Jugement commercial II No. 213/09

Audience publique du vendredi, treize février deux mille neuf.

Numéros 93 163 et 118 045 du rôle

Composition :

Odette PAULY, 1er vice-président ;
Nadine WALCH, 1er juge ;
Carole ERR, juge ;
Mireille REMESCH, greffier.

I.) 93 163
E n t r e :

Maître **Fabien VERREAUX**, avocat, demeurant à L-1636 Luxembourg, 10, rue Willy Goergen, agissant en sa qualité de curateur, et en remplacement de Maître **André Th. RIES**, ancien curateur, de la faillite de la société à responsabilité limitée **SOC.1.) S.à r.l.**, établie et ayant eu son siège social à L-**(…)**, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(…)**, déclarée en état de faillite par jugement rendu en date du 8 novembre 2000 ;

élisant domicile en l'étude de Maître Gerry OSCH, avocat, demeurant à Luxembourg,

demandeur, comparant par Maître Guillaume MARY, avocat, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître Gerry OSCH, avocat susdit,

e t :

la société anonyme **SOC.2.) (LUXEMBOURG) S.A.**, établie à L-**(…)**, actuellement la société anonyme **SOC.3.) LUXEMBOURG S.A.**, établie et ayant son siège social à L-**(…)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(…)**;

défenderesse, comparant par Maître Robert LOOS, avocat, demeurant à Luxembourg.

II.) 118 045
E n t r e :

la société anonyme **SOC.3.) LUXEMBOURG S.A.**, anciennement **SOC.2.)** (LUXEMBOURG) S.A., établie et ayant son siège social à L-**(…)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(…)**;

élisant domicile en l'étude de Maître Robert LOOS, avocat, demeurant à Luxembourg,

demanderesse en péremption,
défenderesse originaire, comparant par Maître Robert LOOS, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t :

Maître **Fabien VERREAUX**, avocat, demeurant à L-1636 Luxembourg, 10, rue Willy Goergen, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée **SOC.1.) S.à r.l.**, établie et ayant eu son siège social à L-**(…)**, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(…)**, déclarée en état de faillite par jugement rendu en date du 8 novembre 2000 ;

défendeur en péremption,
demandeur originaire, comparant par Maître Guillaume MARY, avocat, en remplacement de Maître Gerry OSCH, avocat, les deux demeurant à Luxembourg.

F a i t s :

I.) 93 163

Par exploit de l'huissier de justice suppléant Geoffrey GALLE, en remplacement de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg, en date du 19 janvier 2005, le demandeur a fait donner assignation à la défenderesse à comparaître le vendredi, 11 février 2005 à 9.00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, 7, rue du Saint Esprit, 1er étage, salle 1, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit exploit d'huissier ci-après reproduit :

II.) 118 045

Par exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg en date du 14 octobre 2008, la demanderesse en péremption a fait donner assignation au défendeur en péremption à comparaître le vendredi, 14 novembre 2008 à 9.00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, 7, rue du Saint Esprit, 1er étage, salle 1, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit exploit d'huissier ci-après reproduit :

L'affaire introduite par exploit d'huissier du 19 janvier 2005 fut inscrite sous le numéro 93 163 du rôle pour l'audience publique du 11 février 2005, devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale.

Après plusieurs remises, l'affaire fut mise au rôle général à l'audience publique du 12 octobre 2005 et reproduite à l'audience publique du 14 novembre 2008.

L'affaire introduite par exploit d'huissier du 14 octobre 2008 fut inscrite sous le numéro 118 045 du rôle pour l'audience publique du 14 novembre 2008, devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale.

Les deux affaires furent utilement retenues à l'audience publique du 14 janvier 2009, lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

Maître Robert LOOS donna lecture de l'assignation en péremption d'instance du 14 octobre 2008 et exposa les moyens de sa partie.

Maître Guillaume MARY, en remplacement de Maître Gerry OSCH, répliqua et exposa les moyens de sa partie.

Sur ce, le tribunal prit les affaires en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour le

j u g e m e n t q u i s u i t :

Par exploit de l'huissier de justice suppléant Geoffrey GALLE en date du 19 janvier 2005, Maître André Th. RIES, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** S.à r.l., a fait donner assignation à la société anonyme **SOC.2.)** (LUXEMBOURG) S.A., actuellement **SOC.3.)** LUXEMBOURG S.A., pour voir déclarer nulle l'admission de la créance de la partie défenderesse au passif de la faillite **SOC.1.)** S.à r.l. pour cause de dol, sinon d'erreur.

