

COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE

1re chambre C

ARRÊT

DU 8 FÉVRIER 2018

N° 2018/82

Rôle N° 17/01635

SAS SUPER AZUR

C/

SCI ANTEVE

Grosse délivrée

le :

à :

Me LATIL

Me CHERFILS

Décision déferée à la cour :

Ordonnance de référé rendue par le président du tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence en date du 12 janvier 2017 enregistrée au répertoire général sous le n° 16/01504.

APPELANTE

LA SAS SUPER AZUR

dont le siège social est [Adresse 1]

et encore [Adresse 2]

représentée par Me Pascale PENARROYA-LATIL de la SCP LATIL PENARROYA-LATIL, avocat au barreau d'Aix-en-Provence

assistée par Me Jean-Philippe CONFINO, avocat au barreau de Paris, plaidant

INTIMÉE

LA SCI ANTEVE

dont le siège est [Adresse 3]

représentée par Me Romain CHERFILS de la SELARL BOULAN CHERFILS IMPERATORE, avocat au barreau d'Aix-en-Provence

assistée par Me Samuel BENHAMOU, avocat au barreau de Marseille, plaidant

*_*_*_*_*

COMPOSITION DE LA COUR

L'affaire a été débattue le 19 décembre 2017 en audience publique. Conformément à l'article 785 du code de procédure civile, Madame Annie Renou, conseillère, a fait un rapport oral de l'affaire à l'audience avant les plaidoiries.

La cour était composée de :

Mme Geneviève TOUVIER, présidente

Mme Annie RENOU, conseillère

Madame Lise LEROY-GISSINGER, conseillère

qui en ont délibéré.

Greffier lors des débats : Madame Sylvie MASSOT.

Les parties ont été avisées que le prononcé de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 8 février 2018

ARRÊT

Contradictoire,

Prononcé par mise à disposition au greffe le 8 février 2018,

Signé par Mme Geneviève TOUVIER, présidente, et Madame Sylvie MASSOT, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

Par acte authentique en date du 7 juin 2001 , la SCI du Languedoc, aux droits de laquelle est venue la SCI ANTEVE, a donné à bail à la SNC ED, des locaux à usage commercial sis [Adresse 2].

La dénomination de la SNC ED a été successivement modifiée en SAS ED puis DIA FRANCE et enfin ERTECO FRANCE. La société SUPER AZUR est venue aux droits de la société ERTECO FRANCE en raison d'un apport partiel d'actifs.

Par ordonnance de référé réputée contradictoire en date du 12 janvier 2017, le juge des référés du tribunal de grande instance d'Aix en Provence a :

- condamné la SASU SUPER AZUR à payer à la SCI ANTEVE la somme provisionnelle de 40 401 euros au 27 octobre 2016 ;
- constaté la résolution du bail liant les parties au 27 novembre 2016 ;
- ordonné l'expulsion de la SASU SUPER AZUR et de tous occupants de son chef des lieux loués ;
- condamné la SASU SUPER AZUR à payer à la SCI ANTEVE la somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens qui comprendront le coût du commandement du 27 octobre 2016.

Par déclaration reçue le 25 janvier 2017, la SAS SUPER AZUR a relevé appel de l'ordonnance.

Dans ses dernières conclusions du 7 décembre 2017, elle demande à la cour :

- de la recevoir en son appel ;

- à titre principal :

- * de prononcer la nullité de l'assignation signifiée le 9 décembre 2016 par la SCI ANTEVE ;

- * d'annuler l'ordonnance rendue le 12 janvier 2017 ;

- * de dire que l'appel est privé d'effet dévolutif et qu'il n'y a en conséquence pas lieu de statuer sur le litige ;

- à titre subsidiaire, pour le cas où la cour, après avoir annulé l'ordonnance entreprise , estimerait devoir statuer sur le litige :

* de déclarer la demande de la SCI ANTEVE tendant à voir dire que le loyer est portable et non quérable , irrecevable comme étant formée pour la première fois en cause d'appel et, en tout état de cause, dire n'y avoir lieu à référé sur cette demande ;

* de dire n'y avoir lieu à référé sur les demandes de la SCI ANTEVE et de la renvoyer à mieux se pourvoir ;

- à titre subsidiaire :

* d'accorder à la société SUPER AZUR des délais rétroactifs de paiement jusqu'au 7 février 2017 ;

* de suspendre les effets de la clause résolutoire jusqu'à cette date ;

* de constater que les causes du commandement de payer du 27 octobre 2016 ont été réglées le 6 février 2017 ;

