Arrêt commercial

Audience publique du vingt-quatre février deux mille dix.

Numéro 35351 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

***la société anonyme AAA**, établie et ayant son siège social à UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

***appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Gilbert RUKAVINA de Diekirch du 28 septembre 2009,*

comparant par Maître Alex KRIEPS, avocat à Luxembourg ;

e t

***la société à responsabilité limitée BBB**, établie et ayant son siège social à VVV, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

***intimée** aux fins du susdit exploit RUKAVINA,*

comparant par Maître Philippe PENNING, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 18 juin 2009 la société anonyme AAA a fait comparaître la société à responsabilité limitée BBB devant le président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale et de concurrence déloyale, aux fins de voir constater qu'elle s'est entièrement conformée à l'ordonnance du 18 janvier 2008 et qu'en conséquence aucune astreinte n'a couru, voir mettre à néant le commandement signifié le 4 mai 2009 par acte de l'huissier de justice Patrick Kurdyban et voir dire qu'il restera sans effet en l'absence d'un jugement valable et exécutoire, s'entendre encore condamner au paiement de la somme de 20.000.- euros à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire.

La société AAA a exposé à l'appui de sa demande que par ordonnance du 8 février 2008, confirmée en appel par arrêt du 28 mai 2008, elle s'est vu interdire de faire usage de la dénomination "CCC" sous peine d'une astreinte de 500.- euros par jour de retard, cette interdiction devant courir, d'après l'arrêt du 28 mai 2008, à partir d'un délai de deux mois suivant la signification de l'arrêt; que l'arrêt a été signifié à la requérante le 27 juin 2008, de sorte que l'interdiction prenait effet le 27 août 2008; que le 4 mai 2009 la société BBB a fait signifier un commandement à la requérante portant sur la somme de 111.327,47 euros dont 110.000.- euros au titre de l'astreinte, commandement qui est toutefois totalement injustifié.

Par ordonnance rendue le 10 juillet 2009 le président de la chambre commerciale a dit la demande recevable, mais non fondée.

Par exploit d'huissier du 28 septembre 2009 la société anonyme AAA a régulièrement relevé appel de cette ordonnance non signifiée.

L'appelante reproche au premier juge de ne pas avoir fait droit à sa demande de mise à néant du commandement du 4 mai 2009. Elle fait valoir qu'il appartient au bénéficiaire de l'astreinte de rapporter la preuve que les conditions d'exigibilité de l'astreinte sont données, qu'en l'espèce la seule preuve versée en cause par la partie intimée est un procès-verbal d'huissier du 26 octobre 2008, que le commandement du 4 mai 2009 porte toutefois sur une astreinte qui serait redue pour la période du 27 septembre 2008 au 4 mai 2009, soit 220 jours de retard. Selon l'appelante ces 220 jours de retard n'ont pas été dûment constatés, que l'astreinte contenue dans le commandement du 4 mai 2009 n'est partant pas justifiée et que ce commandement n'a pas de raison d'être.

Il faut relever dans ce contexte que suite au constat d'huissier du 26 octobre 2008, la société BBB a fait signifier le 13 novembre 2008 un premier commandement à la société AAA, que cette société a porté son opposition à commandement devant la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg qui, par un jugement du 15

mai 2009, s'est déclarée incompétente pour connaître de cette opposition.

La société BBB fait valoir que, conformément à l'article 2066 du code civil, l'astreinte se prescrit à l'expiration d'un délai de six mois à partir de la date à laquelle elle est encourue, que pour éviter l'éventualité d'une prescription depuis la date du premier commandement du 13 novembre 2008, laquelle aurait eu lieu le 13 mai 2009, à un moment où l'opposition contre ce premier commandement se trouvait en délibéré, elle a à toutes fins utiles fait signifier le commandement du 4 mai 2009.