Par exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL en date du 14 octobre 2008, la société anonyme **SOC.3.)** LUXEMBOURG S.A. a fait donner assignation à Maître Fabien VERREAUX, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** S.à r.l., à comparaître devant le tribunal de ce siège pour voir déclarer périmée l'instance introduite à l'encontre de la société anonyme **SOC.3.)** LUXEMBOURG S.A. suivant exploit de l'huissier du 19 janvier 2005.

La partie demanderesse en péremption fait valoir que l'affaire principale a été enrôlée sous le numéro 93 163 du rôle devant la deuxième section du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg pour l'audience du 11 février 2005 ; qu'après plusieurs fixations, l'affaire a été mise au rôle général lors de l'audience du 12 octobre 2005 ; que depuis lors plus de trois années se sont écoulées, de sorte qu'il y aurait lieu de déclarer périmée l'instance introduite par exploit d'huissier du 19 janvier 2005.

Le mandataire du curateur de la faillite de la société **SOC.1.)** S.à r.l. soulève la nullité de l'assignation du 14 octobre 2008 au motif que la demande en péremption d'instance aurait dû être introduite par requête d'avoué à avoué et ce conformément aux dispositions de l'article 543 du Nouveau Code de procédure civile.

Cet argument est à rejeter alors qu'en matière commerciale, la demande en péremption ne peut se former que par voie d'assignation.

La prescription de l'article 543 du Nouveau Code de procédure civile prévoyant l'introduction de la demande en péremption par voie de requête d'avoué à avoué est exceptionnelle et ne joue dès lors qu'à condition qu'il y ait constitution d'avocat à la Cour, dans le chef des parties à l'instance, objet de la péremption d'instance.

La prescription ne joue pas lorsque les parties peuvent – ce qui est le cas en matière commerciale – se faire représenter légalement à l'instance par un avocat, qui n'exerce pas le ministère d'avoué (voir Cour d'appel, 4ième chambre, 7 juillet 2004, n° 28 449 du rôle ainsi que les références y citées).

En l'occurrence, le curateur de la faillite **SOC.1.)** S.à r.l., qui a introduit son instance par exploit d'huissier du 19 janvier 2005, n'a pas constitué avocat à la Cour, de sorte que la société anonyme **SOC.3.)** LUXEMBOURG S.A. a valablement introduit sa demande en péremption par voie d'assignation.

La demande en péremption d'instance est partant recevable.

Le mandataire du curateur de la faillite **SOC.1.)** S.à r.l. soutient qu'un délai de six mois doit se rajouter au délai de droit commun de trois ans au motif que Maître

André Th. RIES a été révoqué de ses fonctions suivant jugement rendu en date du 11 janvier 2008 et qu'il y a lieu à reprise d'instance par le nouveau curateur. Il en conclut que la demande est prématurée, partant irrecevable.

Il est constant en cause que Maître André Th. RIES a, suivant jugement rendu le 11 janvier 2008, été révoqué de ses fonctions de curateur et ce même jugement a nommé curateur Maître Fabien VERREAUX.

L'article 540 du Nouveau Code de procédure civile dispose que toute instance, encore qu'il n'y ait pas eu constitution d'avoué, sera éteinte par discontinuation des poursuites pendant trois ans.

Ce délai sera augmenté de six mois, dans tous les cas où il y aura lieu à demande en reprise d'instance, ou constitution de nouvel avoué.

L'augmentation du délai de la péremption n'est admise que dans les cas expressément visés par l'alinéa 2 de l'article 540 du Nouveau Code de procédure civile, dont les dispositions doivent être appliquées restrictivement. L'augmentation du délai ne doit dès lors pas être appliquée à la déclaration de faillite de l'une des parties (voir Dalloz, Répertoire de procédure civile et commerciale, tome II, verbo péremption d'instance, n° 76).

Si l'augmentation du délai de la péremption ne doit pas être appliquée à la déclaration en état de faillite, elle ne trouve sûrement pas à s'appliquer en cas de remplacement de curateur.

Le moyen tiré de l'augmentation du délai de péremption n'est pas fondé.

Le mandataire du curateur de la faillite **SOC.1.)** S.à r.l. estime que la demande n'est pas fondée compte tenu du fait qu'un certain nombre d'évènements ont valablement interrompu ce délai. Il soutient que la diligence interruptive de la péremption peut relever d'une autre instance dès lors qu'il existe entre les deux procédures un lien de dépendance direct et nécessaire. Il conclut que la révocation de Maître André Th. RIES, nécessaire pour faire avancer les opérations de la faillite, constitue un tel acte interruptif.

Si le remplacement de curateur ne fait pas augmenter le délai de droit commun de la péremption, il ne constitue pas non plus un acte interruptif de la péremption.

