables sur la base contractuelle les demandes dirigées par la société SOCIETE2.) contre la société SOCIETE6.), la société SOCIETE7.), l'association sans but lucratif SOCIETE4.) et la société SOCIETE5.) et rejeté ces demandes sur la base délictuelle ; par la même décision le tribunal avait dit partiellement fondée la demande de la société SOCIETE2.) contre la société SOCIETE8.) et chargé un consultant de la mission plus amplement énoncée au dispositif du jugement ; que le tribunal enfin, avait condamné la société SOCIETE1.) à payer à la société SOCIETE2.) un montant déterminé tout en ordonnant la compensation entre les montants auxquels ces parties auront droit ; que sur les appels des sociétés SOCIETE2.) et SOCIETE3.), la Cour d'appel, déclarant les appels recevables, par réformation, déclara irrecevable la demande de la société SOCIETE1.) s.àr.l. contre la société SOCIETE2.) S.A., dit sans objet les demandes de la société SOCIETE2.) S.A. contre la société SOCIETE3.) s.àr.l., la société SOCIETE5.) s.àr.l., la société SOCIETE6.) S.A., la société SOCIETE7.) S.A., l'association sans but lucratif SOCIETE4.) et la société SOCIETE8.) S.A. et condamna la société SOCIETE1.) s.àr.l. à payer à la société SOCIETE2.) S.A. le montant de 32.084,89 euros avec les intérêts tels qu'alloués en première instance ;

Sur le premier moyen de cassation :

tiré *« de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 89 de la Constitution,*

en ce que les juges du fond, pour dire recevable l'appel interjeté par la partie SOCIETE3.) – partie appelée en garantie en première instance par la partie SOCIETE2.) – à l'encontre de la partie demanderesse principale en première instance SOCIETE1.), ont seulement retenu que << la société SOCIETE3.), appelée en garantie, est en droit de former appel contre le jugement qui a dit fondée en principe la demande d'indemnisation dirigée contre la société SOCIETE2.) en raison de laquelle la société SOCIETE3.) est appelée en garantie >>, sans pour autant répondre aux arguments développés à la page 6 des conclusions du 25 juin 2009 de la partie demanderesse en cassation, suivant lesquels l'appel de la partie SOCIETE3.) ne serait pas recevable comme << SOCIETE1.) n'a pas conclu contre SOCIETE3.) et le jugement du 4 juin 2008 n'a pas prononcé de condamnation de SOCIETE3.) au profit de SOCIETE1.) >>,

alors que conformément à l'article 89 de la Constitution tout arrêt doit être motivé, le fait que la Cour n'ait pas répondu aux moyens des plaideurs équivalant à un défaut de motivation » ;

Mais attendu que pour décider de la recevabilité de l'appel de SOCIETE3.) contre la demanderesse au principal, la société SOCIETE1.), les juges d'appel

n'avaient pas à examiner si celle-ci avait formulé une demande contre l'appelé en garantie ou si elle avait obtenu une condamnation de ce dernier à son profit ;

Que les juges d'appel en disant que *« la société SOCIETE3.), appelée en garantie est en droit de former appel contre le jugement qui a dit fondée la demande en indemnisation dirigée contre la société SOCIETE2.) en raison de laquelle la société SOCIETE3.) est appelée en garantie »* ont implicitement rejeté les moyens d'irrecevabilité soulevés et répondu ainsi aux conclusions de la société SOCIETE1.) ;

Que le moyen est dès lors non fondé ;

Sur le deuxième moyen de cassation :

tiré *« de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 571 du Nouveau code de procédure civile,*

en ce que les juges du fond, pour dire recevable l'appel interjeté par la partie SOCIETE3.) – partie appelée en garantie en première instance par la partie SOCIETE2.) – à l'encontre de la partie demanderesse principale en première instance SOCIETE1.), ont retenu qu'en raison du fait que << le jugement du 4 juin 2008 a déclaré fondée en principe la demande d'indemnisation dirigée par la société SOCIETE1.) contre la société SOCIETE2.) >> et que << c'est précisément en raison de cette demande d'indemnisation de la société SOCIETE1.) contre la société SOCIETE2.) >> et que << c'est précisément en raison de cette demande d'indemnisation de la société SOCIETE1.) que la société SOCIETE2.) a appelé en garantie plus particulièrement la société SOCIETE3.) >>, de sorte que SOCIETE3.) << est en droit de former appel contre le jugement qui a dit fondée en principe la demande d'indemnisation dirigée contre la société SOCIETE2.) en raison de laquelle la société SOCIETE3.) est appelée en garantie >>,

alors qu'en statuant ainsi – en particulier en présence des contestations sur la recevabilité de l'appel dirigé à son encontre par la société SOCIETE1.) – sans vérifier si le jugement dont appel a prononcé au profit de SOCIETE1.), demandeur principal, une condamnation contre la partie appelée en garantie ou si des conclusions ont été prises entre la partie demanderesse principale et la partie intervenante, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » ;

Mais attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que l'appelante, la société SOCIETE3.), avait critiqué le jugement entrepris en ce qu'il n'avait pas déclaré irrecevable la demande de la société SOCIETE1.) sur base de l'article 22 (1) de la loi sur le registre de commerce ;

Qu'en recevant l'appel de la société SOCIETE3.), les juges du fond ont implicitement examiné et constaté que celle-ci avait conclu en première instance contre la société SOCIETE1.) ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen de cassation :

tiré *« de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 22(1) de la loi modifiée du 19 décembre 2002 sur le registre du commerce et des sociétés,*

en ce que les juges du fond ont estimé recevable la fin de non-recevoir présentée par la partie SOCIETE3.) – appelée en garantie en première instance par le défendeur principal SOCIETE2.) – dirigée contre le demandeur principal et visant l'irrecevabilité de la demande principale au motif que l'action principale trouve sa cause dans un contrat conclu pour une activité commerciale pour laquelle SOCIETE1.) n'était pas immatriculée,

alors que conformément à l'article 22(1) de la loi modifiée du 19 décembre 2002 sur le registre du commerce et des sociétés << 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 »,

de sorte que seul le défendeur principal, et non une partie mise en intervention, peut soulever in limine litis cette irrecevabilité, la partie défenderesse principale étant seule à pouvoir subir un préjudice en cas d'absence d'immatriculation de la partie demanderesse pour une activité commerciale lors de l'introduction de l'action » ;

Mais attendu que l'irrecevabilité prévue par l'article 22 (1) de la loi modifiée du 19 décembre 2002 sur le registre de commerce et des sociétés constitue une fin de non-recevoir générale de l'action ; qu'elle n'est pas conditionnée par l'existence d'un grief dans le chef de la partie qui l'invoque ;

Que le moyen n'est dès lors pas fondé ;

