Arrêt commercial

Audience publique du neuf mai deux mille sept.

Numéro 31619 du rôle.

Composition :

Andrée WANTZ, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

1) A.), *sans état connu, demeurant à L-**(…)**,*

2) B.), *sans état connu, demeurant à L-**(…)**,*

appelants *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Alex MERTZIG de Diekirch du 1er août 2006,*

comparant par Maître Guillaume LOCHARD, avocat à Luxembourg ;

e t

la société anonyme SOC.1.) S.A., *anciennement **SOC.1'.)** S.A., établie et ayant son siège social à L-**(…)**, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Diekirch sous le numéro B **(…)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit MERTZIG,*

comparant par Maître Jean KAUFFMAN, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Le 27 novembre 2001, un « *contrat de fourniture* » a été conclu, pour une *durée irrévocable et irréductible de dix ans* entre la société anonyme **SOC.1.)** S.A. et la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** s.à r.l., représentée par ses gérants **A.)** et **B.)**, qui *tous les deux* se sont *également* engagés *en tant que codébiteurs purs et simples à titre personnel, solidaire et indivisible*.

Aux termes dudit *contrat de fourniture*, la société anonyme **SOC.1.)** S.A. a accordé à **SOC.2.)** s.à r.l. *une intervention amortissable* de 1.800.000 Flux et a mis à la disposition de la société une *installation de débit* et les *enseignes*, à charge pour **SOC.2.)** s.à r.l. de respecter et d'exécuter, notamment, l'obligation de s'approvisionner en bières, plus amplement désignées dans le *contrat de fourniture*, auprès de la **SOC.1.)** S.A. ou auprès de son dépositaire régional, les **SOC.3.)** à **(…)**, et de les vendre ou faire vendre dans l'établissement **SOC.2.)** à concurrence de 80 % du total de ses besoins en bières.

L'article 4 du *contrat de fourniture* fixe à 1.400 hectolitres le nombre minimum d'hectolitres de bières (telles que désignées dans le *contrat de fourniture*) que **SOC.2.)** s.à r.l. doit débiter pendant la durée du contrat, soit 140 hectolitres par an.

SOC.2.) s.à r.l. a été déclarée en état de faillite le 23 décembre 2004 et toute exploitation a cessé.

Par exploits d'huissier des 10 et 13 juin 2005, la société anonyme **SOC.1.)** S.A., ci-après la **SOC.1.)**, a assigné **A.)** et **B.)** devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg pour, après résiliation du *contrat de fourniture* aux torts exclusifs des assignés, les y entendre condamner solidairement sinon in solidum sinon chacun pour sa part divise, ce par application de l'article 6 du *contrat de fourniture*, au paiement du montant de 12.249,74 € à titre d'arriérés de marchandises, du montant de 36.357,37 € à titre de solde de l'intervention financière non amortie et du montant de 1.000 € à titre d'indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Par jugement du 14 juin 2006, le tribunal a – entre autres – déclaré fondée la demande de la **SOC.1.)**, a déclaré résilié le contrat de fourniture du 27 novembre 2001 aux torts de **A.)** et de **B.)**, les a condamnés solidairement à payer à la **SOC.1.)** le montant de 48.607,11 € avec les intérêts légaux à partir du jour de l'assignation en justice – 13 juin 2005 – jusqu'à solde, ainsi qu'une indemnité de procédure de 500 €.

De ce jugement, qui ne leur a pas été signifié, **A.)** et **B.)** ont déclaré relever appel par exploit de l'huissier de justice Alex Mertzig du 1ier août 2006.

A.) et **B.)** exposent, à l'appui de leur appel, les faits suivants :

- que le café, situé à **(…)**, fut exploité par la dame **C.)** suivant contrat de fourniture du 28 janvier 1997, lui imposant un débit de 1.200 hectolitres de bières sur dix ans, soit 120 hectolitres par an ;
- que ce volume n'a cependant pas pu être respecté par la dame **C.)** en raison du faible achalandage de la rue **(…)** ;
- que, nonobstant cette circonstance, un volume plus important encore fut imposé aux actuels appelants par la **SOC.1.)**.

Les appelants réitèrent leurs arguments de première instance, tirés de la nullité du contrat, de l'absence de cause de leur engagement, de la suspension du contrat dans tous ses effets et du non-respect des obligations précontractuelles par la **SOC.1.)** et concluent – par réformation du jugement entrepris – à voir *annuler tout engagement des appelants,* à voir *décharger les appelants de toute condamnation prononcée à leur encontre en première instance* et à voir condamner la **SOC.1.)** au paiement d'une indemnité de procédure de 2.500 € ainsi qu'aux frais et dépens des deux instances.

