**Arrêt N° 92/16 - I - CIV**

**Arrêt civil**

**Audience publique du onze mai deux mille seize**

Numéro 33227 du rôle

Composition :

Nico EDON, président de chambre,
Christiane RECKINGER, premier conseiller,
Christiane JUNCK, premier conseiller,
Brigitte COLLING, greffier.

**E n t r e :**

**A),** établie et ayant son siège social à L-……, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE d'Esch-sur-Alzette du 22 mars 2007,

comparant par Maître Mario DI STEFANO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**e t :**

1. **la société B),** établie et ayant son siège social à L-……, représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prédit exploit GALLE,

comparant par Maître Georges KRIEGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2. **la société C),** établie et ayant son siège social à L-……., représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prédit exploit GALLE,

comparant par Maître Robert LOOS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**3. la société anonyme D),** établie et ayant son siège social à L-….., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prédit exploit GALLE,

comparant par Maître André MARC, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**4. la société à responsabilité limitée E).,** établie et ayant son siège social à L-….,

intimée aux fins du prédit exploit GALLE,

comparant par Maître Jean WELTER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

en présence de :

**la société anonyme F),** établie et ayant son siège social à L….., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

demanderesse en vertu d'un acte d'intervention volontaire,

comparant par Maître Mario DI STEFANO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

---

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

La société anonyme D) a assigné devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg B), la société civile C), la société anonyme A) et la société à responsabilité limitée E), pour les sociétés civiles B) et C) s'entendre condamner solidairement à lui payer la somme de 640.761,55 euros, sinon B) s'entendre condamner à lui payer la somme de 617.733,81 euros et pour entendre déclarer commun le jugement à intervenir à toutes les parties défenderesses.
Les montants réclamés constitueraient les frais de réfection d'un parking existant sur le terrain appartenant à la société D) et donné en location à la société A), et sur lequel les sociétés B) et C) se seraient vues concéder une servitude de passage comportant le droit d'utiliser le parking. Les frais seraient à partager proportionnellement à la surface occupée par chacune des sociétés A), B) et C).

En cours d'instance, la société D) a modifié sa demande, dans la mesure où elle demande la condamnation des sociétés civiles B) et C) à lui payer, sinon à payer à la société A), le montant de 929.113,99 euros. La société

A) a elle-même demandé la condamnation des sociétés B) et C) à payer à la société D), sinon à la société A), la somme de 597.166,60 euros.

Par jugement du 4 novembre 2005, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a donné acte à la société D) de la modification de sa demande, a déclaré la demande telle que modifiée recevable, a déclaré également recevable la demande de la société A) et a refixé l'affaire pour permettre à la société A) de verser les pièces établissant son paiement et de prouver par tous moyens de droit quels sont, parmi les frais par elle supportés, ceux qui se rapportent à la réfection du parking.

Par un jugement du 22 décembre 2006, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a déclaré les demandes non fondées.

Les juges de première instance ont retenu que par une convention notariée de bail datée du 7 décembre 1999, la société E) a donné à bail à la société F) les droits immobiliers sur les terrains servant d'assiette à l'hypermarché à …., avec les constructions qui s'y trouvaient à ce moment-là et celles que la société E) s'est engagée à ériger à la place de celles qui s'y trouvaient. La société F) s'était engagée dans cette convention à payer un loyer qui serait fixé de manière à amortir le prix payé par la société E) pour l'acquisition du bail emphytéotique et pour la construction de l'hypermarché et de ses installations d'exploitation. Les juges de première instance ont relevé que la convention précisait que les montants payés par la société F) en exécution de la convention restaient sans influence sur les droits de propriété de la société E) sur l'ensemble des biens immobiliers faisant l'objet du contrat. La société F) s'est engagée à maintenir l'immeuble en parfait état et à procéder à toute réparation, y compris les grosses réparations, quelle qu'en soit la cause. Les premiers juges ont encore relevé que la société F) a obtenu le droit, en fin de bail, d'acheter l'immeuble (si la société E) décide de procéder à la vente de l'immeuble en fin de bail) pour un prix correspondant à 30% du montant de l'investissement et à 10,815% du prix de l'emphytéose. Les juges de première instance ont déduit de ces clauses de la convention de bail que le loyer à payer par la société F) n'était que le prix de la location. La société A), venant aux droits de la société F), serait restée en défaut de prouver qu'à part le loyer, elle aurait payé un quelconque montant à titre de frais d'entretien ou de réparation notamment du parking, seuls ces frais étant susceptibles d'être récupérés sur les sociétés civiles B) et C).