Sur le quatrième moyen de cassation :

tiré *« de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés, plus particulièrement des articles 22(1) et 6 de cette loi,*

en ce que la Cour a considéré que la loi précitée impose aux sociétés commerciales inscrites au registre de commerce et des sociétés l'obligation de déclarer à ce registre non pas seulement leur objet social statutaire, comme le prévoit l'article 6 de la dite loi, mais encore << toute activité commerciale qu'ils exercent et (…) toute activité additionnelle qu'ils ajoutent à leur activité après la première inscription >>,

alors que cette exigence de déclaration des activités exercées ne résulte d'aucune disposition de loi citée et qu'en particulier le point 4 de l'article 6 de la loi

se borne à requérir que l'immatriculation de la société comporte une << indication de l'objet social >>,

de sorte que les juges du fond ont ajouté à la loi modifiée du 19 décembre 2002 une exigence qui n'y figure pas » ;

Mais attendu que l'activité commerciale au sens de l'article 22 (1) de la loi modifiée du 19 décembre 2002, combiné avec l'article 6, point 4, de cette même loi est celle qui procède de l'objet social d'une société commerciale compte tenu du principe de la spécialité de la personne morale ;

Que les juges du fond, en disant que *« les dispositions relatives au registre de commerce font obligation aux commerçants non seulement de s'inscrire, mais d'inscrire toute activité commerciale qu'ils exercent et d'inscrire toute activité additionnelle qu'ils ajoutent à leur activité après la première inscription »* et en constatant que *« la fourniture et la pose de faux-plafonds constitue une activité indépendante des activités pour lesquelles la société SOCIETE1.) a pris inscription »*, ont souverainement retenu que *« l'activité de fournisseur et de poseur de faux-plafonds obligeait la société SOCIETE1.) à inscrire cette activité au registre de commerce »* ;

Que l'appréciation de l'activité accessoire soumise à inscription échappe au contrôle de la Cour de cassation ;

Que le moyen ne saurait être accueilli ;

Sur le cinquième moyen de cassation :

tiré *« de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 22(1) de la loi modifiée du 19 décembre 2002,*

en ce que les juges du fond ont déclaré l'action de SOCIETE1.) irrecevable au motif que bien que SOCIETE1.) fût inscrite au registre de commerce, l'action introduite aurait en l'espèce << sa cause dans l'exercice de l'activité de fourniture et de pose de plaques de faux-plafonds et de plâtrage >> et que << la société SOCIETE1.) n'a pas fait inscrire cette activité au registre de commerce >>,

alors que l'irrecevabilité prévue par l'article 22 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 ne vise que les actions intentées par une personne physique ou morale exerçant une activité commerciale sans disposer d'aucune immatriculation au registre de commerce et des sociétés » ;

Mais attendu que l'avant-dernier alinéa de l'article 1er de la loi du 19 décembre 2002 stipule que « les inscriptions prescrites par la loi de même que toute modification se rapportant aux faits dont la loi ordonne l'inscription doivent être portées sur le registre » ;

Que les juges du fond, en disant que les dispositions relatives au registre de commerce font obligation aux commerçants d'inscrire toute activité additionnelle qu'ils ajoutent à leur activité après la première inscription et en constatant dans le cadre de leur pouvoir souverain d'appréciation, échappant au contrôle de la Cour de cassation, que la fourniture et la pose de faux-plafonds constitue une activité indépendante et non similaire aux activités pour lesquelles SOCIETE1.) était inscrite, pour conclure à l'irrecevabilité de l'action introduite par cette dernière contre SOCIETE2.), n'ont pas violé l'article 22 visé au moyen qui dès lors est à rejeter ;

Sur le sixième moyen de cassation :

tiré *« de la violation de l'article 11(6) de la Constitution par la loi modifiée du 19 décembre 2002 telle qu'elle a été interprétée et appliquée par l'arrêt déféré,*

en ce que la Cour d'appel a considéré que la loi précitée impose aux sociétés commerciales inscrites au registre de commerce et des sociétés l'obligation de déclarer à ce registre non pas seulement leur objet social statutaire, comme le prévoit l'article 6 de la dite loi, mais encore << toute activité commerciale qu'ils exercent et (…) toute activité additionnelle qu'ils ajoutent à leur activité après la première inscription >> et que le non respect de cette exigence serait à sanctionner par l'irrecevabilité prévue par l'article 22(1) de la loi ;

alors que les obligations de déclaration additionnelles ainsi mises à charge des sociétés commerciales et les critères permettant d'identifier les activités dépassant ce qui a été déclaré ne résultent pas avec précision et clarté de la loi ;

de sorte que, si l'interprétation et l'application que les juges ont fait de la loi modifiée du 19 décembre 2002 est juste, celle-ci doit être considérée comme violant l'article 11(6) de la Constitution, les restrictions que le législateur peut apporter à la liberté du commerce et de l'industrie n'étant admissibles que si elles sont clairement délimitées » ;

Mais attendu que dans la mesure où le moyen est à comprendre que l'application par les juges du fond de l'article 22 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 se heurterait à l'article 11 (6) de la Constitution, il est irrecevable, la Cour de cassation n'étant pas habilitée à contrôler la constitutionnalité des lois ;

Attendu que la demanderesse, en ordre subsidiaire, demande à saisir la Cour constitutionnelle de la question suivante :

« La loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés, interprétée comme imposant aux sociétés commerciales inscrites au registre de commerce et des sociétés l'obligation de déclarer à ce registre non pas seulement leur objet social statutaire, comme le prévoit l'article 6 de la dite loi, mais encore << toute activité commerciale qu'ils exercent et (…) toute activité additionnelle qu'ils ajoutent à leur activité après la première inscription >> est-elle conforme à l'article 11(6) de la Constitution en particulier sous l'aspect que le texte de loi n'énonce pas avec précision la teneur et la forme de cette obligation de déclaration mais que le non-respect de cette obligation serait sanctionnée par

l'irrecevabilité des actions en justice trouvant leur cause dans une activité qui n'aurait pas été déclarée » ;

Attendu que la question sur la conformité de l'article 22 (1) de la loi du 19 décembre 2002 par rapport à l'article 11 (6) de la Constitution est dénuée de tout fondement dès lors que l'obligation d'inscription au registre de commerce ne constitue pas de restriction à la liberté du commerce et de l'industrie ;

qu'il n'y a donc pas lieu de saisir la Cour constitutionnelle de la question posée ;

Sur les indemnités de procédure :

Attendu que les défenderesses en cassation n'ayant pas justifié de la condition d'inéquité requise par l'article 240 du Nouveau code de procédure civile, sont à débouter de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure ;

Par ces motifs,

rejette le pourvoi ;

rejette la demande des défenderesses en cassation en paiement d'une indemnité de procédure ;

condamne la demanderesse en cassation aux frais et dépens de l'instance en cassation, sauf ceux exposés par la société anonyme SOCIETE2.) et en ordonne la distraction au profit de Maître Marc MODERT, avocat à la Cour, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente Marie-Paule ENGEL, en présence de Monsieur Jean ENGELS, avocat général et de Madame Marie-Paule KURT, greffière à la Cour.