Discussion

quant à la nullité du contrat

A.) et **B.)** font plaider que la **SOC.1.)** aurait agi en violation de l'article 2 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier qui prévoit qu'*aucune personne juridique de droit luxembourgeois ne peut exercer l'activité d'établissement de crédit sans être en possession d'un agrément écrit du Ministre* (…).

Les juges de première instance ont écarté cet argument en disant que *la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier a entendu subordonner la réalisation à titre habituel par une personne d'opérations purement financières à l'obtention d'un agrément.*

Les appelants critiquent les juges de première instance d'avoir ainsi décidé, motif pris de ce que la loi bancaire ne ferait aucune distinction entre activité « *purement financière* » et les autres activités mixtes ; que *l'ajout arbitraire de cette condition « purement financière »* ne reposerait sur aucun fondement juridique.

L'appellation « *établissement de crédit* », telle qu'elle est reprise dans l'article 2, précité, est empruntée au droit communautaire et est synonyme de « *banques* ».

La catégorie des *établissements financiers non bancaires* s'était distinguée de celle des établissements de crédit par des exigences de fonds propres moins strictes que celles imposées aux banques (cf : Travaux parlementaires no 3600-4 : Rapport de la Commission des Finances et du Budget du 18 mars 1993).

Depuis le projet de loi relative au secteur financier, les *établissements financiers non bancaires* n'auront plus lieu de figurer comme une sous-catégorie à part des établissements de crédit. Ils seront reclassés dans la catégorie professionnelle à laquelle ils souhaiteront appartenir et pour laquelle ils rempliront les conditions d'agrément, soit comme banque, soit comme *autre professionnel du secteur financier* (PSF), ou alors hors du secteur financier si leur activité le justifie. La catégorie des PSF comprend, d'une part, une série de professionnels dont les activités sont nommément désignées et spécifiquement réglementées dans la loi, d'autre part, tous les professionnels exerçant d'autres activités du secteur financier (cf : Prise de position de l'Institut Monétaire du 28 septembre 1992).

L'exercice de l'activité d'établissement de crédit, tel que défini ci-dessus, est subordonné à un agrément. Cette activité consiste « *à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte* » (cf. : article 1er de la loi du 5 avril 1993). Ont également besoin d'un agrément, les « *autres professionnels du secteur financier* », les PSF, qui offrent des services financiers au Luxembourg, à condition que l'autorité considère que ces activités soient des activités du secteur financier (cf : Travaux parlementaires no 3600-1 : Avis de la Chambre de Commerce du 21 juillet 1992).

Dans sa prise de position du 28 septembre 1992, l'Institut Monétaire Luxembourgeois précise que le champ d'application du projet de loi relative au secteur financier s'applique à toutes les activités du *secteur financier*. L'exercice d'aucune *activité financière* n'échappe au législateur. Il reste à déterminer dans chaque activité professionnelle imaginable s'il s'agit, oui ou non, d'une *activité du secteur financier*.

Le secteur financier est défini comme étant « *le secteur des affaires d'argent* ».

L'Institut Monétaire a ajouté que l'intérêt sérieux de la place financière ne serait pas servi si des activités étaient d'office incorporées dans le *secteur financier*, pour lesquelles un régime d'agrément particulier et une surveillance prudentielle constante ne se justifient pas. La nécessité d'un tel régime n'existe que pour les activités qui rendent indispensable la protection du public.

Que la société anonyme **SOC.1.)** S.A. n'exerce pas d'activité qui tombe dans le champ d'application de la loi du 5 avril 1993, tel que défini à l'article 1er, pré-mentionné, se passe de tout commentaire.

Les juges de première instance ont, à bon escient, retenu que *la mise à disposition d'un prêt à un commerçant de détail en contrepartie d'un accord d'approvisionnement est licite et ne nécessite pas une telle autorisation*.

Le *contrat de fourniture*, conclu entre parties le 27 novembre 2001, n'a aucun rapport avec le secteur financier. Il s'agit d'un accord caractérisé par le fait que l'engagement d'exclusivité d'achat de bières par le client auprès de la **SOC.1.)** est consenti en contrepartie de l'octroi d'avantages économiques, tels que l'octroi d'un prêt ou la mise à disposition de matériel.

Les premiers juges ont dès lors, à bon droit, rejeté le moyen tiré de la nullité du contrat de fourniture.

quant à l'absence de cause

A.) et **B.)** réitèrent leur argumentation de première instance, tirée de la nullité de leur engagement pour absence de cause.