* de dire en conséquence n'y avoir lieu à acquisition de la clause résolutoire du bail ;

- à titre infiniment subsidiaire pour le cas où la cour confirmerait l'ordonnance :

* de dire et juger que la société SUPER AZUR ne pourra être condamnée au paiement d'une indemnité d'occupation qu'à compter du 27 novembre 2016 et devant correspondre au montant du loyer en cours à cette date ;

- en toute hypothèse :

* de condamner la SCI ANTEVE à verser à la SASU SUPER AZUR une indemnité de 8 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens, et d'autoriser maître PASCALE PENARROYA LATIL avocat au barreau d'Aix en Provence, à en poursuivre le recouvrement conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile ;

* de rejeter toutes prétentions fins et conclusions contraires de la SCI ANTEVE ;

* de rappeler que la présente décision est exécutoire à titre provisoire.

Dans ses dernières conclusions du 1^{er} décembre 2017, la SCI ANTEVE demande à la cour :

- de constater que l'établissement de [Localité 1] est un établissement autonome , inscrit au RCS d'Aix en Provence ;
- de constater que le litige a pour origine le bail commercial conclu par la SCI ANTEVE avec la SAS SUPER AZUR pour des locaux situés à Martigues ;
- de dire et juger que les actes de procédure concernant une société peuvent être valablement signifiés à l'adresse de l'un de ses établissements secondaires si celui-ci est l'objet du litige , peu important que cet établissement ne soit pas le siège social ;
- de dire et juger qu'il n'y a aucune violation du principe du contradictoire ;
- de débouter l'appelante de sa demande tendant au prononcé de la nullité de l'assignation ;
- de dire et juger que cette assignation est parfaite et régulière ;
- de débouter l'appelante de sa demande en annulation de l'ordonnance déferée ;
- de dire et juger que le loyer est portable et non quérable ;
- de constater que le preneur n'a pas réglé l'échéance relative au 4^{er} trimestre 2016 ;
- en conséquence, de confirmer l'ordonnance ;
- y ajoutant :

- de condamner la SASU SUPER AZUR à payer à la SCI ANTEVE à compter du 27 octobre 2016 une indemnité d'occupation équivalent au montant du loyer majoré de 10 % à compter du 27 octobre 2016 ;
- de condamner la SASU SUPER AZUR au paiement de la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens dont distraction au profit de la SELARL LEXAVOUE AIX EN PROVENCE , avocats aux offres de droit
- de dire et juger que le montant des sommes retenues par l'huissier en application de l'article 8 du décret du 25 juin 2014 portant modification de l'article 10 du décret du 12 septembre 1996 n° 96/1080 relatif au tarif des huissiers devra être supporté par la société appelante en sus de l'application de l'article 700 du code de procédure civile .

La cour se rapporte aux conclusions des parties pour un plus ample exposé des faits et de leurs moyens .

MOTIFS DE LA DECISION

Attendu que la SAS SUPER AZUR, qui n'a pas comparu en première instance , soulève en cause d'appel la nullité de l'acte introductif d'instance du 9 décembre 2016 et de la violation consécutive du principe du contradictoire au motif que l'acte n'a pas été délivré à personne, alors que cette signification était possible, mais que la signification a eu lieu à l'adresse des lieux loués alors que, selon elle :

- 'le siège social de la société SUPER AZUR est à Mondeville, ce qui était parfaitement connu de la SCI ANTEVE et de l'huissier instrumentaire de sorte que la signification à personne à l'adresse du siège était parfaitement possible ;
- aux termes du bail , la société locataire a élu domicile en son siège social ;
- le magasin de [Localité 1] n'est pas un domicile de la société SUPER AZUR au sens des articles 655 et 690 du code de procédure civile. Au sens de l'article R 123-40 du code de commerce, il s'agit d'un simple établissement complémentaire ;
- l'acte a été remis à un préposé d'une société tierce , la société MARTIGUESDIS, locataire-gérant du fonds de commerce exploité dans les lieux loués, ce que l'huissier n'a pas manqué de constater, et alors que cette personne , pas plus que la société MARTIGUESDIS, n'avait le pouvoir de représenter la société SUPER AZUR ou de l'engager à l'égard des tiers ;

- le conseil habituel de la société SUPER AZUR n'a pas été informé de cette assignation par la société ANTEVE , dont le gérant est avocat au barreau de Marseille, alors même qu'il était connu de la SCI ANTEVE dans le cadre de la procédure parallèle de fixation judiciaire du loyer du bail renouvelé' ;