Conclusions du Parquet Général
dans l'affaire de cassation

la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) S.AR.L.

contre

1) la société anonyme SOCIETE2.) S.A.
2) la société à responsabilité limitée SOCIETE3.) S.AR.L.
3) l'association sans but lucratif SOCIETE4.)
4) la société à responsabilité limitée SOCIETE5.) S.AR.L.
5) la société anonyme SOCIETE6.) S.A.
6) la société anonyme SOCIETE7.) S.A.
7) la société anonyme SOCIETE8.) S.A.

(no 2885 du registre)

Le pourvoi de la société à responsabilité limitée **SOCIETE1.) sàrl**, déposé au greffe de la Cour en date du 2 novembre 2010 après avoir été signifié le 28 octobre 2010 aux sept parties défenderesses, est dirigé contre un arrêt rendu contradictoirement le 15 juillet 2010 par la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière civile sous les numéros 34118 et 34925 du rôle.

Le pourvoi est recevable.

Le mémoire en réponse de la société à responsabilité limitée **SOCIETE3.)** signifié le 27 décembre 2010 et déposé au greffe de la Cour le 28 décembre 2010, peut être pris en considération pour avoir été signifié et déposé dans le délai de deux mois, le délai se comptant de quantième à quantième.

Le mémoire en réponse de l'association sans but lucratif **SOCIETE4.)**, signifié les 23 et 24 décembre 2010 aux autres parties et déposé au greffe de la Cour le 28 décembre 2010, peut être pris en considération pour avoir été signifié et déposé dans le délai de deux mois, le délai se comptant de quantième à quantième.
Le mémoire en réponse[1] de la société anonyme **SOCIETE2.) S.A.** a été signifié les 21 et 22 décembre 2010 pour être déposé au greffe de la Cour seulement en date du 5 janvier 2011.

[1] Nonobstant que la société SOCIETE2.) S.A. intitule son mémoire de « *Mémoire en cassation dirigé contre un arrêt du 15 juillet 2010 rendu contradictoirement par la Cour d'appel …* », ledit mémoire ne constitue pas un

Aux termes de l'article 16 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation (ci-après la loi de 1885), *le mémoire en réponse devra, dans les délais déterminés, être signifié à la partie adverse à son domicile élu et déposé au greffe, sous peine d'être écarté du débat.*

En l'occurrence le mémoire bien que signifié dans le délai de deux mois à partir de la signification du mémoire introductif de la société SOCIETE1.), n'a été déposé au greffe de la Cour que le 5 janvier 2011, soit en dehors du délai légal, et devra dès lors être écarté des débats[2].

La société à responsabilité limitée **SOCIETE5.) sàrl**, la société anonyme **SOCIETE6.) S.A**., la société anonyme **SOCIETE7.) S.A.** et la société anonyme **SOCIETE8.) S.A.**, n'ont pas déposé de mémoire.

- Quant aux faits

Par arrêt du 15 juillet 2010, la Cour d'appel a, entre autre :

- rejeté le moyen d'irrecevabilité de l'appel opposé par la partie demanderesse initiale, l'entrepreneur principal la société SOCIETE1.), au sous-traitant en deuxième, la société SOCIETE3.) et déclaré cet appel recevable,

- a déclaré par réformation, fondé le moyen d'irrecevabilité de l'action introduite par la société SOCIETE1.) contre son sous-traitant en premier, la société SOCIETE2.), tel que développé par le sous-traitant en deuxième, la société SOCIETE3.), et tiré du défaut d'immatriculation au Registre de commerce et des sociétés de la société SOCIETE1.) pour exercer l'activité de la réalisation de faux-plafond et de travaux de plâtrage.

- Quant au premier moyen de cassation

Tiré « *de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 89 de la Constitution* ».

pourvoi incident, mais est un mémoire en réponse au sens des articles 15 et 16 de la loi du 18 février 1885, alors qu'après s'être qualifiée exclusivement de « *partie défenderesse en cassation* », la société SOCIETE2.) analyse et discute les six moyens de cassation présentés par la partie demanderesse en cassation, la société SOCIETE1.) sàrl. sans formuler aucun grief propre.

[2] Pour une affaire similaire où le mémoire en réponse a été signifié dans le délai, mais déposé en dehors du délai : Cass n°49/08 du 13.11.2008

La partie demanderesse en cassation estime que les juges d'appel n'auraient pas répondu à ses conclusions du 25 juin 2009 suivant lesquelles l'appel de la société SOCIETE3.) ne serait pas recevable étant donné que « *SOCIETE1.) n'a pas conclu contre société SOCIETE3.) et le jugement du 4 juin 2008 n'a pas prononcé de condamnation de société SOCIETE3.) au profit de SOCIETE1.)* ».

Le moyen reproche aux juges d'appel une violation de l'article 89 de la Constitution pour ne pas avoir motivé leur décision en ne répondant pas au moyen d'irrecevabilité de l'appel interjeté par le sous-traitant en deuxième, la société SOCIETE3.), contre l'entrepreneur principal, la société SOCIETE1.), tel qu'elle l'avait développé dans ses conclusions du 24 juin 2009.

Le jugement est régulier en la forme dès qu'il comporte un motif exprès ou implicite, si incomplet ou si vicieux soit-il sur le point considéré[3]. Il suffit dès lors de constater qu'une décision est motivée sur le point concerné pour écarter le moyen tiré de la violation de l'article 89 de la Constitution.

Cela ne veut pas dire que le jugement n'encourra pas la censure de quelque autre manière, soit parce que le motif incriminé est vicié d'une erreur de droit, soit parce que son insuffisance est constitutive d'un défaut de base légale. Le défaut de motifs, dans la pureté des principes, suppose donc l'absence de toute motivation sur le point considéré[4].

L'article 89 de la Constitution luxembourgeoise ne sanctionne dès lors pas l'insuffisance de motifs, mais l'absence de toute motivation qui est un vice de forme[5] pouvant revêtir la forme d'un défaut total de motifs, d'une contradiction de motifs, d'un motif dubitatif ou hypothétique ou d'un défaut de réponse à conclusions[6].

Les conclusions prétendument restées sans réponse du 25 juin 2009 (Farde de procédure de Maître THEWES, Conclusions en appel n°2, pièce 9) se lisent comme suit :

> *Il est de jurisprudence constante que « la personne appelée en garantie par le défendeur n'a le droit d'appeler contre le demandeur principal que si le jugement a prononcé au profit de ce dernier une condamnation contre elle ou s'ils ont pris en première instance des conclusions l'un contre l'autre, mais non si elle s'est bornée à repousser la demande en garantie (Cour, 6 juin 2007, Pas. Lux. t. 33, p. 426).*
>
> *Or en première instance SOCIETE1.) n'avait assigné que son co-contractant direct SOCIETE2.) (assignation du 24 avril 2007). SOCIETE3.) a été mise en intervention par SOCIETE2.) (assignation du 28 juin 2007, qui appelle également en intervention les parties sub 3) à 6) ci-dessus).*

[3] Jacques Boré et Louis Boré, La cassation en matière civile, n°77.31, p. 369, éd. 2003/2004
[4] Jacques Boré et Louis Boré, précité, éd 2009/2010, n°77.31
[5] Cass. n°1/01 du 4 janvier 2001
[6] Jacques Boré et Louis Boré, précité, éd 2009/2010, n°77.60

SOCIETE1.) n'a pas conclu contre société SOCIETE3.) et le jugement du 4 juin 2008 n'a pas prononcé de condamnation de société SOCIETE3.) au profit de SOCIETE1.).