Par exploit d'huissier du 22 mars 2007, la société A) a relevé appel du jugement rendu le 22 décembre 2006.

Elle considère que c'est à tort que les juges de première instance ont considéré que les montants à payer à la société E) par la société F) et puis par la société A) ne constituent que le prix de la location.

La convention de location immobilière serait un contrat de leasing immobilier qui devrait être interprété dans le contexte qui est le sien, à savoir l'exécution d'une stratégie de financement arrêtée par la Banque Générale du Luxembourg, Eurolease, Eurolease Factor et Leasinvest, d'une part, et la société F) (la société A)), d'autre part.

L'appelante insiste à cet égard sur le fait que la société E) a été spécialement constituée le 19 novembre 1999 par les sociétés Eurolease

Factor S.A., Eurolease S.A . et par la société de droit belge Leasinvest, et que son objet social était le financement, la construction, l'achat, la location d'un ou plusieurs immeubles, en vue de leur exploitation comme centre commercial à …..

La convention comporterait une durée fixe, sans possibilité pour le locataire de résilier le bail avant l'expiration de son terme. La raison en serait que le paiement des loyers pendant la durée du bail constitue le remboursement de la majeure partie de l'investissement de la société E). Les montants payés seraient la rémunération de l'investissement effectué par la société E), l'investissement effectué couvrant à la fois l'acquisition du bail emphytéotique, le droit de superficie et le financement de la construction et des installations d'exploitation du supermarché. Si les montants payés ne couvriraient, durant la phase d'exploitation, pas tout l'investissement effectué par la société E), ce serait précisément de la nature du contrat de leasing immobilier, que de prévoir en fin d'exploitation une option d'achat.

L'appelante considère donc que le loyer qu'elle paie fait partie intégrante du financement de la construction du supermarché.

Ces montants comprendraient de ce fait également les factures payées par la société E) aux sociétés chargées par la société F) (sur base du mandat contenu dans l'article 6 de la convention du 19 novembre 1999) de la réfection du parking. Le fait que ces factures n'ont été réglées qu'indirectement par la société F), par l'intermédiaire des loyers versés à la société E), ne saurait faire échec à la demande en paiement dirigée contre les sociétés B) et C).

La société A) demande en conséquence que par réformation du jugement déféré, la société B) soit condamnée à lui payer la somme de 477.733,28 euros et la société C) soit condamnée à lui payer la somme de 119.433,32 euros, chaque fois avec les intérêts légaux à partir du jour de l'assignation en justice.

La société B) demande principalement la confirmation pure et simple, par adoption des motifs des juges de première instance, du jugement déféré.

Subsidiairement, elle estime que, n'étant tenue qu'à hauteur d'une partie des frais d'électricité, d'entretien et de réfection raisonnablement exposés par la société F), elle ne pourrait pas être tenue des frais de construction d'un nouveau parking, tel qu'il a été réalisé en l'espèce sans le consentement de la concluante.

La société C) demande également en ordre principal la confirmation du jugement déféré, en se ralliant à l'analyse des juges de première instance pour ce qui est de la qualification de loyer des montants payés à la société E). Elle fait valoir que la seule qualification juridique sous laquelle la société A) agit actuellement est celle d'un simple locataire. La convention de location immobilière du 19 novembre 1999 présenterait toutes les caractéristiques de base d'un bail commercial ordinaire dont le but poursuivi serait par principe toujours pour le bailleur d'amortir et de récupérer un jour ses investissements.

Au regard des stipulations de la convention, ce serait bien la société E) qui procédera à ses frais à la construction de l'hypermarché et ce serait bien la

société E) qui serait propriétaire des constructions réalisées, y compris donc le nouveau parking.

La société F) et/ou la société A) n'auraient rien payé d'autre qu'un simple loyer.

En ordre subsidiaire, la société C) fait valoir que les virements produits ayant trait à des factures payées par la société E) ne prouveraient ni que la société F) ou la société A) aient payé une quelconque somme et seraient donc en droit de réclamer un quelconque montant à l'intimée, ni que les sommes payées correspondraient au coût de travaux de réfection du parking litigieux, ces deux éléments restant formellement contestés par l'intimée.

En ordre encore plus subsidiaire, la société C) conteste la demande, les frais réclamés dépassant ce à quoi elle est tenue : d'une part la réfection du parking dépasserait de loin le « restant du numéro cadastral 2435/3986 » sur lequel était installé le parking que C) avait le droit d'utiliser ; d'autre part, l'appelante resterait en défaut de prouver qu'elle n'aurait engagé pour la réfection et l'entretien du parking que des frais raisonnables. L'appelante resterait donc en défaut de prouver que ce dont elle demande remboursement remplit les conditions stipulées dans l'acte de concession.

