A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, neuf juillet deux mille huit.

Numéros 33039 et 33594 du rôle.

Composition :

Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre ;
Marc KERSCHEN, premier conseiller ;
Camille HOFFMANN, conseiller ;
Patrick KELLER, greffier.

E n t r e :

La S.C.A. SOC.1.), inscrite au registre de commerce comme suit B **(…)**, établie et ayant son siège social à L-**(…)**, représentée par ses associés commandités actuellement en fonctions,

appelante aux termes de deux exploits de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg en date des 13 août 2007 et 26 mars 2008,

comparant par Maître Jean-Paul NOESEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme SOC.2.), inscrite au registre de commerce comme suit **(…)**, établie et ayant son siège social à B-**(…)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins des prédits exploits SCHAAL,

comparant par Maître Gast NEU, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

L A C O U R D ' A P P E L :

Par jugement rendu le 14 mai 2003 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant en matière commerciale, la société en commandite par actions **SOC.1.)** avait été condamnée à payer à la société anonyme de droit belge **SOC.2.)**, en abrégé **SOC.2.)**, le montant de 155.000 € représentant le prix d'une sculpture en bronze poli, dénommée « Anthropomotion III », de l'artiste **A.)**, que cette dernière lui avait vendue. Le tribunal avait ordonné l'exécution provisoire de sa décision.

Le 10 octobre 2003 les parties avaient signé une convention conçue comme suit :

« Article 1
Par jugement du 9 juillet 2003 (rôle n° 81.532), le tribunal d'arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale (15ième chambre) a condamné le S.C.A. ***SOC.1.)*** *à payer à la S.A.* ***SOC.2.)*** *155.000 euros majorés des intérêts légaux à partir du 20 août 2002 (le taux étant majoré de 3 points à partir du 4ième mois suivant la signification), outre 500 euros à titre d'indemnité de procédure, ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance.*

Article 2
A titre de garantie du paiement de sa dette, la S.C.A. ***SOC.1.)*** *remet en gage à la S.A.* ***SOC.2.)*** *une sculpture en bronze attribuée à* ***B.)*** *identifiée « La Petite Châtelaine n° 1/8 fonderie DUVAL, propriété de Monsieur* ***C.)*** *; ce gage est assuré pour une valeur estimée à 123.000,00 euros suivant attestation d'assurances (annexe 1) et est accompagné de son certificat (annexe 2).*

Article 3
A. Les parties conviennent que la S.C.A. ***SOC.1.)*** *apurera le montant de la condamnation judiciaire visé à l'article 1 au compte de la S.A.* ***SOC.2.)*** *n° IBAN* ***(…)*** *selon les modalités suivantes :*

a) Paiement de 3.000,00 euros les 5 octobre 2003 ; 5 novembre 2003 ; 5 décembre 2003 ; 5 janvier 2004, paiement en liquide le 10.10.2003 de l'échéance du 5.10.2003 pour la somme de trois mille € euros.
b) Paiement de 20.000,00 euros le 5 février 2004 ;
c) Paiement de 4.000,00 euros les 5 mars 2004 ; 5 avril 2004 ; 5 mai 2004 ;
d) Paiement de 25.000,00 euros le 5 juin 2004 ;
e) Paiement de 5.000,00 euros les 5 juillet 2004 ; 5 août 2004 ; 5 septembre 2004 ;
f) Paiement de 30.000,00 euros le 5 octobre 2004 ;
g) Paiement de 8.000,00 euros les 5 novembre 2004 ; 5 décembre 2004 ; 5 janvier 2005 ;
h) Le solde, soit environ 25.000,00 euros le 5 février 2005 ;

Après constatation de la bonne et entière exécution de ses obligations ci-dessus visées par la S.C.A. ***SOC.1.)****, le gage constitué n'ayant plus de cause,*

*sera restitué par **SOC.2.)** à **SOC.1.)** au plus tard dans les trente jours de l'apurement de la dette en principal, intérêts et frais.*