L'appel est donc irrecevable ».

La partie demanderesse en cassation estime que les juges d'appel ont emmêlé la question relative à la possibilité d'interjeter appel contre un jugement et la question relative aux parties que la société mise en intervention peut valablement intimer.

La société SOCIETE1.) tire argument du fait que la Cour d'appel a utilisé l'expression *est en droit de former appel* ***contre le jugement***, (elle ne conteste pas que la société SOCIETE3.) peut interjeter appel contre le jugement du 4 juin 2008), pour en déduire que la juridiction d'appel n'aurait pas répondu à son moyen selon lequel la société SOCIETE3.) ne pouvait pas **intimer** la société SOCIETE1.).

Le moyen découle toutefois d'une lecture incomplète de l'arrêt attaqué, l'argumentation de la Cour étant tirée de son contexte.

La Cour d'appel a en effet à la page 6 de l'arrêt (page 7 de l'expédition) au point 2 examiné la recevabilité des appels du 17 juillet 2008 de la société SOCIETE2.). Elle déclare ensuite recevable l'appel du 11 août 2008 de la société SOCIETE3.) signifié **aux autres parties** au jugement. Elle vise donc aussi l'appel signifié à la société SOCIETE1.).

Le moyen ne considère pas que la motivation s'inscrit précisément dans le cadre de l'analyse de la recevabilité de l'appel contre le jugement en ce qu'il est également dirigé contre la société SOCIETE1.).

Après avoir cité les conclusions prétendument laissées sans réponse de la société SOCIETE1.) du 25 juin 2009 et les conclusions en réplique sur ce point de la société SOCIETE3.) du 1er juillet 2009, la Cour d'appel retient –et donc motive- que :

« C'est précisément en raison de cette demande d'indemnisation de la société SOCIETE1.) que la société SOCIETE2.) a appelé en garantie plus particulièrement la société SOCIETE3.) pour qu'elle soit condamnée à tenir quitte et indemne la société SOCIETE2.) de toute condamnation à sa charge au profit de la société SOCIETE1.) en raison des travaux litigieux exécutés par la société SOCIETE3.) en tant que sous-traitant de la société SOCIETE2.).

Le moyen d'irrecevabilité de l'appel opposé par la société SOCIETE1.) n'est donc pas justifié, étant donné que la société SOCIETE3.), appelée en garantie, est en droit de former appel contre le jugement qui a dit fondé en principe la demande d'indemnisation dirigée contre la société SOCIETE2.) en raison de laquelle la société SOCIETE3.) est appelée en garantie.

La Cour retient que l'appel de la société SOCIETE3.), interjeté dans la forme et le délai de la loi, est recevable. »

Le bout de phrase employé par les juges d'appel selon lequel *la société SOCIETE3.), appelé en garantie, est en droit de former appel contre le jugement qui a dit fondé en principe la demande d'indemnisation dirigée contre la société SOCIETE2.)* vise donc la recevabilité de l'appel de société SOCIETE3.) **en ce qu'il est dirigé contre la société SOCIETE1.).** Ce qui est sous-entendu étant donné que tous les développements s'inscrivent précisément dans le contexte de la recevabilité de l'appel de la société sous-traitante SOCIETE3.) en ce qu'il est dirigé contre l'entrepreneur principal la société SOCIETE1.).

Le premier moyen n'est dès lors pas fondé.

- Quant au deuxième moyen de cassation

Tiré « *de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 571 du Nouveau code de procédure civile»*.

La société SOCIETE1.) fait grief à la Cour d'appel de ne pas avoir à suffisance motivé son arrêt en omettant de vérifier, avant de déclarer l'appel interjeté par la société SOCIETE3.) contre la société SOCIETE1.) recevable, si, conformément à la jurisprudence constante, le jugement de première instance avait prononcé une condamnation à l'encontre de la société SOCIETE3.) au profit de la société SOCIETE1.) ou bien si la société SOCIETE3.) avait conclu en première instance à l'encontre de la société SOCIETE1.).

Le moyen ne reproche plus à la décision une absence totale de motifs sur ce point, mais une motivation insuffisante en ce que les constatations retenues ne permettraient pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle quant aux conditions de recevabilité de l'appel de société SOCIETE3.) contre la société SOCIETE1.), ce qui constitue le défaut de base légale.

Le défaut de base légale constitue un cas d'ouverture à cassation qui sanctionne l'absence de constatation suffisante des faits à la base du raisonnement juridique des juges du fond. La décision de justice comporte des motifs de fait incomplets ou imprécis qui ne permettent pas au juge de cassation d'exercer son contrôle sur le droit.
Par le contrôle du défaut de base légale, la Cour de cassation détermine quelles sont les constatations de fait nécessaires des arrêts, qui doivent entrer dans le processus de qualification juridique, que ce dernier relève ou non de la souveraineté d'appréciation du juge du fond. Le juge du fond a l'obligation d'exercer son pouvoir d'appréciation et de rendre compte, par des motifs de fait suffisants, de cet exercice.

Ce moyen n'est pas fondé.

La jurisprudence de la Cour d'appel citée par la société SOCIETE1.) distingue entre deux hypothèses dans lesquelles le garant (en l'espèce la société SOCIETE3.)) appelé par le

défendeur (la société SOCIETE2.)) peut interjeter appel contre le demandeur principal/le bénéficiaire de la garantie (la société SOCIETE1.)) :

- soit lorsque le jugement de première instance a prononcé au profit du demandeur principal et bénéficiaire de la garantie, une condamnation contre la personne appelée en garantie,
- soit lorsqu'en première instance le demandeur principal/bénéficiaire de la garantie et la personne appelée en garantie ont pris des conclusions l'un contre l'autre, sans que la personne appelée en garantie ne se soit bornée à repousser la demande en garantie.

La Cour d'appel a vérifié la première hypothèse de recevabilité de l'appel.

Ainsi elle a constaté au point 1 (page 5 de l'arrêt, page 6 de l'expédition) que le tribunal de première instance a dit fondé en principe la demande dirigée par la société SOCIETE1.) contre la société SOCIETE2.) et a chargé un consultant avec la mission de vérifier les factures produites par la société SOCIETE1.) à l'appui de ses prétentions indemnitaires et de chiffrer le dommage lui causé du fait qu'elle a dû faire procéder à la réfection intégrale des faux-plafonds.

La juridiction d'appel souligne également que le tribunal de première instance a aussi reconnu comme fondée en principe, la demande en intervention dirigée par la société SOCIETE2.) contre la société SOCIETE3.).