Le mandataire du curateur de la faillite **SOC.1.)** S.à r.l. conclut encore que la procédure introduite par exploit d'huissier du 19 janvier 2005 n'est que le corollaire d'une assignation, plus ancienne, actuellement pendante devant la 15ième section, de sorte que les diligences faites dans le cadre de cette procédure profitent indubitablement à la demande introduite le 19 janvier 2005. Par ailleurs, l'intention du curateur n'est sûrement pas de laisser tomber en désuétude la procédure dont la péremption est actuellement demandée, compte tenu du fait qu'il accomplit toutes les diligences pour faire avancer la procédure pendante devant la 15ième section, dont le sort est étroitement lié à la demande introduite le 19 janvier 2005.

Aux termes de l'article 542 du Nouveau Code de procédure civile, la péremption n'aura pas lieu de droit ; elle se couvrira par des actes valables faits par l'une ou l'autre des parties avant la demande en péremption.

La péremption repose en effet sur l'intention présumée de l'une ou de l'autre des parties de renoncer à poursuivre l'instance engagée.

Si les faits de la cause sont exclusifs de cette présomption, l'instance ne saurait être déclarée périmée. Dès lors, tout acte dénotant des diligences quelconques de la part de l'une ou de l'autre des parties pour arriver à la solution du litige et contredisant la présomption d'abandon de l'instance interrompt la péremption d'instance (voir Cour 14 novembre 1995, P. 29, 455).

Il faut attribuer force interruptive à tout acte dénotant des diligences quelconques de la part de l'une ou de l'autre des parties pour arriver à la solution du litige et contredisant la présomption d'abandon de l'instance, y compris aux actes autres que les actes de poursuite et de procédure tendant directement à l'instruction et au jugement de la cause, pour peu que ces actes soient en relation avec l'action liée en justice avec les parties (voir Cour, 26 juin 1991, P. 28, 247).

Il est constant en cause qu'une affaire est pendante entre les mêmes parties devant la 15ième section et que cette demande, introduite par exploit d'huissier du 7 novembre 2000, tend à voir annuler un contrat de franchise signé le 20 avril 1995 portant sur un « système gastronomique » dénommé « **X.)** ».

La demande introduite le 19 janvier 2005 tend à voir déclarer nulle l'admission de la créance de la société **SOC.3.)** LUXEMBOURG S.A. concernant les redevances réclamées sur base du contrat de franchise préqualifié.

Les deux demandes sont étroitement liées, de sorte qu'il appartient au mandataire du curateur de la faillite **SOC.1.)** S.à r.l. de démontrer qu'il a accompli des diligences contredisant la présomption d'abandon d'instance.

Pour ce faire, il verse une lettre qu'il a adressée en date du 26 avril 2006 aux juges de la 15ième section, qui est de la teneur suivante :

« Madame le Président, Messieurs les juges,

*concerne : Me André RIES / **SOC.2.)** LUXEMBOURG*
….. Rôle n° 87.142

*Je vous prie de bien vouloir refixer l'affaire sous rubrique à 6 mois, sinon de tenir l'affaire en suspens, alors que le procès en annulation de la déclaration de créance déposée par **SOC.2.)** n'a, à ce jour, toujours pas été vidé ».*

Il est admis qu'une demande de remise ne constitue pas, par elle-même une diligence interruptive de la péremption d'instance (voir Cass. Fr. 17.1.1990, GP 1990, 359 ; Cass. Fr. 20.3.1991, Bull. civ. II, n° 90, p. 48).

Il faut que la remise soit sollicitée à l'effet de faire progresser l'affaire (voir Cour, 14.11.1995, P. 29, 455).

En l'espèce, il est renvoyé d'une affaire à l'autre, sans qu'un acte quelconque destiné à trouver une solution au litige opposant les parties ne soit posé.

Il en résulte que le défendeur en péremption n'a pas renversé la présomption d'abandon de l'instance.

Il résulte des inscriptions figurant sur le rôle du tribunal que plus de trois ans se sont écoulés depuis la date de mise au rôle général à l'audience du 12 octobre 2005, sans qu'il ne soit intervenu un acte interrompant ou couvrant la péremption, de sorte que la demande en péremption est fondée. Il y a dès lors lieu de déclarer l'instance éteinte par discontinuation des poursuites pendant trois ans.

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

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

reçoit la demande en péremption d'instance ;

la **dit** fondée ;

partant,

déclare périmée l'instance introduite par exploit d'huissier du 19 janvier 2005 ;

condamne Maître Fabien VERREAUX, pris en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** S.à r.l., aux frais et dépens de l'instance périmée et de la demande en péremption d'instance.