*B. A défaut pour la S.C.A. **SOC.1.)** de respecter une seule échéance mensuelle + 10 jours à dater de l'échéance :*
*1. La propriété de la sculpture visée à l'article 2 sera, par la seule échéance de terme non respectée, transférée de la S.C.A. **SOC.1.)** à la S.A. **SOC.2.)** qui en deviendra seule propriétaire.*
*2. Les mensualités payées antérieurement au terme non respecté, resteront acquises définitivement à la S.A. **SOC.2.)** à titre d'acompte*
*3. La S.A. **SOC.2.)** reprendra son entière liberté pour faire valoir à charge de la S.C.A. **SOC.1.)**, la poursuite de l'exécution forcée du jugement du 9 juillet 2003 (article 1) en principal, intérêts et frais, sous déduction des acomptes payés (article 3. b 2) et de la valeur de la sculpture fixée par le certificat d'expert ci-annexé et visé à l'article 2 de la présente.*

Fait à Bruxelles en trois exemplaires originaux le 10.10.2003 ».

Le 24 octobre 2003 la défenderesse avait fait parvenir à la SCA **SOC.1.)** un commandement de payer resté infructueux.
Celle-ci a formé opposition à ce commandement par exploit d'huissier de justice du 4 juillet 2005 pour l'entendre dire nul et non avenu et pour voir « *constater que la dette de la société **SOC.1.)** à l'égard du **SOC.2.)**, en abrégé **SOC.2.)**, est éteinte par la transmission de la propriété de la statue ; dire que tout acte de poursuite subséquent au commandement au mépris de la présente opposition est nul et donnera lieu à des dommages et intérêts au profit de la partie requérante* ».

La SCA **SOC.1.)** produit un certificat de l'expert-antiquaire Jacques Prenthou du 1er octobre 2003 suivant lequel le bronze « patine brune de **B.)** intitulé « La petite Châtelaine » version à la natte courbe, signes distinctifs : fonte E. Godard 1/8, dimensions : H 32 cm », aurait une valeur de remplacement de 130.000 €, valeur révisable dans le temps. Le bronze a été assuré pour une valeur de 123.947 € comme étant une œuvre de **B.)**.

La société **SOC.2.)** fait valoir que suivant une prise de position de la maison de ventes aux enchères d'objets d'art Tajan de Paris du 10 novembre 2005, la statue dénommée « La petite Châtelaine » que l'appelante voudrait attribuer à **B.)** ne serait en réalité pas l'œuvre de celle-ci, qu'il s'agirait d'une fonte d'édition « post-mortem » et qu'elle ne pourrait être qualifiée tout au plus que de sculpture « d'après **B.)** » et que sa valeur réelle se situerait entre 8.000 et 10.000 € . Elle verse des pièces suivant lesquelles les salles de vente **X.)** et **Y.)** ont refusé de mettre le bronze en vente publique en raison du doute quant à l'authenticité de l'œuvre. L'intimée fait encore valoir qu'elle avait proposé à la SCA **SOC.1.)** de lui donner mandat afin qu'elle vende elle-même la statuette aux enchères publiques si elle était persuadée de sa valeur. La SCA **SOC.1.)** avait décliné cette proposition.

En première instance la société **SOC.2.)** avait admis que la propriété de la statuette lui avait été transférée en vertu de la convention conclue entre parties. Elle soutenait que cette transmission s'était opérée au moyen d'une

dation en paiement et que la garantie des défauts de la chose vendue est due en cas de dation en paiement ; qu'en l'espèce celle-ci serait viciée parce que la valeur de la sculpture annoncée dans la convention ne correspondrait pas à la réalité. La société **SOC.2.)** a déclaré vouloir exercer l'action estimatoire de l'article 1641 du code civil et poursuivre l'exécution du jugement du 9 juillet 2003 « *compte tenu des paiements effectués, des intérêts légaux jusqu'à solde, des frais engendrés et compte tenu de la valeur de la sculpture de 8.000 € sinon tout autre valeur à dire d'expert ou à arbitrer par le tribunal* » (cf. conclusions notifiées le 30 novembre 2005).

Par jugement du 5 janvier 2007, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a demandé aux parties de prendre position quant à la validité de la clause commissoire stipulée à l'article 3 B) sub 1) de la convention du 10 octobre 2003.
Le tribunal a ensuite, par jugement du 20 avril 2007, constatant que le pacte commissoire est nul, déclaré « *l'opposition fondée en principe* » et autorisé la société **SOC.2.)** à faire vendre aux enchères la sculpture en bronze, dénommée « la petite châtelaine », qui lui avait été donnée en gage.