Au point 2 quant à la recevabilité des appels et notamment en ce qui concerne l'appel dirigé par la société SOCIETE3.), appelée en garantie, contre la société SOCIETE1.), la partie demanderesse principale et bénéficiaire de la garantie, la juridiction d'appel rejoint l'argumentation de la société SOCIETE3.) : étant donné que le jugement du 4 juin 2008 a déclaré fondée en principe la demande d'indemnisation dirigée par la société SOCIETE1.) contre la société SOCIETE2.) et que la société SOCIETE2.) a appelé en garantie la société SOCIETE3.) et que cette demande en garantie a, à son tour, été reconnue fondée en principe tel que relevé au point 1 de l'arrêt attaqué, il existe une condamnation - quoique indirecte - de la société SOCIETE3.) au profit de la société SOCIETE1.) étant donné que la société SOCIETE3.) doit finalement indemniser/supporter le dommage causé à la société SOCIETE1.).

En effet en l'absence de tout lien juridique entre la société SOCIETE1.) et la société SOCIETE3.) et en l'absence de toute demande formée par la société SOCIETE1.) contre la société SOCIETE3.), le tribunal n'a pas pu retenir que la demande d'indemnisation de la société SOCIETE1.) serait fondée en principe à l'encontre de la société SOCIETE3.).

En raison de la reconnaissance de principe de la responsabilité en cascade entre les sociétés SOCIETE1.), SOCIETE2.) et SOCIETE3.), qui est le dernier maillon dans la chaîne de la responsabilité, cette dernière supporte en fin de compte l'indemnisation redue à la société SOCIETE1.).

Le deuxième moyen n'est dès lors pas fondé.

- ***Quant au troisième moyen de cassation***

Tiré « *de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 22(1) de la loi modifiée du 19 décembre 2002 sur le registre de commerce et des sociétés*».

Le moyen se comprend en ce sens que la partie demanderesse en cassation considère que la société SOCIETE3.) était irrecevable pour défaut d'intérêt à présenter le moyen d'irrecevabilité de la demande de l'entrepreneur principal en ce qu'elle est dirigée contre le sous-traitant en premier, la société SOCIETE2.).

Selon la société SOCIETE1.), seul le défendeur principal (donc en l'occurrence la société SOCIETE2.)) et non une partie mise en intervention, aurait pu soulever le moyen puisque le moyen en question serait un moyen de procédure et non un moyen de fond, seul susceptible d'être soulevé par le garant.

L'on peut se demander si le moyen de cassation tel que présenté pourra être accueilli étant donné qu'il concerne moins une violation de l'article 22 (1) de la loi du 19 décembre 2002, mais vise la violation des règles relatives à la qualité pour soulever un moyen, sinon la violation de l'article 264 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile imposant la preuve de l'existence d'un grief afin d'accueillir le moyen[7].
Le moyen manquerait dès lors en droit.

En tout état de cause le troisième moyen ne saurait être accueilli.
La partie demanderesse en cassation ensemble avec le premier juge admet que la partie appelée en garantie (la société SOCIETE3.)) peut opposer au demandeur principal (la société SOCIETE1.)) tous les moyens de défense que pourrait opposer le défendeur principal qu'il garantit (la société SOCIETE2.)) étant donné que tout moyen pour déclarer la demande du bénéficiaire de la garantie irrecevable ou non fondée à l'égard du défendeur en premier, aura pour conséquence de réduire la dette du garant appelé par le défendeur en premier.

Dès lors que le mémoire déposé par la société SOCIETE2.) sera écarté pour avoir été déposé en dehors du délai légal, le soussigné ne peut y renvoyer, mais développe la même argumentation.

Il est de jurisprudence constante que l'irrecevabilité prévue par l'article 22 (1) de la loi modifiée du 19 décembre 2002 sur le registre de commerce et des sociétés est prononcée sans que la partie qui l'invoque doive établir avoir subi un grief en raison de la non-immatriculation de l'activité. Elle constitue une fin de non-recevoir générale de l'action.

[7] Art. 264 al.2 du Nouveau code de procédure civile: *Aucune nullité de forme des exploits ou des actes de procédure 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 moyen d'irrecevabilité invoqué par la société SOCIETE3.) doit être soulevé *in limine litis*, mais n'est pas subordonné à la preuve d'un grief dans le chef de celui qui l'invoque[8].

Le cas tranché par l'arrêt de la première chambre de la Cour d'appel du 18 mars 2009 invoqué par la partie demanderesse en cassation, ne saurait être rapproché du cas d'espèce : le moyen de nullité de l'exploit tiré du libellé obscur constitue une nullité de forme qui pour pouvoir être prononcée, exige qu'elle aura pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qui l'invoque, partant lui cause un grief.

En effet l'obligation de démontrer l'existence d'un grief ne concerne que les nullités de forme proprement dites, c'est-à-dire celles qui tiennent aux formalités matérielles de l'acte, à l'exclusion des nullités de fond, des irrecevabilités et des fins de non-recevoir[9].

Par ailleurs l'arrêt cité, lorsqu'il retient que « *la question de savoir si l'assignation expose de façon suffisamment explicite l'objet de la demande en justice pour permettre à la partie défenderesse de faire valoir ses moyens de défense, doit être apprécié par celle-ci* », peut encore se comprendre en ce sens qu'il n'appartient pas à la partie mise en intervention d'affirmer que l'exploit n'a pas été suffisamment explicite pour la partie défenderesse principale et que la partie défenderesse principale n'a pas pu utilement préparer sa défense. La partie mise en intervention ne pourra dès lors invoquer **cette** exception qu'en relation avec la validité de l'assignation de mise en intervention[10].

Le troisième moyen n'est dès lors pas fondé.

- Quant au quatrième moyen de cassation

Tiré « *de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés, plus particulièrement des articles 22(1) et 6 de cette loi* ».

La société SOCIETE1.) fait grief à la Cour d'appel d'avoir dans son arrêt du 15 juillet 2010, en exigeant que la société ne publie non seulement son objet social tel que prévu par l'article 6 point 4 de la loi 19 décembre 2002, mais également toute activité qu'elle exerce, rajouté à la loi une exigence que cette dernière ne prévoit pas, l'article 6 point 4 ne prescrivant en effet que la seule inscription de l'objet social.

---

[8] Trib. arr. Lux. XV chambre, n° 525/09, p. 5 Cour d'appel 9 chambre 6 avril 2006 et note Bulletin d'Information sur la Jurisprudence n°7/2006, Réf. Lux. 18 décembre 2007, n°776/2007, Cour d'appel Bruxelles 6 janvier 2005 numéro Justel F-20050106-1, Cass. belge 18 juin 2007, numéro Justel F-20070618-3.

[9] Cour 22 septembre 1975, P. 23. 169, Cour 6 juin 1977, P.24.15

[10] Cour d'appel du 18 mars 2009 : « *A., en tant que partie mise en intervention par l'Etat, ne pourra que critiquer la validité de l'assignation en intervention du 7 juin 2006 et encore seulement in limine litis. Or A. n'a pas soulevé* ***cette*** *exception en première instance (…).*

Remarques préliminaires

1) La question soumise à Votre Cour ne consiste pas de savoir si l'exigence de l'immatriculation pour une activité commerciale doit exister dans le chef de l'entrepreneur principal nonobstant qu'il ne l'exerce pas lui-même mais sous-traite cette activité pour laquelle le commerçant n'est pas immatriculé, à une autre société.