La société AAA soutient toutefois à tort que ce commandement n'a pas de raison d'être. En effet, ce commandement couvre la période du 27 septembre 2008 au 4 mai 2009 et le constat d'huissier du 26 octobre 2008 constate l'inexécution de la condamnation jusqu'à cette date, le premier juge ayant d'ailleurs retenu sur base des éléments du dossier que cette inexécution a perduré jusqu'au 8 décembre 2008. Le commandement du 4 mai 2009 se rapporte donc pour partie à une période pour laquelle l'inexécution de la condamnation principale est établie et la demande d'une mise à néant n'est pas fondée.

L'appelante reproche d'autre part au premier juge de ne pas avoir admis que relativement aux faits constatés par l'huissier dans son procès-verbal du 26 octobre 2008 elle était dans l'impossibilité de se conformer à la condamnation prononcée en retenant à tort *"qu'il n'est pas exigé que l'inexécution de la condamnation principale procède d'une intention délibérée du débiteur de ne pas satisfaire à l'astreinte pour que celle-ci soit due, de sorte que le juge n'est pas tenu de rechercher la bonne ou mauvaise foi du condamné".*

Renvoyant à un arrêt rendu par la Cour d'appel de Bruxelles le 28 octobre 1994 (J.T. 1995,154) elle fait valoir qu'il est de jurisprudence constante que les juges tiennent compte de la bonne ou mauvaise foi du condamné et que dans l'appréciation d'une impossibilité d'exécution ils examinent s'il y a dans son chef faute intentionnelle ou non.

Le premier juge s'est toutefois à juste titre rallié à la position prise par la Cour de Cassation belge dans son arrêt du 3 novembre 1994 (J.T. 1995, 341).

En effet, l'intention délibérée du débiteur de ne pas satisfaire à la condamnation principale n'est pas une condition d'application de l'astreinte et, conformément à l'article 2063 du code civil, seule la constatation que le débiteur a été dans l'impossibilité de satisfaire à la condamnation principale permet une exonération, totale ou partielle, de l'astreinte. (Cass. 3.11.1994 précitée, CA Bruxelles 25.9.2003, J.T. 2004, 385).

La société AAA fait valoir ensuite qu'elle a tout mis tout en œuvre pour satisfaire à la condamnation et si le constat d'huissier du 26

octobre 2008 constate quelques inexécutions, celles-ci résultent du fait de tiers.

Dans son procès-verbal l'huissier dit s'être rendu le 26 octobre 2008 au stade de football de XXX où se déroulait un match de football de division nationale et avoir constaté la présence de deux panneaux publicitaires reprenant la dénomination CCC

L'appelante soutient que par courriel du 29 septembre 2008 elle a enjoint M. DDD, représentant du club de football de XXX de changer les panneaux publicitaires, que le changement a été effectué par le club qui, par pure omission, a laissé deux panneaux portant l'ancienne dénomination, ce que confirme DDD dans un courrier du 8 décembre 2008 en présentant ses excuses. La société AAA fait valoir que le représentant du club avait seul accès au terrain pour faire changer, sinon enlever les panneaux et non l'appelante elle-même.

L'appelante se prévaut d'autre part de courriers adressés par elle le 7 août 2008 aux sociétés EEE et FFF, dont DDD est l'administrateur, informant ces sociétés du changement de nom.

Elle estime que ces pièces établissent à suffisance de droit qu'elle a entrepris les démarches nécessaires pour satisfaire à la condamnation principale et que le retard dans l'exécution de cette condamnation est entièrement imputable au club de XXX.

La Cour de justice Benelux s'est prononcée dans un arrêt du 25 septembre 1986 (Jurisp. 1986, 17) sur la question de savoir si l'impossibilité d'exécution peut comprendre l'impossibilité putative qui se présente lorsqu'un condamné pense avoir satisfait, intégralement et à temps, à la condamnation principale et que cette opinion se révèle erronée après l'expiration du délai imparti pour l'exécution de la condamnation. La Cour admet, dans son principe, la notion d'impossibilité putative, mais ajoute que pour la retenir le juge doit s'interroger sur la question de savoir "si, en faisant des efforts et en apportant une diligence qu'il n'est pas déraisonnable d'exiger, le condamné aurait évité cette erreur". Dans ses conclusions prises devant la Cour Benelux l'avocat général E. Krings parle d'erreur invincible.