Le contrat de fourniture litigieux prévoit que **A.)** et **B.)**, gérants de la société **SOC.2.)** s.à r.l., *s'engagent en tant que co-débiteurs purs et simples à titre personnel, solidaire et indivisible.*

Pour écarter le moyen tiré de la nullité de l'engagement des gérants **A.)** et **B.)** pour absence de cause, le tribunal a dit qu'ils *étaient directement intéressés au succès commercial de la société **SOC.2.)*** ; que *l'intérêt de voir réussir les affaires commerciales de la société **SOC.2.)** constitue la raison de leur engagement, ou autrement dit la cause de leur intervention au contrat de fourniture litigieux* ; que *leur obligation n'est partant pas sans cause* et que *celle-ci n'étant pour le surplus pas illicite.*

Actuellement, **A.)** et **B.)** reprochent aux juges de première instance *d'avoir considéré la cause du contrat de fourniture pour les appelants comme si leurs engagements n'étaient qu'accessoires à ceux pris par la société **SOC.2.)** s.à r.l., alors que selon le contrat les appelants sont cocontractants à part entière, c'est-à-dire, au même titre que la société **SOC.2.)** s.à r.l.*.

Les appelants ajoutent qu'ils ne disposent *ni d'autorisation de faire le commerce*, *ni d'une licence de cabaretage* et que *l'exploitation du fonds par les appelants, à titre personnel, ne pouvait être qu'une fiction*, dans la mesure où *ils n'ont reçu aucune prestation de la part de la **SOC.1.)** qui s'est contentée de n'entretenir des relations commerciales qu'avec la société **SOC.2.)** s.à r.l.* ; que *l'existence de la cause de l'engagement des appelants doit être vérifiée au regard de la qualité de « fournis » qu'ils avaient selon le contrat, et non comme celle d'une sûreté accessoire à l'obligation principale de la société **SOC.2.)** s.à r.l..*

Un créancier peut avoir, pour une même créance, plusieurs codébiteurs, tenus solidairement ou non. Ces derniers sont alors tous

débiteurs principaux, chacun devant en définitive supporter une part de la dette.

En l'espèce, l'engagement de **A.)** et de **B.)**, en tant que *codébiteurs purs et simples à titre personnel, solidaire et indivisible*, est à considérer – d'un point de vue de la terminologie juridique – comme étant constitutif d'une obligation principale à l'égard de la **SOC.1.)**.

A.) et **B.)** se sont engagés envers la **SOC.1.)**, solidairement avec la société **SOC.2.)** s.à r.l., à remplir les obligations découlant du contrat litigieux, dans le but de voir bénéficier **SOC.2.)** s.à r.l. de certains avantages de la part de la **SOC.1.)**.

Pareille hypothèse est réglementée par l'article 1216 du Code civil qui évoque le cas où *l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des obligés solidaires, celui serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme des cautions.*

Aux termes de cet article, les codébiteurs solidaires non intéressés ne sont traités, par rapport à celui qui est intéressé à l'opération, que comme ses cautions. Dans les rapports entre le créancier et les codébiteurs, ceux-ci sont à tous égards traités comme des codébiteurs à titre principal.

Concrètement, aux yeux de la **SOC.1.)**, la qualité de codébiteurs de **A.)** et de **B.)** tend à renforcer, par leur propre engagement, la probabilité d'exécution des obligations découlant du *contrat de fourniture* litigieux. Tant **A.)** que **B.)** sont redevables du tout envers la **SOC.1.)**.

La cause de leur engagement – qui se caractérise par son unilatéralité – réside dans le fait qui a déterminé **A.)** et **B.)** dans leur décision de s'engager personnellement envers la **SOC.1.)**.

Ce fait consistait en la perspective d'une remise de fonds par la **SOC.1.)** au profit de la société **SOC.2.)** s.à r.l..

Le moyen tiré de la nullité de l'engagement de **A.)** et de **B.)** pour absence de cause est partant à rejeter.

<u>quant à la suspension du contrat dans tous ses effets</u>

Les appelants concluent à la non-application de l'article 6 du *contrat de fourniture*, conclu entre parties. Ils soutiennent que l'expression « *cesse son commerce* » devrait être remplacée par l'expression « *cède son commerce* » ; qu'en l'occurrence, aucune cession du commerce n'a eu lieu de sorte que l'article 6 du *contrat de fourniture*, invoqué comme base légale dans l'acte introductif d'instance, serait inopérant.