La SCA **SOC.1.)** a relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier de justice du 13 août 2007 pour entendre dire, principalement, qu'il n'y a pas lieu d'annuler le pacte commissoire au motif que la prohibition du pacte commissoire par l'article 2078 du code civil ne serait prévue que dans le seul intérêt du débiteur et qu'en outre la société **SOC.2.)**, en se considérant comme propriétaire de la sculpture, aurait renoncé à se prévaloir du non-respect des formalités de l'article 2078 du code civil ; que partant il n'y aurait pas lieu d'autoriser la société **SOC.2.)** à faire vendre aux enchères la sculpture. La société **SOC.2.)** serait devenue propriétaire de la statuette pour le prix fixé dans l'acte de gage, soit 123.000 €.
Subsidiairement, au cas où la clause commissoire était nulle, il y aurait encore lieu, en application de la convention conclue entre parties, de dire que la sculpture vaut 123.000 € suivant l'accord des parties ; que la société **SOC.2.)** ne saurait remettre en cause cet accord quant à la valeur de la sculpture qui revêtirait un caractère forfaitaire et transactionnel et que cette valeur convenue entre parties devrait en tout état de cause être déduite de la dette de l'appelante qui se trouverait ainsi éteinte même si en cas de vente aux enchères le prix réalisé était inférieur à cette valeur conventionnellement fixée ; que dans l'éventualité - improbable- où un prix supérieur était obtenu, l'excédent devrait revenir à l'appelante ; que la créance de l'intimée étant éteinte, l'opposition serait fondée et le commandement du 24 octobre 2003 serait nul et non avenu.
Plus subsidiairement, la SCA **SOC.1.)** se réfère au certificat de l'expert Jacques Parenthou pour soutenir que la valeur de la statue à retenir serait de 130.000 €.

La société **SOC.2.)** demande la confirmation du jugement du 20 avril 2007 en s'en appropriant la motivation.

Par exploit d'huissier de justice du 26 mars 2008, la SCA **SOC.1.)** a encore relevé appel du jugement du 5 janvier 2007 en reprenant dans cet acte

d'appel les moyens développés à l'appui de l'appel dirigé contre le jugement du 20 avril 2007.
La jonction des instances introduites sous les numéros de rôle 33039 et 33594 a été ordonnée le 30 avril 2008.
L'appelante expose qu'elle a entrepris le jugement du 5 janvier 2007 en réponse aux conclusions notifiées le 12 décembre 2007 par l'intimée dans lesquelles celle-ci soutient qu'en ne relevant pas appel de ce jugement, « *la partie adverse est censée avoir acquiescé à la motivation du jugement du 5 janvier 2007, et notamment au fait que la convention du 10 octobre 2003 contient une clause compromissoire soumise à une nullité absolue* ».
L'intimée, après avoir ainsi dénoncé l'omission par l'intimée d'entreprendre le jugement du 5 janvier 2007, soulève ensuite l'irrecevabilité de l'appel dirigé contre ce jugement en application de l'article 579 du NCPC et réclame « *une indemnité de procédure de 1.000 € pour procédure vexatoire et abusive* ».

Le caractère appelable ou non d'un jugement dépend exclusivement du contenu de son dispositif et non de sa motivation.
Il y a lieu de constater que le jugement du 5 janvier 2007 se borne dans son dispositif à inviter les parties à présenter leurs observations quant à la nullité du pacte commissoire et à fixer une conférence de mise en état.
L'invitation faite aux parties de prendre position quant à une question de droit soulevée d'office par la juridiction ne constitue pas une décision de nature juridictionnelle mais une simple mesure processuelle destinée à assurer la régularité de l'instance et notamment en l'espèce le principe du contradictoire. La fixation de la conférence de mise en état constitue une mesure d'administration judiciaire. Ces mesures préparatoires sont dépourvues de caractère juridictionnel, elles n'ont pas autorité de chose jugée, elles ne sont pas susceptibles de faire grief et elles ne sont par conséquent pas appelables.
L'appel dirigé contre le jugement du 5 janvier 2007 est irrecevable.