L'intimée conteste en tout état de cause le principe des intérêts de retard réclamés par l'appelante, celle-ci n'ayant pas déboursé les montants réclamés.

La société C) forme encore appel incident et demande que, par réformation du jugement déféré, la société A) et la société D) soient condamnées solidairement, sinon in solidum à lui payer une indemnité de procédure de 7.500 euros, le montant alloué en première instance étant manifestement insuffisant pour couvrir les frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer.

Pour le cas où la Cour d'appel ne devait pas suivre les juges de première instance en ce qu'ils ont qualifié l'engagement des sociétés civiles B) et C) envers la société D) et au profit de la société F) de stipulation pour autrui, la société D) demande acte qu'elle demande la condamnation des deux sociétés civiles à lui payer les sommes de respectivement 477.733,28 et 119.433,32 euros. Elle se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de l'appel incident de la société C) et conteste l'indemnité de procédure réclamée par la société C) tant dans son principe que dans son quantum.

La société D) relève appel incident et demande que les demandes basées sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile dirigées à son encontre et accueillies en première instance soient déclarées non fondées.

L'appelante maintient son analyse de la convention de location immobilière du 19 novembre 1999, considérant qu'il s'agit bien d'une opération de leasing au sens de la loi du 24 décembre 1996 portant modification de certaines dispositions en matière des impôts directs et indirects. Etant essentiellement conçue comme une opération de financement d'un investissement immobilier, la redevance payée par le preneur de leasing ne

serait pas, comme c'est le cas d'une convention de bail, la contrepartie de la jouissance du bien.

Au regard de l'acte de concession, il serait expressément fait référence aux frais de réfection, et non seulement aux frais d'entretien. Le parking existant aurait été dans un très mauvais état, de sorte que la chose la plus raisonnable à faire aurait été de le refaire complètement.

Pour ce qui est de la réalité et de l'affectation des paiements aux travaux de réfection du parking, l'appelante fournit des précisions concernant les tableaux qu'elle a produits, pour conclure que tant la réalité des travaux que l'affectation des paiements sont en l'espèce établis. Pour ce qui est de la ventilation des frais de réfection, l'appelante indique qu'elle a tenu compte de ce que les frais de réfection couvrent aussi la partie dite « partie … » du parking qui ne doit pas être prise en considération pour le calcul de la prise en charge des frais de réfection par les sociétés B) et C).

Dans un ordre d'idées subsidiaires, l'appelante conclut à l'institution d'une expertise pour la détermination des quoteparts des frais affectés à la réfection du parking et, le cas échéant, pour la détermination des quoteparts imputables aux sociétés B) et C).

La société E) procède à une analyse détaillée des accords conclus en 1999 et de son propre rôle. La société E) a été créée pour permettre à A) de financer sur le long terme une construction onéreuse, à des conditions fiscales intéressantes. La situation résultant de l'opération est que la société E) ne dispose que d'une propriété temporaire de l'immeuble construit et du terrain sur lequel il est implanté. E) et A), à part l'immeuble, sont étrangères l'une à l'autre. E) n'est pas au courant des autres activités, même immobilières, effectuées par A). Bien entendu, si A) envisage d'entreprendre des travaux touchant la « propriété » d'E), elle ne peut le faire que pour son propre compte, et en accord avec E). Les frais exposés par A) pour la réfection du parking et dont elle réclame le remboursement partiel à C) et B) ont certes été payés aux entreprises ayant effectué les travaux par la société E), mais seront intégralement recouvrés par E) à charge de A). C'est par suite A) et elle seule qui est en droit d'agir contre ces dites sociétés.

Dans ses conclusions du 21 février 2012, la société B) soulève l'irrecevabilité de l'acte d'appel pour défaut de qualité à agir dans le chef de la société A). La société B) conteste que du fait de l'apport en nature, par la société F), de sa branche d'activité « supermarché … » à la société A), cette dernière ait qualité pour réclamer à la société B) les sommes exposées pour la réfection du parking. Elle relève que l'acte de concession du 1er mars 1993, qui permet à la société B) d'utiliser le parking installé sur le restant du numéro cadastral 2435/3986, contient une stipulation pour autrui au bénéfice de la société F) et uniquement au bénéfice de cette société, compte tenu du caractère intuitu personae du contrat du 1er mars 1993.