L'article 6 du *contrat de fourniture* prévoit que *si le client cesse son commerce, que ce soit par sous-location, par vente du fonds de commerce ou de l'immeuble, par l'institution d'un gérant ou pour toute autre raison, il s'engage expressément par la présente à obliger ses ayants-cause à reconnaître et à accepter par écrit, dans son intégralité, le présent contrat. Au cas contraire, il s'engage à payer à la* ***SOC.1.)*** *: a) le montant non amorti de l'investissement de la* ***SOC.1.)*** (… …).

L'article 6, précité, envisage différentes modalités de cessation de commerce et les conséquences en découlant.

Il réglemente les obligations que doivent remplir le *client* et ses ayants-cause à l'égard de la **SOC.1.)** lorsque le *client* **cesse** l'exploitation de son débit de boisson suite à une *sous-location*, une *vente du fonds* ou une *institution d'un gérant*.

Il vise également la cessation du commerce *pour toute autre raison.*

Il est constant en cause que la *raison* de la cessation du commerce par la société **SOC.2.)** s.à r.l. est sa mise en faillite le 23 décembre 2004.

Depuis cette date, toute exploitation du commerce a définitivement cessé.

Dans ces circonstances, la **SOC.1.)** est en droit d'invoquer l'article 6 du *contrat de fourniture* et de réclamer le *montant non amorti de l'investissement.*

Il devient dès lors oiseux d'analyser l'argumentation des appelants en rapport avec les articles 4 et 7 du *contrat de fourniture* litigieux.

quant au non-respect des obligations précontractuelles par la **SOC.1.)**

Les appelants **A.)** et **B.)** reprochent à la **SOC.1.)** d'avoir failli à son obligation d'information dans la mesure où elle a omis *d'avertir la société* ***SOC.2.)*** *s.àr.l. que l'exploitation du fonds de commerce antérieurement exploité à l'adresse,* ***(…)****, venait juste d'échouer dans le respect des quotas imposés par la* ***SOC.1.)*** ; que *le contrat a été conclu en des termes mettant à la charge du client une obligation qui de fait était irréalisable, contrairement à ce que pensait le client.*

Pour rejeter toute violation par la **SOC.1.)** de son obligation d'information et de conseil, les juges de première instance ont dit :

- que *le but de l'obligation d'information ou de conseil consiste à compenser l'inégalité des compétences des contractants ;*
- qu'*une telle obligation existe chaque fois en cas de déséquilibre des connaissances entre les parties, c'est-à-dire, lorsqu'une d'entre elles*

ignore légitimement les informations qui lui étaient utiles et que l'autre connaissait ou se devait de connaître ;

- qu'*un acheteur ne saurait se contenter d'un rôle passif et doit solliciter l'information de la part du vendeur ;*
- que *les défendeurs, en qualité de gérants de la société ayant repris le fonds de commerce, à supposer qu'ils ignoraient effectivement le nombre d'hectolitres qui avait été fixé dans le précédent contrat, auraient parfaitement pu et même dû, avant de conclure le contrat en question, se renseigner sur le volume de bières vendus par le précédent exploitant des lieux ;*
- que, *par ailleurs, le succès d'une entreprise commerciale dépend en grande partie des idées, du savoir-faire et des efforts de l'exploitant.*

Les appelants n'ayant avancé en instance d'appel aucun argument solide permettant de s'écarter de la motivation correcte des premiers juges, il y a lieu de les confirmer purement et simplement en ce qu'ils ont dit que la violation par la **SOC.1.)** de son obligation d'information et de conseil laisse d'être établie.

quant aux montants réclamés

Les montants réclamés par la **SOC.1.)** n'ayant fait l'objet d'aucune contestation matérielle de la part de **A.)** et de **B.)**, il y a lieu de les allouer à la **SOC.1.)**.

quant aux indemnités de procédure

Vu l'issu du litige, **A.)** et **B.)** ne sauraient prétendre à l'octroi d'une indemnité de procédure.

La Cour dispose cependant des éléments d'appréciation suffisants pour fixer à 500 € l'indemnité de procédure devant revenir à la **SOC.1.)**.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel ;

le dit non fondé ;

confirme le jugement entrepris ;

déboute **A.)** et **B.)** de leur demande en obtention d'une indemnité de procédure ;

condamne **A.)** et **B.)** solidairement à payer à la société anonyme **SOC.1.)** S.A. une indemnité de procédure de 500 € ;

condamne **A.)** et **B.)** solidairement aux frais et dépens de l'instance d'appel.