La demande en obtention d'une indemnisation, qu'il s'agisse d'une indemnité de procédure en vertu de l'article 240 du NCPC ou de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire en application des articles 6-1, 1382 et 1383 du code civil, n'est pas fondée au motif que l'intimée avait elle-même provoqué cet appel par ses conclusions notifiées le 12 décembre 2007.

Pour soutenir que la nullité du pacte commissoire édictée par les articles 2078 du code civil et 117 du code de commerce serait absolue, le tribunal s'est référé, dans les motifs de son jugement du 5 janvier 2007, au caractère d'ordre public de la prohibition du pacte commissoire (cf. Juris-Classeur civil, articles 2071 à 2083, fas. 20, gage, fasc. 15, n° 57 ; Malaurie et Aynès, Les sûretés, 9e éd. Cujas, n° 516, qui se prononcent en faveur de la nullité absolue).
Il serait cependant prématuré de conclure à la nature absolue de la nullité à partir de la seule constatation du caractère d'ordre public de la prohibition. La notion d'ordre public répond à des finalités différentes qui n'affectent pas l'intérêt général au même degré ni de la même façon. Si une règle impérative vise à imposer une certaine conception de l'intérêt général sur le

plan politique, moral, social ou économique, elle est sanctionnée par une nullité absolue. Si, en revanche, la règle impérative tend à protéger l'une des parties et à préserver l'équilibre interne du contrat, la nullité qui la sanctionne n'est que relative (Traité de droit civil, les obligations, Le contrat, par J. Ghestin, LGDJ 1980, n° 743, n° 778).

Il y a lieu de constater que même si elle est impérative, l'interdiction du pacte commissoire ne concerne que les conventions concomitantes de la constitution du gage, mais non celles qui interviennent à l'échéance ou même antérieurement dès lors qu'elles n'ont pas été conclues simultanément avec le contrat de gage. Le pacte commissoire conclu après la constitution du gage est donc valable, qu'il autorise le créancier à s'attribuer le gage ou qu'il lui permette d'en disposer sans les formes légales. La prohibition du pacte commissoire vise à empêcher un créancier peu scrupuleux de tirer profit de la contrainte morale ou économique éprouvée par un débiteur aux abois en se faisant attribuer le bien donné en gage dont la valeur est supérieure à la dette garantie.

Il faut donc conclure que la nullité est édictée dans l'intérêt du débiteur (Planiol et Ripert T XII par Becqué n° 121) ; que la règle ne protège que les intérêts de celui-ci et que le créancier ne saurait l'invoquer à son seul profit (cf. Précis de la Faculté de Droit UCL, Larcier, Sûretés, 2e éd. par Fr. T'Kint, n° 294) ; que le débiteur gagiste peut valablement renoncer à la protection légale postérieurement à la constitution du gage (cf. Philippe Dupichot, Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés, LGDJ, n° 741, 748 ; JCP 1998, I, 103, chronique droit des sûretés, n° 25; Cass. ch. commerciale, 5 octobre 2004, n° pourvoi 01-00.863, n°JurisData 2004-025097, Bulletin d'information n°611 du 15/01/2005, n° 37 : « *Les formalités prévues par l'article 2078 du Code civil, ayant pour finalité la protection du débiteur, sont sanctionnées par une nullité d'intérêt privé à laquelle celui-ci peut renoncer* »).

Ces solutions caractérisent l'ordre public de protection par opposition à l'ordre public politique ou de direction.

Par conséquent, si l'on affirme que l'interdiction du pacte commissoire est d'ordre public, cela signifie simplement que les parties ne peuvent déroger librement à la règle de l'article 2078 du code civil au moment de la constitution du gage. Cependant, pour le surplus le régime de la nullité doit être soumis logiquement aux règles régissant les nullités relatives.

En l'espèce, à l'inverse de l'hypothèse visée à l'article 2078 du code civil, c'est le débiteur qui insiste à régler sa dette par l'attribution du gage au créancier, tandis que ce dernier s'y oppose en invoquant la nullité du pacte commissoire bien que celle-ci soit réservée au seul débiteur.