La société B) fait également valoir que la société A) ne serait pas fondée à demander une participation à des frais qu'elle n'a pas exposés, puisque c'est la société E) qui a payé les travaux de réfection du parking. La convention du 19 novembre 1999, invoquée par la société A), serait une convention à laquelle la partie intimée est parfaitement étrangère. La

société A) ne saurait argumenter, ni qu'elle sera à la fin de cette convention propriétaire du bien loué (ne s'agissant que d'une option parmi d'autres), ni qu'elle devra tôt ou tard supporter les frais litigieux, ce que la partie intimée conteste formellement.

Quant au fond, et en ordre subsidiaire, la société B) conteste la demande de la société A) tant dans son principe que dans son quantum.

La société C) rejoint la partie intimée B) pour ce qui est de la contestation de la qualité à agir de la société A). Elle conteste à ce titre l'affirmation de la société E) qu'elle aurait un droit de recouvrement contre la société A) pour les frais de réfection litigieux.

La société C) conteste encore les précisions fournies par la société A) pour ce qui est de la réalité et de l'affectation des paiements effectués, ce d'autant plus que ces précisions s'effectuent par référence à un tableau unilatéral n'ayant aucune valeur probante.

En ordre subsidiaire, et quant au fond la société C) se rallie aux contestations de la demande de la société A), tant pour ce qui est de son principe que pour ce qui est de son quantum telles que développées par la société B).

La société D), en réponse aux conclusions des sociétés B) et C), estime que l'apport en nature par la société F) de sa branche d'activité « supermarché … » à la société A), comprend l'actif et le passif de son activité commerciale exploitée à …., et donc également l'engagement des sociétés B) et C) au bénéfice de la société F).

Elle estime par ailleurs, qu'en tant que stipulant, elle aurait également intérêt et qualité pour agir à l'effet de contraindre judiciairement les promettants B) et C) à l'exécution de leur engagement.

Elle demande en conséquence à voir condamner ces deux sociétés à payer à la société A), sinon à la société F), sinon à elle-même les montants réclamés

La société A) estime que la servitude constituant une qualité du fonds, et le terrain étant occupé par A), cette société bénéficie de la stipulation pour autrui figurant dans l'acte de concession, contestant par ailleurs le caractère intuitu personae de l'acte de concession. L'appelante maintient également que c'est elle qui supporte les frais dans le cadre du réaménagement et de la rénovation du parking, et ceci dans le cadre du leasing immobilier mis en place. Au fond, l'appelante maintient que les frais réclamés aux parties intimées B) et C) correspondent à la clé de répartition retenue dans l'acte de concession, c'est-à-dire une clé basée sur les surfaces des parcelles cadastrales respectives achetées par les sociétés B) et C) par rapport à la surface totale du terrain de la société D), en déduisant des prorata respectifs l'agrandissement du parking existant. L'appelante maintient également qu'elle a établi et la réalité et l'affectation des paiements effectués.

Par acte notifié aux mandataires ad litem des parties à l'instance, la société anonyme F) intervient volontairement à l'instance d'appel, pour voir constater pour autant que de besoin que la branche d'activité

« supermarché …. » a été apportée par la société F) à la société anonyme A) et que, par conséquent, la société A) est devenue titulaire des droits résultant des actes de vente et de concession du droit d'utilisation du parking en date du 1er mars 1993. Elle demande à faire droit à la demande en paiement de la société A) dirigée contre les sociétés B) et C). Elle conclut à voir déclarer commune la décision à intervenir à toutes les parties intimées ainsi qu'à elle-même. Elle demande à voir condamner les sociétés B) et C) au paiement d'une indemnité de procédure (il n'est pas précisé si c'est la société F) qui formule ainsi une demande sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile, ou si la société F) appuie la demande de la société A) formée sur cette base).

Les sociétés B) et C) concluent à voir déclarer cette intervention nulle sinon irrecevable pour avoir été formée pour la première fois en instance d'appel. La société B) conclut par ailleurs à la nullité de l'acte d'intervention pour libellé obscur à raison de la contradiction entre la motivation et le dispositif. En ordre subsidiaire, ces deux parties intimées demandent à déclarer l'intervention non fondée.

La société C) conclut encore, en réplique aux conclusions de la société D), que la demande de celle-ci en condamnation au paiement, à son profit, des montants réclamés ne saurait aboutir, alors que la société D) ne démontrerait pas en quoi elle aurait financé les coûts litigieux.

Cette partie intimée met encore en exergue, quant au fond, qu'elle ne saurait être tenue que des seuls frais d'entretien du parking, mais non pas des frais de réfection à neuf de l'ensemble des surfaces parking dans le cadre du projet de construction et d'exploitation d'un nouveau supermarché à …, décidée par la société E).