2) De l'avis du soussigné le moyen ne tend pas non plus à remettre en cause le pouvoir d'appréciation souverain du premier juge consistant à déterminer si l'objet social pour lequel la société SOCIETE1.) est immatriculé englobe les travaux de plafonnage tel qu'effectués par son sous-traitant la société SOCIETE2.).

3) La société SOCIETE1.) se considère en effet sanctionnée par la Cour d'appel pour le non-respect d'une obligation de déclaration supplémentaire pour toute activité additionnelle, que la loi ne prévoit pas.

La question consiste dès lors à déterminer si la loi met à charge d'une société commerciale l'obligation de faire immatriculer au registre de commerce et des sociétés le détail de toute activité exercée et d'inscrire toute activité additionnelle non couverte par son objet social et qu'elle ajoute à son activité initiale pour laquelle elle est inscrite.

Les textes en cause se lisent comme suit :

> ***Art. 1er.*** *Il est tenu un registre de commerce et des sociétés, dans lequel sont immatriculés sur leur déclaration ou sur la déclaration d'un mandataire:*
> *1° les commerçants personnes physiques;*
> *2° les sociétés commerciales;*
> *(…)*
> *Les inscriptions prescrites par la loi de même que toute modification se rapportant aux faits dont la loi ordonne l'inscription doivent être portées sur le registre.*
>
> *(…)*
>
> ***Art.3*** *Tout particulier faisant le commerce est tenu de requérir son immatriculation. Celle-ci indique :*
> *1°le nom* ***;***
> *2°les prénoms* ***;***
> *3°l'enseigne commerciale et, le cas échéant, l'abréviation utilisée* ***;***
> *4° l'adresse précise de l'établissement principal où s'exerce l'activité commerciale ;*
> *5°l'objet du commerce ;*
> *(…)*
>
> ***Chapitre III. – Des déclarations incombant aux personnes morales***

Art. 6. *Toute société commerciale est tenue de requérir son immatriculation. Celle-ci indique:*
1° la dénomination sociale ou la raison sociale et, le cas échéant, l'abréviation et l'enseigne commerciale utilisées;
2° la forme juridique;
3° l'adresse précise du siège social;
4° l'indication de l'objet social;
5° le montant du capital social, ou, en cas de capital variable, l'indication du montant en dessous duquel il ne peut être réduit;
(…)

Art. 22. *(1) 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.*
De même est irrecevable toute action principale, reconventionnelle ou en intervention d'un groupement d'intérêt économique ou d'un groupement européen d'intérêt économique qui n'était pas immatriculé lors de l'introduction de l'action. Cette irrecevabilité est couverte si elle n'est pas proposée avant toute autre exception ou toute défense.
(2) Les actes de la procédure déclarée non recevable en vertu du paragraphe (1) qui précède interrompent la prescription ainsi que les délais de procédure impartis à peine de déchéance.
(…)

Le moyen n'est pas fondé puisque « *l'activité commerciale* » au sens de l'article 22(1) de la loi modifiée du 19 décembre 2002 sujette à inscription, **doit concorder** avec l'objet social de la société commerciale. En effet l'activité commerciale qu'une personne morale est habilitée à exercer est celle décrite dans ses statuts et ce en raison du principe de la spécialité de la personne morale en général et plus particulièrement en raison du **principe de la spécialité de l'objet social** d'une société commerciale.

Une société n'a la personnalité morale que pour les besoins du but fixé à la constitution. C'est le principe de la spécialité des personnes morales suivant lequel l'existence des personnes morales est limitée par le but poursuivi. La société n'existe et n'a par la suite la capacité pour agir que dans la mesure du but qui a été fixé au moment de leur constitution. Ce but de la société est appelé objet social et doit être précisé dans les statuts. C'est une énumération positive des actes que la société envisage d'accomplir. Généralement l'objet social de la société est la réalisation de bénéfices au moyen de l'exercice d'une activité commerciale[11].

Le principe de la spécialité statutaire signifie que les sociétés doivent fixer un objectif statutaire qui définit le champ d'activité en vue duquel la société est constituée. L'objet de la société doit être un objet statutaire qui définit le champ d'activité en vue duquel la

[11] Alain Steichen, Précis de Droit des Sociétés, p.80, 1ère éd.

société est constituée. L'objet social doit être un objet déterminé, précis et mentionné dans les statuts sociaux[12].

Par objet social on entend la désignation de l'activité précise de la société telle que définie par les statuts. L'activité sociale est l'activité qui est effectivement poursuive par la société : elle sera la plupart du temps plus limitée que l'objet statutaire. Si cette limitation des activités à une partie seulement de l'objet social ne pose pas de problème, il n'en va pas de même du cas inverse c'est-à-dire donc du cas où l'activité sociale effective excède l'activité de la société. Ce cas de figure soulève non seulement la question de savoir si la société est engagée par des actes qui dépassent l'objet social, mais encore celle de la responsabilité des organes qui posent des actes au-delà du mandat leur confié[13].

Il en découle de tout ce qui précède que l'activité commerciale que la société exerce est décrite et tracée dans son objet social statutaire qui fixe les limites de l'activité légalement exercée. Toute activité réelle qui dépasse l'objet social statutaire soulèvera les questions de capacité de la société, de la valeur de l'engagement de la société et de la responsabilité des dirigeants.

Dès lors que la société entend étendre son objet social pour faire rentrer des activités non visées, l'assemblée générale doit procéder à une modification des statuts qui sera publiée en entier au registre de commerce et des sociétés[14].

En ce qui concerne la loi du 19 décembre 2002, l'article 1er , après avoir prescrit de manière générale l'immatriculation au registre de commerce et des différentes personnes et entités, impose en son avant-dernier alinéa que l*es inscriptions prescrites par la loi de même que toute modification se rapportant aux faits dont la loi ordonne l'inscription doivent être portées sur le registre.*

En l'occurrence la Cour d'appel n'a pas rajouté à la loi lorsqu'elle constate souverainement que l'activité réellement exercée dépasse l'objet social statutaire de la société SOCIETE1.) et pour lequel elle est immatriculée.

Toute activité additionnelle non couverte doit être intégrée aux statuts par voie d'une modification des statuts, adaptation qui doit être déposée conformément à l'article 1er avant dernier alinéa de la loi modifiée du 19 décembre 2002, au registre de commerce et des sociétés

Le quatrième moyen manque donc en droit.

- Quant au cinquième moyen de cassation

[12] Jean-Pierre Winandy, Manuel de Droit des Sociétés, p. 153, 157-163, éd 2008
[13] Jean-Pierre Winandy, précité, p.152, 157-159, Alain Steichen, précité, p. 193-194
[14] Art. 8, 9, 11, 11bis et 199 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commercialkes

Tiré « *de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés, plus particulièrement des articles 22(1) et 6 de cette loi* ».