Attendu que l'assignation en référé devant le président du tribunal de grande instance d'Aix en Provence , ayant donné lieu à l'ordonnance critiquée, a été délivrée le 9 décembre 2016 'à la société SUPER AZUR, SASU, dont le siège social est [Adresse 1] et prise en son établissement sis [Adresse 2], et ce par remise à domicile du destinataire, à monsieur [K] [C], en sa qualité d'employé de la SARL MARTIGUESDIS, ainsi déclaré, personne présente qui a accepté de recevoir l'acte' ;

Attendu qu'aux termes de l'article 654 du code de procédure civile, 'la signification à une personne morale est faite à personne lorsque l'acte est délivré à son représentant légal, à un fondé de pouvoir de ce dernier, ou à toute autre personne habilitée à cet effet' ;

Que l'article 655 du même code dispose que , 'si la signification à personne s'avère impossible, l'acte peut-être délivré soit à domicile, soit, à défaut de domicile connu, à résidence' ;

Qu'enfin, l'article 690 du même code dispose que 'la notification destinée à une personne morale de droit privé est faite au lieu de son établissement ; à défaut d'un tel lieu, elle l'est en la personne de l'un de ses membres habilité à la recevoir' ;

Attendu qu'en l'espèce, il est constant que le bail commercial liant les parties stipule que 'pour l'exécution des présentes et de leurs suites, les parties font élection de domicile savoir, le bailleur en son siège social et le preneur en son siège social' ;

Que le siège social de la SASU SUPER AZUR, est, au vu du registre du commerce et des sociétés (RCS), route de Paris, Zone Industrielle, à Mondeville ;

Que l'acte du 9 décembre 2016 n'a pas été délivré au siège social, la mention du bail commercial liant pourtant les parties ;

Attendu que l'acte a été remis à l'établissement sis [Adresse 2] ; que la SCI ANTIBES soutient que ce lieu correspond à un établissement secondaire de la SAS SUPER AZUR et que, par suite, l'assignation est régulière ;

Attendu que, certes, les extraits Kbis joints au dossier montrent que , concernant les Bouches du Rhône, la société

appelante a un établissement secondaire [Adresse 4] et 'd'autres établissements dans le ressort du greffe du tribunal de commerce d'Aix en Provence' et notamment l'établissement objet du bail commercial avec la SCI ANTEVE sis [Adresse 2] ;

Que ce dernier établissement, selon l'appelante, n'est pas un établissement au sens de l'article 690 susvisé ;

Attendu que , selon l'article 123-40 du code de commerce , 'est un établissement secondaire au sens de la présente section tout établissement permanent , distinct du siège social ou de l'établissement principal et dirigé par la personne tenue à l'immatriculation , un préposé ou une personne ayant le pouvoir de lier des rapports juridiques avec des tiers' ;

Attendu qu'un établissement complémentaire , tel que celui de la cause , peut être un établissement secondaire au sens de l'article 123-40 , à condition qu'il remplisse les conditions requises par ce texte ;

Attendu toutefois que l'établissement en question a été donné en location- gérance à la société MARTIGUESDIS par la société SUPER AZUR à effet du 1^{er} décembre 2016 , avec publication au BODACC des 21 et 22 novembre 2016, soit antérieurement à l'assignation critiquée ;

Qu'il en résulte qu'il ne pouvait plus être considéré comme un établissement secondaire au sens de l'article R 123-40 du code du commerce et que le changement de situation était opposable à la SCI ANTEVE et à l'huissier instrumentaire du fait de sa publication antérieure au BODACC ;

Que la théorie des gares principales ne pouvait donc plus s'appliquer à lui et que , par conséquent, l'assignation ne peut être considérée comme ayant été remise à l'établissement de la société appelante au sens de l'article 590 du code de procédure civile ;

Attendu qu'elle ne peut davantage être considérée comme ayant été faite à la personne de l'un des membres de la société appelante habilité à la recevoir ;

Qu'en effet, il ressort des pièces du dossier qu'au moment où il a reçu copie de l'acte , monsieur [K] était salarié non de l'appelante mais de son locataire-gérant , la société MARTIGUESDIS ; qu'il ne représentait donc pas la société SUPER AZUR puisque précisément , comme le soutient la société ANTEVE pour en tirer une conséquence erronée , le transfert des salariés de l'article 1224 du code du travail entraîne la perte du lien de préposé qui existait au préalable entre la société SUPER AZUR et monsieur [K] qui, devenant salarié de la société MARTIGUESDIS, n'avait plus aucun titre à recevoir un acte au nom d'une société avec laquelle il n'avait plus aucun lien de droit ;