*Appréciation de la Cour*

- Quant à la recevabilité de l'intervention volontaire de la société F)

L'intervention active, par laquelle le tiers intervient pour prendre fait et cause pour le défendeur principal ou pour faire valoir ses propres droits en demandant à voir prononcer une condamnation à son profit, n'est pas possible pour la première fois en instance d'appel, puisqu'elle priverait l'adversaire d'un degré de juridiction (cf. Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, par Thierry Hoscheit, n° 1030). Pour autant que la société F), dans sa requête en intervention volontaire, prend manifestement fait et cause pour la société A), cette intervention est irrecevable pour la première fois en instance d'appel.

L'intervention passive, par laquelle le tiers intervient pour suivre simplement l'instance et se faire déclarer le jugement commun pour préserver ses propres intérêts, en se joignant à la partie à laquelle ses intérêts sont liés, peut se faire en instance d'appel à condition que l'intervenant ait pu faire tierce opposition contre le jugement attaqué (op. cit.). Il résulte clairement du dispositif de la requête en intervention, telle que relaté ci-avant, que l'attitude de la société F) est loin d'être purement passive.

Même à supposer qu'on puisse admettre que l'intervention de la société F) ait un caractère purement conservatoire, il faut se rendre à l'évidence

qu'elle ne remplit pas les conditions pour faire tierce opposition conformément aux articles 612 et suivants du Nouveau code de procédure civile. La société F) reste en effet en défaut d'établir en quoi la décision à intervenir, en réformant ou en confirmant, pourrait être considérée comme portant préjudice ou atteinte à ses droits.

L'intervention volontaire de la société F) est partant à déclarer irrecevable.

- Quant à la recevabilité de l'appel de la société A)

Les sociétés B) et C) ont soulevé l'irrecevabilité de l'appel de la société A) pour défaut de qualité à agir dans le chef de cette société.

A qualité pour agir celui qui a un intérêt personnel au succès ou au rejet d'une prétention. Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame, a un intérêt personnel à agir en justice et donc qualité pour agir. La qualité pour agir constitue ainsi pour le sujet de droit l'aptitude à saisir la justice dans une situation concrète donnée. La qualité n'est pas une condition particulière de recevabilité lorsque l'action est exercée par celui-là même qui se prétend titulaire du droit, l'existence effective du droit invoqué n'étant pas une condition de recevabilité de la demande ou de l'appel, mais uniquement la condition de son succès au fond ou en d'autres termes de son bien-fondé.

Le moyen est dès lors à rejeter.

- Quant au fond

Suivant acte notarié du 1er mars 1993, la société anonyme D), agissant en qualité de propriétaire, et la société civile particulière « Société civile immobilière de …. », agissant en sa qualité de bailleur emphytéotique, ont vendu à la société civile « P…'s Immobilière », à raison de 40/100, la société civile « B) Immobilière », à raison de 40/100, la société civile « C) Immobilière », et à raison de 20/100, le terrain et les bâtiments du complexe commercial dénommé couramment « P…'s », constitué par parties du numéro cadastral 2435/3986, désignées lots « B » et « C », suivant plans de situation levés et dressés par un géomètre du cadastre. Dans ledit acte notarié de vente, les parties D) et Société civile immobilière de … ont encore déclaré être propriétaire et bénéficiaire d'un bail emphytéotique sur le restant de la parcelle cadastrale numéro 2453/3986. Suivant acte séparé, ces parties ont accordé aux acheteurs (Player's Immobilière, B) Immobilière et C) Immobilière) un droit de passage sur le terrain.

Par acte de concession d'une servitude du même jour, les parties D) et Société civile Immobilière de …, déclarant être respectivement propriétaire et titulaire d'un bail emphytéotique sur le terrain inscrit sous le numéro cadastral 2435/3986, et dont les parties figurant comme lots « B » et « C » sur des plans levés et dressés par un géomètre du cadastre, ont été vendues aux parties P…'s Immobilière , les sociétés B) et C), déclarent « *concéder à perpétuité pour en jouir dès ce jour aux sociétés P…'s Immobilière, B) Immobilière et C) Immobilière qui acceptent le droit, tant pour elles-mêmes que pour les visiteurs, fournisseurs, corps de métier, exploitants et toute autre personne généralement quelconque, de passer à*