La partie demanderesse en cassation considère que l'irrecevabilité prévue par l'article 22 (1) de la loi du 19 décembre 2002 ne devrait être prononcée qu'à l'encontre des seules personnes physiques et morales exerçant une activité commerciale sans disposer d'aucune immatriculation, c'est-à-dire à l'encontre des personnes physiques ou morales qui exercent une activité commerciale sans être inscrites du tout et ne viserait pas celles qui bien qu'inscrites, le sont pour une activité (initiale) différente.

Le soussigné ne partage pas cette analyse et interprétation de l'article 22 (1) de la loi modifiée du 19 décembre 2002.

L'alinéa 2 de l'article 22 est clair et précis lorsqu'il dispose sans distinguer entre une immatriculation d'une activité initiale et l'immatriculation d'une activité additionnelle, qu'*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.*

Il suffit dès lors que le commerçant ne soit pas immatriculé pour l'activité réellement exercée - qu'elle soit primaire ou additionnelle - et qui forme la base de l'action en justice, pour déclarer l'action irrecevable, peu importe s'il n'est pas immatriculé du tout ou immatriculé pour l'activité primaire mais non pas pour l'activité additionnelle.

Le moyen soulève en fait la question de l'interprétation de la loi.

Pour qu'il y ait lieu à interprétation, encore faut-il que cela soit nécessaire. De cette évidence, jointe au souci de modérer les ardeurs des interprètes, se dégage la maxime classique selon laquelle l'interprétation cesse lorsqu'un texte est clair. Encore convient-il de ne pas exagérer cette limitation, parce qu'il est souvent difficile de distinguer un terme clair d'un terme obscur et parce que le sens de certains termes clairs dans le langage courant, peut cesser de l'être dans le langage juridique[15].
Dans un jugement du 29 septembre 1982 le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a suivi cette théorie du texte clair en retenant que « *l'interprétation de la loi par le juge doit se fonder sur la volonté du législateur telle qu'elle est formulée dans le texte de loi. Si ce texte est clair, le juge n'a pas la mission de chercher les intentions du législateur et, le cas échéant, de les faire prévaloir sur le texte légal* »[16].

Dans ses conclusions rendues dans une affaire de cassation du 1er février 2008, Monsieur l'Avocat général John PETRY s'est exprimé de manière plus nuancé au sujet de l'interprétation et du recours aux travaux préparatoires, de la manière suivante[17] :

[15] Alex Weill et François Terré, Droit civil – Introduction générale, n§ 175, p. 182, éd 1979
[16] P. 25. 453
[17] Conclusions du 1er février 2008 dans l'affaire Ministère public c/ H., n°2528 du rôle

« C'est la théorie du « texte clair », suivant laquelle seul un texte obscur ou imparfait donne lieu à interprétation, alors qu'un texte clair ne donne lieu qu'à application[18]. Cette théorie a été critiquée non sans raison au motif qu'elle repose sur une pétition de principe, alors que, en cas de contestation sur la signification d'un texte, toute la question est de savoir s'il est clair ou non, question que doit précisément élucider l'interprétation[19]. En réalité, la nécessité de l'interprétation résulte moins de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi que de sa nature[20], de règle générale qu'il faut par l'interprétation rendre susceptible d'application dans le concret[21].

L'interprétation, qui ne se limite donc pas aux seuls textes obscurs ou imparfaits, doit respecter certains principes, dont deux paraissent pertinents dans le cas d'espèce.

Le premier principe, de portée générale, donc non circonscrit au seul domaine du droit pénal, est celui qui a été exprimé par l'article 5 du titre V du projet de Livre préliminaire du Code civil, qui disposait :

« Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit »[22].

Cette maxime exprime le principe que le texte formulé de la loi doit prévaloir sur les intentions réelles ou supposées du législateur, mais restées inexprimées dans le texte[23].

Ce principe comporte deux conséquences.

La première conséquence est relative à la valeur des travaux préparatoires. Le Conseil d'Etat l'avait exprimée en ces termes :

« Les travaux préparatoires de la loi, de quelque pertinence qu'ils soient, ne peuvent servir ni à suppléer aux lacunes du texte légal, ni à déroger à ses dispositions »[24].

Bref, les travaux préparatoires ne peuvent pas servir à compléter le texte et encore moins à le dénaturer[25]. Il en est ainsi, d'une part, parce que, selon la Constitution, seul le texte légal est obligatoire, alors que les travaux

[18] Pierre PESCATORE, Introduction à la Science du Droit, Luxembourg, 1960, réimpression 1978, n° 224, page 327.
[19] Idem.
[20] Idem, citant François LAURENT, Principes du droit civil, Tome I, n° 269 et 270.
[21] Idem, page 326.
[22] Idem, page 327.
[23] Idem.
[24] Conseil d'Etat, 15 décembre 1948, Pas. 15, p. 534, cité par PESCATORE, mentionné ci-avant, n° 233, page 339.
[25] PESCATORE, mentionné ci-avant, page 327.

préparatoires ne sont pas soumis aux mêmes garanties que l'élaboration du texte légal et, d'autre part, parce que les travaux préparatoires, en raison de leur caractère souvent lacunaire et partial, ne peuvent être maniés qu'avec prudence[26].

La Cour de cassation de Belgique applique cette même solution en décidant de façon constante que :

« Les travaux préparatoires d'une loi ne peuvent être invoqués à l'encontre d'un texte légal clair et précis de celle-ci »[27].

La deuxième conséquence du principe est que la prééminence du texte formulé de la loi sur l'intention éventuellement contraire du législateur restée inexprimée dans le texte s'applique, bien entendu, outre aux travaux préparatoires, également à toute autre technique du raisonnement juridique destinée à découvrir les intentions du législateur.

(…)

Le texte formulé de la loi, s'il est clair et précis, ne saurait être écarté au profit de la prétendue intention du législateur qui ne s'est pas exprimée dans le texte et qui est déduite soit des travaux préparatoires, soit d'autres méthodes encore plus aléatoires du raisonnement juridique.
(…)

Un deuxième principe, lui aussi de portée générale, est qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas[28].

Il en est déduit en droit pénal le principe qu'une loi pénale s'applique à tous les cas rentrant dans ses termes[29]*. Il s'ensuit que restreint abusivement la portée de la loi pénale, le juge qui ajoute aux conditions d'existence de l'infraction*[30]*. »*

Ce dernier principe est de même appliqué en matière civile : il est interdit de distinguer là ou la loi ne distingue pas. L'interprète n'est pas autorisé à écarter l'application d'un texte conçu en termes généraux[31].

[26] Idem, et page 340.
[27] Cour de cassation de Belgique, 30 juin 2006, n° C050117F ; solution déjà adoptée notamment par : Cour de cassation de Belgique, 22 décembre 1994, n° C940035F et 20 février 1951, Pas. belge 1951, I, page 410.
[28] Voir en Belgique : Cour de cassation de Belgique, 30 juin 2006, mentionné ci-avant ; en France : Cass. crim., 15 avril 1982, Bull. crim., n° 90 ; Cass. soc., 22 octobre 1996, pourvoi n° 94-43319 ; au Luxembourg : Cour d'appel, 8 juillet 1997, n° 257/97 V.
[29] HENNEAU, mentionné ci-avant, n° 105, page 98 ; SPIELMANN, mentionné ci-avant, page 156.
[30] Idem.
[31] Alex Weill et François Terré précité, n°177, p. 184

Or ceci est précisément la démarche de la société demanderesse en cassation lorsqu'elle interprète l'article 22(1) formulé de manière générale, comme ne s'appliquant qu'aux commerçants n'ayant procédé à aucune immatriculation.