Attendu que peu importe que l'acte ait été délivré à l'adresse du bail commercial dès lors d'une part que cette adresse ne répond pas aux exigences des textes susvisés et d'autre part que toutes les activités exercées par le locataire à bail commercial en exploitation directe ont été transférées au locataire gérant, ce qui, pour autant, ne retire pas le pouvoir du locataire à bail commercial de négocier le prix du bail, sauf clause contraire figurant dans le contrat de location-gérance, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ;

Attendu que le fait que l'enseigne n'ait pas été modifiée n'a aucune incidence sur la réalité juridique, de même que le fait que, dans son assignation ou dans sa déclaration d'appel, la société SUPER AZUR se soit domiciliée au [Adresse 2] dès lors que l'acte introductif d'instance porte au premier chef le lieu du siège social et que la déclaration d'appel ne fait que reprendre les mentions de l'ordonnance critiquée ;

Que par ailleurs, sur ce point l'arrêt de la deuxième chambre civile de la cour de cassation en date du 8 mars 2006 dont se prévaut l'intimée ne permet pas de dire que dès lors qu'une partie se domicilie à une adresse, la signification faite à cette adresse est nécessairement valable ; que la décision de la cour de cassation se contente de dire que, dès lors que l'huissier a fait les vérifications nécessaires concernant la réalité de cette adresse, l'acte est valable ;

Qu'il sera rappelé en l'espèce qu'au premier chef l'adresse indiquée était celle du siège social de l'appelante qui correspondait à son élection de domicile dans son bail et qu'aucune diligence n'a été faite à cette adresse ;

Que, de seconde part, l'acte a été signifié à domicile, soit à un établissement secondaire qui n'en était plus un ;

Que, de troisième part, l'acte a été remis à une personne qui n'avait absolument aucune qualité pour le recevoir ;

Qu'il en résulte que l'assignation du 9 décembre 2016 est nulle et de nul effet ;

Que, s'agissant d'une nullité de forme, elle ne peut être prononcée, aux termes de l'article 114 du code de procédure civile, qu'à charge pour celui qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité ;

Attendu qu'il est constant que l'acte a été délivré le 9 décembre 2016 pour une audience du 20 décembre 2016 à une adresse qui n'avait pas les caractéristiques d'un établissement secondaire et à une personne non habilitée ; qu'il en ressort que la société SUPER AZUR, qui n'a d'ailleurs pas comparu en première instance, n'a pas eu le temps de préparer sa défense, et ce d'autant moins qu'il n'apparaît pas que l'avocat de la SCI ANTEVE ait avisé son confrère de l'action qu'il engageait devant le juge des référés ; que le principe du contradictoire n'a donc pas été respecté et que la nullité est par conséquent encourue ;

Attendu que la nullité de l'acte introductif d'instance entraîne celle de l'ordonnance déferée ;

Attendu qu'en application de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 562 du code de procédure civile, lorsque l'appel tend à l'annulation de la décision de première instance , la cour d'appel ne peut statuer lorsque l'appelant n'a pas conclu au fond à titre principal mais seulement à titre subsidiaire ;

Qu'il en ressort que l'effet dévolutif de l'appel n'a pu jouer en l'espèce, l'appelant n'ayant conclu au fond qu'à titre subsidiaire ;

Que la présente cour ne peut donc aller plus avant que de prononcer la nullité de l'assignation du 9 décembre 2016 et de l'ordonnance subséquente ;

Attendu qu'il ne paraît pas inéquitable de condamner la SCI ANTEVE à payer à la SAS SUPER AZUR la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et de laisser à la charge de la SCI ANTEVE ses propres frais irrépétibles ;

PAR CES MOTIFS

LA COUR ,

PRONONCE la nullité de l'acte introductif d'instance en date du 9 décembre 2016 ;

ANNULE par voie de conséquence l'ordonnance déferée ;

DIT n'y avoir lieu d'évoquer l'affaire au fond ;

CONDAMNE la SCI ANTEVE à payer à la société SUPER AZUR la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

DEBOUTE la SCI ANTEVE de sa demande en remboursement de frais irrépétibles ;

CONDAMNE la SCI ANTEVE aux entiers dépens et autorise maître Pascale PENARROYA-LATIL , avocat au barreau d'Aix en Provence , à en poursuivre le recouvrement conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Le greffier, La présidente,