*pieds, voitures, fourgonettes et autres véhicules quels qu'ils soient sur le Fonds Servant… Ce passage est accordé au profit de l'immeuble appartenant aux sociétés P….'s Immobilière, B) Immobilière et C) Immobilière, préqualifiés et de leurs successeurs et il sera exercé par les futurs propriétaires de ces biens comme par les sociétés P…'s Immobilière, B) Immobilière et C) Immobilière elles-mêmes… La présente concession de servitude est concédée également pour les besoins de stationnement pour les clients le temps de leurs achats. Les comparants P…'s Immobilière, B) Immobilière et C) Immobilière s'engagent à participer aux frais d'entretien du parking installé sur le restant du numéro cadastral 2435/3986, à hauteur d'une partie des frais d'électricité, d'entretien et de réfection raisonnablement exposés par la société F) S.A.. Les frais sont à partager proportionnellement à la surface totale de terrain occupée par F) S.A. et la surface totale de terrain achetée par les comparants P…'s Immobilière, B) Immobilière et C) Immobilière ».*

La Cour note la différence dans l'indication du numéro cadastral de cette partie de terrain dans l'acte notarié de vente (l'article 7 fait état du « restant de la parcelle cadastrale numéro 2453/3986 », pour préciser que « suivant acte séparé les vendeurs accordent aux acheteurs un droit de passage sur le terrain … » , et reprendre les dispositions de l'acte notarié de constitution d'une servitude, dans lequel l'assiette est déterminée comme s'exerçant sur le parking installé sur le restant du numéro cadastral 2435/3986 »).

Il n'est contesté par aucune des parties litigantes que le terrain dont s'agit est bien le « restant du numéro cadastral 2435/3986 ».

Les sociétés P…'s Immobilière et B) ont fusionné, par absorption de la première par la seconde, suivant acte notarié du 28 avril 1997.

La Société civile Immobilière de … a cédé ses droits au bail emphytéotique à la société E), suivant acte notarié de cession de bail du 19 novembre 1999, ledit acte notarié précisant que le cessionnaire reprendra le contrat de bail avec toutes les servitudes actives et passives, avec une référence expresse à la concession de servitude au profit de l'immeuble appartenant aux sociétés B) et C).

La société D) a encore concédé à la société E), suivant acte notarié du 19 novembre 1999, le droit de superficie sur plusieurs parties de terrain dont la société D) est propriétaire, La Cour d'appel relève de suite que ce droit de superficie ne concerne pas le « restant du numéro cadastral 2435/3986 », et la constitution d'un droit de superficie au bénéfice de la société E) est sans incidence sur le présent litige.

Le contrat de location liant la société F) et les sociétés D) et Société Civile immobilière de …, pour autant qu'il concernait le complexe « P…'s », a été résilié d'un commun accord, suite à la vente de ce complexe. La société F) S.A. est restée locataire des terrains non vendus, y compris le « restant du numéro cadastral 2435/ 3986 », sur lesquels elle exploitait un supermarché.

La société F) entendait remplacer ledit supermarché, d'une superficie de 4,160 mètres carrés, par un hypermarché de 10.000 mètres carrés et elle s'est adressée à la société E) pour la réalisation de ce projet par voie de leasing immobilier. Une convention-cadre a été conclue entre la société F)

et la société E), cette convention précisant les modalités de la construction du nouvel immeuble et les engagements financiers de la société E). Ces deux parties ont par ailleurs conclu une convention de location immobilière portant sur les terrains servant d'assiette à l'hypermarché.

Lors de l'assemblée générale extraordinaire du 26 avril 2002 de la société A), les actionnaires de cette société ont décidé une augmentation de capital par création et émission de 7.826 actions nouvelles. L'assemblée a admis la société F) à la souscription de ces 7.826 actions nouvelles à libérer par ladite société par apport à la société A) des éléments d'actif et de passif de la société F) tels que décrits dans le rapport du réviseur d'entreprise Ernst and Young. Il résulte de l'acte notarié dressé pour constater les résolutions et les modifications aux statuts, que cet apport consiste en une branche d'activités ayant les caractéristiques d'une partie autonome d'entreprise, en l'occurrence de la branche d'activité « supermarché …. » de la société F) .

Il s'agit en l'occurrence de la cession d'une universalité comprenant tous les éléments d'actif et de passif se rattachant à l'exploitation commerciale du centre commercial à …. par la société F)S.A. à la société A).

La société C) se prévaut, s'agissant de cette cession, de l'inobservation des dispositions de l'article 1690 du Code civil. En principe la cession d'une universalité par voie d'apport en société, portant sur l'intégralité d'une branche d'activité commerciale, est soumise aux dispositions de l'article 1690 du Code civil (Cass. n° 18/13 du 14 mars 2013).

En l'occurrence toutefois, la cession de cette universalité n'avait pas à être notifiée aux sociétés C) et B), alors qu'elle est sans incidence sur les obligations des sociétés C) et B) au titre de l'acte de concession de servitude.