En effet la société SOCIETE1.) spécule sur l'intention du législateur qui n'aurait exigé qu'une immatriculation primaire pour l'activité principale dont le défaut entraîne l'irrecevabilité de l'action, tout en excluant l'immatriculation de l'activité commerciale additionnelle.

Ainsi qu'il a été souligné au sujet des développements faits au quatrième moyen, l'avant dernier alinéa de l'article 1er, impose expressément l'immatriculation de toute **modification** se rapportant aux faits dont la loi ordonne l'inscription. La loi prévoit dès lors elle-même que la modification de l'objet social devenue nécessaire suite à l'ajoute d'une activité additionnelle non visé par l'objet social, soit inscrite.

En retenant que *les dispositions relatives au registre de commerce font obligation aux commerçants non seulement de s'inscrire, mais d'inscrire toute activité commerciale qu'ils exercent et d'inscrire toute activité additionnelle qu'ils ajoutent à leur activité après la première inscription, ont fait une correcte application de la loi* ont dès lors correctement appliqué l'article 22(1).

Le cinquième moyen manque en droit.

- Quant au sixième moyen de cassation

Tiré « *de la violation de l'article 11(6) de la Constitution par la loi modifiée du 19 décembre 2002 telle qu'elle a été interprétée et appliquée par l'arrêt déféré* ».

Selon l'énoncé du moyen, la loi modifiée du 19 décembre 2002 en imposant au commerçant l'obligation de procéder non seulement à l'immatriculation de son activité commerciale primaire mais aussi de procéder à l'immatriculation de toute activité additionnelle, violerait l'article 11(6) de la Constitution pour ne pas avoir établi avec la précision requise cette restriction portée à la liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'article 11(6) de la Constitution.

Si l'on se réfère à l'exposé du seul moyen et non à la discussion, le moyen invite Votre Cour à constater que l'article 22(1) serait contraire à la Constitution pour ne pas définir avec la précision requise l'exception portée au principe de la liberté du commerce.

Le moyen est dès lors irrecevable alors que le juge de cassation ne contrôle pas la constitutionnalité des lois. La loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle a confié à une juridiction spéciale, la Cour Constitutionnelle, le contrôle de la conformité des lois à la Constitution.

Le moyen est encore irrecevable pour être nouveau. Dans son acte d'appel du 11 août 2008, la partie intervenante la société SOCIETE3.) avait critiqué le jugement entrepris en ce qu'il n'avait pas déclaré conformément à ses conclusions, irrecevable la demande de la société SOCIETE1.) sur base de l'article 22(1) de la loi modifiée sur le registre de commerce et des sociétés.

Dans ses conclusions subséquentes la société SOCIETE1.) n'avait pas soulevé la prétendue inconstitutionnalité de l'article 22(1).

Le moyen doit dès lors être considéré comme nouveau et être déclaré irrecevable.

On peut toutefois soutenir que le moyen en cause est d'ordre public et de pur droit, de sorte qu'il peut être invoqué, pour la première fois, devant la Cour de cassation.

Encore convient-il de préciser la portée du moyen.

On peut comprendre le moyen en ce sens que la demanderesse reproche à la Cour d'appel d'avoir déclaré son action irrecevable sur base de l'article 22(1) de la loi modifiée du 19 décembre 2002 et de ne pas avoir soulevé d'office la question préjudicielle sur la conformité de l'article 22(1) de la loi du 19 décembre 2002 avec l'article 11(6) de la Constitution.

Dans ce cas le moyen devait toutefois viser le cas d'ouverture tiré de la violation de la loi prise en son article 6 dernier alinéa de la loi du 27 juillet 1997 et non pas l'article 11(6) de la Constitution.

Le sixième moyen est alors irrecevable pour défaut de précision.

- ***Pour être complet et quant au fond :***

La demanderesse ne conclut pas à la cassation de l'arrêt, mais à ce que Votre Cour soumette à la Cour Constitutionnelle la question de la conformité.

L'article 6 dernier alinéa de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle dispose que « *si une juridiction estime qu'une question de conformité d'une loi à la Constitution se pose et qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, elle doit la soulever après avoir invité au préalable les parties à présenter leurs observation* ».

L'on peut penser que la juridiction est obligée de soulever d'office la question préjudicielle lorsque le défaut de conformité est *manifeste et évident*, si la lecture du texte légal même fait ressortir la non-conformité.

Si la juridiction est dispensée de poser la question préjudicielle qui est dénuée de tout fondement si le défaut de fondement est « *évident et manifeste au point de s'imposer à lui* »[32], on pourrait d'un autre côté estimer que la juridiction a l'obligation de soulever d'office la question préjudicielle si le défaut de conformité est évident et manifeste ou point de s'imposer.

Or tel n'est pas le cas en l'occurrence : l'article 11(6) de la Constitution reconnaît que « *La liberté du commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et du travail agricole sont garantis, sauf les restrictions à établir par la loi* »

Cette disposition garantit le libre exercice des activités commerciales, industrielles et des professions libérales, tout en admettant que la loi peut apporter des **restrictions** à cette liberté.

Si toute mesure d'interdiction générale et absolue viole la prédite disposition constitutionnelle, il n'en est pas de même de la simple restriction. Selon les termes mêmes de l'article 11, la liberté du commerce peut être limitée**,** sans toutefois pouvoir être supprimée.

La soumission de l'exercice d'une activité artisanale ou commerciale à une inscription qui peut même être postérieure à l'exercice de l'activité[33] constitue une mesure d'information et d'intérêt général, mais non pas une interdiction, ni même une restriction.

Si l'on devait considérer l'obligation d'inscription comme une restriction à la liberté de commerce, il y a lieu de constater que cette restriction est, conformément aux exigences de l'article 11(6) de la Constitution, établie par la loi à savoir l'article 22(1) de la loi modifiée du 19 décembre 2002, l'article 11(6) de la Constitution ne se prononçant pas sur le degré de précision du libellé de la loi dérogatoire.

La question préjudicielle est dès lors dénouée de tout fondement, de sorte que ni Votre Cour ne doit la soulever d'office, ni la Cour d'appel aurait la soulever d'office.

Conclusion

- le pourvoi est recevable,

- les cinq premiers moyens ne sont pas fondés,

- le sixième moyen est irrecevable, sinon non fondé,

[32] Cass. n°11/10 du 25 février 2010
[33] L'article 22(1) exige que le commerçant soit immatriculé **lors de l'introduction de l'action.**

- le pourvoi est à rejeter.

Pour le Procureur Général d'Etat,
l'avocat général,

Jean ENGELS