D'autre part, le simple fait que la condamnation principale ne puisse être exécutée sans l'intervention d'un tiers (à qui le jugement prononçant l'injonction est par définition inopposable) ne suffit pas à créer une impossibilité justifiant une révision de l'astreinte puisque ce simple élément n'établit pas que le débiteur a fourni tous les efforts et toute la diligence nécessaires pour satisfaire à la condamnation principale. Ce n'est que lorsque le débiteur aura établi que malgré tous ses efforts l'assistance du tiers ne peut être obtenue, qu'il pourra être libéré de son obligation (Olivier Mignolet, note sous Cass. b. 14.10.2004, RCJB 2005, p. 742)

Abstraction faite de ce que le courriel du 29 septembre 2008 est intervenu alors que l'interdiction avait déjà pris effet depuis plus d'un mois, ce courriel est de la teneur suivante:

"Voici les nouveaux logos GGG est remplacé par HHH
Merci de changer le nom sur les panneaux de XXX"

Compte tenu du fait que la société AAA avait fait l'objet d'une condamnation sous peine d'astreinte, la demande adressée au représentant du club de football aurait dû être plus insistante et il aurait dû être précisé que tous les panneaux devaient obligatoirement être changés. D'autre part, et étant donné que c'était l'appelante, et non pas le tiers, qui avait été condamnée sous peine d'astreinte, une vérification si ce tiers a satisfait à la demande lui adressée se serait imposée. Le courriel du 29 septembre 2008 ne dénote dès lors pas une diligence suffisante au regard des exigences posées par la Cour Benelux.

Il en est de même des courriers adressés le 7 août 2008 aux sociétés EEE et FFF, dans lesquels l'appelante informe ces sociétés qu'elle a changé de nom, se dénommant désormais AAA, qu'elle reste à leur entière disposition pour solutionner leurs besoins et qu'elle les remercie de leur confiance.

Dans son procès-verbal du 26 octobre 2008 l'huissier Kurdyban dit également avoir constaté qu'avant le début du match de football une personne a fait une annonce publicitaire par voie de microphone où elle a énuméré une liste reprenant un large "pool sponsoring" et qu'il a entendu le nom de la société CCC comme faisant partie des sponsors, qu'il a encore constaté qu'au guichet de l'entrée du match de football un prospectus de la saison 2008/2009 était distribué gratuitement et qu'à la deuxième page, sous le titre "pool sponsoring" figurait une annonce publicitaire de la société CCC.

La société AAA n'a pas pris position quant à ces constatations de l'huissier et la Cour retient qu'elle n'a pas pris les dispositions nécessaires, et qu'elle était en mesure de prendre, pour qu'il soit mis fin à ces annonces publicitaires.

Dans son procès-verbal l'huissier Kurdyban dit enfin que sur un chantier en cours de construction sur la route menant vers le terrain de football il a constaté la présence d'un panneau publicitaire reprenant la dénomination CCC.

Concernant ce panneau l'appelante verse une attestation testimoniale de l'administrateur-délégué de la société III qui a travaillé sur le chantier en sous-traitance de la société FFF et qui déclare qu'en raison de la taille du chantier il avait besoin de barrières supplémentaires, qu'il se les a procurées dans un dépôt où sont stockées les barrières provenant d'anciens chantiers, dont également

celle portant un panneau publicitaire CCC qu'il a utilisée dans l'ignorance du changement de dénomination sociale de cette société.

Une discussion sur la question de savoir si, concernant ce panneau publicitaire, les explications données dans l'attestation testimoniale peuvent être retenues comme établissant une impossibilité d'exécution s'avère en l'espèce oiseuse en présence des autres constatations de l'huissier et des considérations qui précèdent, desquelles il résulte qu'il n'y a pas eu dans le chef de la société AAA impossibilité d'exécution au sens de l'article 2063 du code civil.