Par ledit acte, le propriétaire et le titulaire du droit emphytéotique sur l'immeuble sur lequel était exploité l'ancien supermarché, et les propriétaires de l'immeuble sur lequel est exploité le complexe « P…'s », sont convenus de l'établissement d'une servitude de passage, au bénéfice du fonds sur lequel est exploité le complexe « P…'s », sur partie du fonds sur lequel était exploité le supermarché.

Cette servitude comporte une contrepartie, à savoir l'obligation assumée par les propriétaires du fonds bénéficiaire de contribuer aux dépenses d'électricité, d'entretien et de réfection, et à cet effet les propriétaires du fonds bénéficiaire se sont engagés envers le propriétaire et le titulaire du bail emphytéotique du fonds servant à rembourser au locataire du supermarché leur quote-part dans les dépenses afférentes.

Les juges de première instance ont analysé l'engagement envers le locataire comme une stipulation pour autrui. Il y a stipulation pour autrui au sens de l'article 1121 du Code civil, lorsque la convention passée entre le stipulant et le promettant fait naître un engagement du promettant envers le tiers bénéficiaire. Le tiers bénéficiaire doit seulement accepter le bénéfice de la stipulation. L'acceptation ne fait pas véritablement du tiers une partie contractante.

Le fait qu'il y ait en l'espèce eu changement de locataire - il n'est pas contesté que le locataire de l'immeuble servant à l'exploitation du nouvel hypermarché à .... est la société A) -, s'analyse, non pas en une cession de créance, mais en une simple substitution du tiers bénéficiaire. La Cour d'appel retient à cet égard encore que ce n'est pas la personne du locataire qui est déterminante, mais bien la qualité de locataire.

La société A) est dès lors en droit de se prévaloir de la stipulation pour autrui contenue dans l'acte de concession de servitude.

En l'occurrence, la société A) entend récupérer sur les sociétés B) et C) les sommes exposées pour la réfection du parking sur le fonds grevé de la servitude.

Cette réfection a eu lieu dans le cadre de la démolition du supermarché existant et de la construction d'un nouvel hypermarché.

Sous réserve de ne pas diminuer ou de rendre plus incommode l'usage de la servitude, le propriétaire de l'immeuble grevé de la servitude garde son droit de propriété entier et peut faire tous travaux sur son fonds. Ceci vaut également pour le titulaire d'un bail emphytéotique sur ledit immeuble, dans la mesure où l'emphytéote, qui a la pleine jouissance de l'immeuble, exerce tous les droits attachés à la propriété, y compris celui d'y ériger des constructions.

Les frais de construction du nouvel hypermarché, incluant les frais de réaménagement des parkings, sont à charge du propriétaire de l'immeuble grevé de la servitude ou du titulaire du bail emphytéotique sur ledit immeuble, dans la mesure où il ne s'agit pas d'ouvrages nécessaires à celui auquel est due la servitude pour en user ou pour la conserver.

Le fait que selon un constat d'huissier de justice, le parking aurait été dans un très mauvais état n'est pas un argument susceptible d'être invoqué à l'encontre de ceux auxquels la servitude est due pour leur demander le remboursement de partie des frais de réaménagement du parking.

La réfection de l'ancien parking faisait partie intégrante du projet de construction et d'exploitation d'un nouveau supermarché à .... (conclusions du 28 janvier 2013 de la société D)). Ce n'est donc pas l'état du parking qui a amené respectivement le propriétaire du fonds servant et le titulaire du bail emphytéotique à refaire ce parking. La réfection du parking se situe au contraire dans le cadre de l'exercice du droit de propriété sur le fonds servant et dans le contexte de la construction du nouveau supermarché à .....

Ces frais, à charge respectivement du propriétaire ou de l'emphytéote, ne sauraient en l'espèce être récupérés en partie sur les sociétés B) et C), sur base du titre établissant la servitude au bénéfice du fonds dont B) et C) sont propriétaires.

Le titre établissant la servitude énonce que les sociétés B) et C) (restant actuellement seules en lice) « s'engagent à participer aux frais d'entretien du parking … à hauteur d'une partie des frais d'électricité, d'entretien et de réfection raisonnablement exposés par la société F) S.A. » , cette dernière société étant à l'époque le locataire du terrain grevé de la servitude.

La récupération ne concerne ainsi que les frais exposés périodiquement par le locataire, c'est-à-dire les frais auxquels le locataire est tenu à raison de sa qualité de locataire. Il ne s'agit par contre pas des frais exposés au titre de l'exercice du droit de propriété par le propriétaire ou l'emphytéote du fonds grevé de la servitude.