La SCA **SOC.1.)** non seulement n'oppose pas la nullité, mais déclare en outre, postérieurement à la constitution du gage, renoncer à la nullité du pacte commissoire convenu entre parties et confirmer celui-ci.

Cette confirmation est valable, de sorte que le pacte commissoire stipulé dans la convention du 10 octobre 2003 doit être considéré comme régulier.

Suivant l'article 3, B, 3 de la convention du 10 octobre 2003 « *La S.A. **SOC.2.)** reprendra son entière liberté pour faire valoir à charge de la S.C.A. **SOC.1.)**, la poursuite de l'exécution forcée du jugement du 9 juillet 2003 (article 1) en principal, intérêts et frais, sous déduction des acomptes payés (article 3. b 2) et de la valeur de la sculpture fixée par le certificat d'expert ci-annexé et visé à l'article 2 de la présente ».*

L'article 2 indique une valeur estimée de la statuette à 123.000 € en se référant à l'attestation d'assurance et à un certificat, pièces qui renseignent une valeur de 123.947 €, respectivement de130.000 €,

La Cour constate que la société **SOC.2.)**, tout en contestant cette évaluation de la statuette et en faisant même état de ce que celle-ci ne pourrait pas être qualifiée de « *sculpture en bronze attribuée à **B.)*** » comme renseignée dans la convention du 10 octobre 2003, mais tout au plus de fonte d'édition post mortem « *d'après **B.)*** », estimée entre 8.000 et 10.000 € (cf. prise de position de M. **D.)** du 10 novembre 2005), ne tire aucune conséquence de ces constatations sur le plan juridique. Si elle conteste l'applicabilité de l'article 3, B, 3 de la convention, c'est exclusivement au regard de l'article 2078 du code civil et en conséquence de la nullité du pacte commissoire. Elle ne soulève notamment pas la nullité de la clause stipulant le transfert de la propriété de la statuette pour une valeur fixe de 123.000.- francs pour vice du consentement par dol ou par erreur sur les qualités substantielles de la chose cédée, objet du pacte commissoire.
La fixation conventionnelle de la valeur estimée de l'objet donné en gage, dont la SCA **SOC.1.)** affirme le caractère forfaitaire et transactionnel, n'est pas discutée quant à sa validité, sa nature ou sa portée.
Il n'appartient pas à la Cour de soulever d'office des moyens d'intérêt purement privé en lieu et place des parties ou de suggérer à celles-ci de ce faire en les invitant de compléter leurs conclusions pour qu'elles tirent les conséquences en droit qui s'imposent au vu des éléments de fait qu'elles exposent elles-mêmes.
Il y a par conséquent lieu de dire que la propriété de l'objet donné en gage a été transférée pour la valeur fixée conventionnellement à 123.000 € à la société **SOC.2.)**

Suivant les conclusions notifiées en première instance le 30 novembre 2005 par l'intimée, le solde redu par l'appelante à la date du dernier paiement du 28 juin 2004 était de 120.000 €. Il ensuit que l'attribution du gage pour une valeur de 123.000.- francs a éteint cette créance.
L'opposition au commandement de payer est par conséquent fondée.

P a r c e s m o t i f s :

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

déclare irrecevable l'appel interjeté par exploit d'huissier de justice du 26 mars 2008 contre le jugement du 5 janvier 2007 ;

dit recevable l'appel dirigé contre le jugement du 20 avril 2007 ;

déclare l'appel fondé ;

r é f o r m a n t :

dit que le pacte commissoire stipulé dans la convention conclue le 10 octobre 2003 entre parties est valable ;

constate l'extinction de la créance de la société anonyme de droit belge **SOC.2.)** à l'encontre de la société en commandite par actions **SOC.1.)** par l'effet de l'attribution au créancier de la propriété de l'objet donné en gage ;

déclare l'opposition au commandement à payer fondée ;

annule ledit commandement ;

dit non fondée la demande de la société anonyme de droit belge **SOC.2.)** en obtention d'une indemnité de procédure, respectivement de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire, et l'en déboute ;

condamne la société anonyme de droit belge **SOC.2.)** aux frais et dépens des deux instances avec distraction au profit de Maître Jean-Paul NOESEN qui la demande affirmant en avoir fait l'avance ;

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite audience publique par Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre, en présence de Patrick KELLER, greffier.