Le premier juge a retenu sur base du courrier de DDD du 8 décembre 2008 que c'est jusqu'à cette date que la société AAA n'a pas respecté la condamnation prononcée à son encontre et que la société BBB peut se prévaloir pour la période comprise entre le 27 août et le 8 décembre 2008 de la somme de 51.500.- euros à titre d'astreinte encourue.

La société AAA conclut en ordre subsidiaire à voir dire l'opposition à commandement justifiée à concurrence de la somme de 111.327,47 – 51.500 = 59.827,47 euros. Dans le montant de 111.327,47 – euros sur lequel porte le commandement sont toutefois compris, à côté des 110.000.- euros réclamés au titre de l'astreinte, des frais à concurrence de 1.327,47 euros et qui ne sont pas autrement contestés par l'appelante. L'opposition à commandement est donc à dire fondée à concurrence de la somme de 110.000 – 51.500 = 58.500.- euros

L'appelant reproche enfin au premier juge d'avoir rejeté sa demande en dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire.

Elle fait valoir que cette demande est dirigée contre le commandement du 4 mai 2009 portant sur la somme astronomique de 111.327,47 euros, dont 110.000.- euros au titre de l'astreinte couvrant la période du 27 septembre 2008 au 4 mai 2009 alors qu'aucun fait constitutif d'une inexécution n'a été établi par la société BBB suite au constat d'huissier du 26 octobre 2008, que le motif de l'éventualité d'une prescription n'autorisait pas l'intimée à augmenter le montant réclamé au titre de l'astreinte sans preuve aucune d'un non-respect de la condamnation principale.

Selon l'appelante, tout comme en matière de saisie-arrêt le créancier commet un abus de droit lorsque l'importance de la saisie excède considérablement sa créance, en l'espèce la société BBB a excédé l'exercice normal de son droit en signifiant un commandement qui n'était pas justifié, dans le seul but de voir augmenter la condamnation.

L'appelante soutient que le commandement du 4 mai 2009 lui a causé un préjudice tant matériel que moral, étant donné que face à la somme exorbitante réclamée, toutes ses prévisions budgétaires s'en

sont trouvées affectées et qu'à côté des tracas lui causés de ce fait, il a également été porté atteinte à sa renommée commerciale.

L'appel n'est pas fondé sur ce point.

Le premier juge a dit que l'astreinte court jusqu'au 8 décembre 2008, donc pendant une période allant au-delà du premier commandement. Abstraction faite de sa crainte d'une éventuelle prescription, la société BBB était donc en droit de signifier un nouveau commandement. La circonstance que le montant sur lequel porte ce commandement va au-delà du montant que le premier juge a retenu comme justifié ne rend pas le commandement abusif.

Un commandement de payer ne peut être comparé à une saisie par laquelle les avoirs du débiteur sont bloqués et qui peut partant avoir des conséquences préjudiciables sur le crédit de ce dernier.

De toute façon, la société AAA, qui a fait opposition au premier commandement, aurait également fait opposition au second commandement, même s'il avait porté sur un montant moindre, de sorte qu'une exagération du montant réclamé n'a pas porté à conséquence. Il s'en suit encore que le préjudice invoqué n'existe pas, étant à ajouter que l'exagération de l'astreinte sur laquelle porte un commandement de payer ne porte pas atteinte au renom de la partie signifiée, contrairement à ce qui peut se passer en cas d'assignation en faillite à laquelle se réfère l'appelante pour justifier une atteinte à son renom.

L'appel n'étant pas fondé et la société AAA étant à condamner aux frais de l'instance d'appel, elle ne peut prétendre à une indemnité de procédure. Sa demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile doit partant être rejetée.

Il n'est d'autre part pas inéquitable de laisser à charge de la société BBB les frais non compris dans les dépens qu'elle a exposés en instance d'appel. Sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est également à dire non fondée.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel en la forme;

le dit non fondé;

dit l'opposition à commandement justifiée à concurrence du montant de 58.500.- euros;

dit non fondées les demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile;

condamne la société anonyme AAA aux frais et dépens de l'instance d'appel.