Il est à cet égard sans incidence que la construction du nouvel hypermarché se soit faite sous forme de leasing immobilier, l'emphytéote assumant le financement de la construction du nouvel hypermarché, et récupérant son investissement par le biais des loyers payés par la société A). Ce faisant la réfection du parking ne devient pas pour autant une réparation locative, qui pourrait être récupérée sur B) et C). Tous les développements en relation avec l'opération de leasing immobilier sont partant superfétatoires.

Il ne saurait finalement être argumenté que de par la réfection du parking, B) et C) tireraient profit, en termes d'usage de la servitude, sans devoir contribuer aux frais de réfection. B) et C) ne font qu'user de la servitude qui leur a été concédée par l'acte du 1er mars 1993 et selon le titre ayant établi la servitude. Il ne saurait être soutenu qu'en ne participant pas aux frais de réfection du parking, ces deux sociétés aggraveraient la condition du fonds qui doit la servitude en rendant l'exercice de la servitude plus onéreux pour le propriétaire ou l'emphytéote du fonds servant. La décision de reconstruire dans son intégralité le complexe immobilier abritant le nouvel hypermarché à .... relève du seul exercice du droit de propriété sur le fonds servant, et est étrangère à l'usage de la servitude dont l'assiette et les modalités d'exercice restent inchangées. Par ailleurs, les propriétaires du fonds dominant restent tenus de leur engagement de contribuer aux frais d'électricité, d'entretien et de réfection dans les termes et conditions prévus dans l'acte de concession de la servitude.

Au regard de l'ensemble des considérations qui précèdent, tant la demande de la société D), que la demande de la société A) sont à rejeter comme étant non fondées et la décision des juges de première instance est, quoiqu'en partie pour d'autres motifs, à confirmer.

- Quant aux indemnités de procédure

La société A) succombant en appel, elle est à débouter de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

L'appel incident de la société D), tendant à voir réformer le jugement entrepris en ce qu'il a fait droit à la demande de la société C) basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile, est recevable, mais non fondé. La société D) succombant en ses prétentions, elle a, à bon escient, était condamnée à payer à la société C) une indemnité de procédure.

L'appel incident de la société C), pour ce qui est du montant lui alloué à titre d'indemnité de procédure en première instance, est recevable, mais non fondé.

L'article 240 du Nouveau code de procédure civile dispose que, lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, le juge peut condamner l'autre

partie à lui payer le montant qu'il détermine. Le montant peut donc ne pas couvrir l'intégralité des sommes qu'une partie a exposées pour la défense de ses intérêts et qu'elle ne peut recouvrer au titre des frais et dépens. En l'espèce, la société C) n'établit pas l'iniquité requise pour qu'un montant plus conséquent lui soit alloué au titre des sommes qu'elle a dû exposer en première instance, et la décision des juges de première instance est à confirmer.

La demande de la société C) tendant à se voir allouer une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à déclarer fondée à hauteur de 1.500 euros, alors qu'il serait inique de laisser à sa charge tous les frais qu'elle a dû exposer en défense contre un appel non fondé. La condamnation n'est toutefois à prononcer qu'à l'encontre de la société A), seule appelante en l'espèce.

La demande de la société B), basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile et pour l'instance d'appel, est également et pour les mêmes motifs à accueillir à hauteur de 1.500 euros.

La société F), dans sa requête en intervention volontaire, a conclu à voir condamner les sociétés intimées B) et C) à une indemnité de procédure de 15.000 euros sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile. Si cette demande devait être considérée comme sollicitant, au profit de la société F), une indemnité de procédure, la demande est à rejeter, au regard du sort à réserver à l'intervention volontaire.

**Par ces motifs**

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'intervention volontaire en instance d'appel de la société anonyme F) S .A . ;

rejette le moyen tiré de l'irrecevabilité de l'appel de la société anonyme A) pour défaut de qualité à agir dans le chef de cette société ;

reçoit les appels principal et incidents en la forme ;

les déclare non fondés ;

**confirme** le jugement entrepris ;

déboute la société anonyme A) de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile ;

déboute pour autant que de besoin la société anonyme F) de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile ;

déclare la demande de la société civile C) basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile fondée pour l'instance d'appel à hauteur de 1.500 euros ;

condamne la société anonyme A) à payer à la société civile C) le montant de mille cinq cents euros ;

déclare la demande de B) basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile fondée pour l'instance d'appel à hauteur de 1.500 euros ;

condamne la société anonyme A) à payer à B) le montant de mille cinq cents euros ;

condamne la société anonyme F) aux frais de son intervention volontaire, et la société A) à tous les autres frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de Maître Robert LOOS et de Maître Jean WELTER, avocats à la Cour, sur leurs affirmations de droit.