Texte de la **décision**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 3 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société monégasque Y...& X...Shipping services (« Y...»), représentée par M. Z..., bénéficiaire d'une délégation de pouvoirs du président délégué du conseil d'administration, a assigné devant la juridiction consulaire les sociétés Macandrews et Macandrews Cruises France en résolution du contrat de cession de fonds de commerce exploité par la société Macandrews Cruises France dont elle s'était porté acquéreur ;

Attendu que, pour dire que la nullité de l'assignation introductive d'instance n'avait pas été couverte par les conclusions du 21 mai 2008 prises par la SA Y...& X...Shipping services représentée par M. Z... en vertu d'une délégation de pouvoir de M. X..., ès qualités du 25 octobre 2006, l'arrêt retient qu'il ne s'infère pas du fait que M. X...dispose d'une délégation de pouvoir du conseil d'administration pour constituer tous mandataires aux fins d'exécuter les décisions dudit conseil d'administration, qu'il bénéficie lui-même d'un pouvoir général ou spécial d'engager toutes actions en justice, ce en vertu des statuts de la société qui ne sont pas produits ou de la loi monégasque en la matière ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les juges du fond ne peuvent se borner à déclarer applicable le droit étranger sans préciser les dispositions qu'ils en retiennent, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 23 mai 2013, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nîmes ;

Condamne la société Macandrews et la société Macandrews Cruises France aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du quatorze janvier deux mille quinze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Célice, Blancpain et Soltner, avocat aux Conseils, pour la société Y...& X...Shipping services

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué D'AVOIR déclaré nulle l'assignation introductive d'instance du 20 décembre 2007 signifiée à la requête de la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES représentée par Monsieur Maurice Z... en vertu d'une délégation de pouvoir de Monsieur Augusto X...ès qualités du 25 octobre 2006, D'AVOIR dit que la nullité n'avait pas été couverte par les conclusions du 21 mai 2008 prises par la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES représentée par Monsieur Maurice Z... en vertu d'une délégation de pouvoir de Monsieur Augusto X...ès qualités du 25 octobre 2006, et D'AVOIR débouté la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES de toutes ses demandes, fins et conclusions à l'égard de la SA MACANDREWS et de la SAS MACANDREWS CRUISES FRANCE,

AUX MOTIFS QUE « Sur la validité de l'assignation introductive d'instance et sa régularisation par conclusions : (¿) L'assignation du 20 décembre 2007 : Aux termes de l'article 117 du code de procédure civile : " Constituent des irrégularités de fond affectant la validité de l'acte : Le défaut de capacité d'ester en justice ; Le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice ; Le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice. " Selon l'article 119, les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure doivent être accueillies sans que celui qui les invoque ait à justifier d'un grief. Monsieur Augusto X...a été désigné président du conseil d'administration de la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES avec délégation de pouvoirs suivant décision du conseil d'administration du 7 mai 2006 ayant fait l'objet d'une demande d'inscription modificative au répertoire du commerce et de l'industrie de Monaco du 13 juin 2006. La SA MACANDREWS et la SOCIETE MEDOV ont signé le 13 octobre 2006 un protocole d'accord (heads of agreement) par lequel elles se sont engagées notamment à officialiser avant le 15 novembre 2006 la cession à la SOCIETE MEDOV des actifs incorporels de la SAS MACANDREWS CRUISES FRANCE et de 97 % du capital social de la SOCIETE MONACO MARITIME, ce moyennant le prix de 350 000 euros incluant les 3 % des actions de la SOCIETE MONACO MARITIME détenus par des tiers, les parties convenant que la cession prendra effet le 31 décembre 2006. Le 25 octobre 2006, monsieur Augusto X...agissant en qualité de président du conseil d'administration de la société anonyme monégasque SA Y...& X...SHIPPING SERVICES, filiale de la SOCIETE MEDOV, a établi une délégation de pouvoir au profit de monsieur Maurice Z... dans les termes suivants : " En vertu de la faculté qui ni'est donnée de constituer tous mandataires, Et dans le but d'exécuter les décisions du conseil d'administration tenu ce jour, Donne par la présente tous pouvoirs à M. Maurice Z... né le 25 janvier 1949 à Paris, demeurant ...à Menton, afin de représenter et d'agir pour le compte de la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES afin de reprendre les engagements de la SRL MEDOV via Scarsellini 119 à Gênes en Italie, dans le contrat HEADS OF AGREEMENT signé par cette dernière en date du 13 octobre avec la société MACANDREWS SA, colle Bertendona 4, Bilbao en Espagne, qui consiste essentiellement en l'engagement d'achat d'un fonds de commerce en France et d'une société monégasque appartenant à MACANDREWS Cruise France à Marseille, contre paiement d'une somme de 350 000 euros, et de signer tous les documents engageant notre société qui en découleront. Pour la société monégasque, l'engagement de Y...& X...SHIPPING SERVICES pourra être limitée à 80 % des actions. Fait à Monaco le 26 octobre 2006. " Trois contrats ont ainsi été conclus le 22 novembre 2006 entre la SAS MACANDREWS CRUISES FRANCE et la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES " représentée par monsieur Maurice Z..., en sa qualité de mandataire agréé par monsieur Augusto X...es qualités le 25 octobre 2006 ", dont un contrat portant sur la vente du fonds de commerce de la SAS MACANDREWS CRUISES FRANCE. Par acte du 20 décembre 2007, la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES représentée par monsieur Maurice Z... en vertu de la délégation de pouvoirs signée par monsieur Augusto X...es qualités le 25 octobre 2006, a fait assigner la SAS MACANDREWS CRUISES FRANCE devant le Tribunal de Commerce de Marseille aux fins de voir prononcer la résolution du contrat de vente du fonds de commerce du 22 novembre 2006 ou subsidiairement sa nullité. Selon l'article 1984 du code civil, le mandat est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Selon l'article 1987, il est ou spécial et pour une affaire ou pour certaines affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires du mandant. Le mandat donné par monsieur Augusto X...es qualités à monsieur Maurice Z... le 26 octobre 2006 s'analyse en un mandat spécial pour signer les actes d'acquisition du fonds de commerce de la SAS MACANDREWS CRUISES FRANCE et de la SOCIETE MONACO MARITIME et signer tous documents en découlant, ce conformément aux décisions du conseil d'administration de la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES. Les circonstances de la cause et les termes du mandat ne permettent de l'analyser ni comme un pouvoir général d'ester en justice ni comme un pouvoir spécial d'ester en justice dans le cadre de la cession du fonds de commerce. Le pouvoir donné le 13 décembre 2007 à monsieur Maurice Z... par la SOCIETE MEDOV pour la représenter dans " l'action en justice contre MACANDREWS SA et MACANDREWS CRUISES FRANCE " est inopérant dès lors que la SOCIETE MEDOV n'est pas partie à l'instance et que la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES quoique filiale de cette dernière, est une personne morale distincte. Monsieur Maurice Z... étant dépourvu du pouvoir de représenter la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES lors de l'introduction de l'instance par l'assignation du 20 décembre 2007, la validité de l'acte est affectée d'une irrégularité de fond. Les conclusions du 21 mai 2008 : Aux termes de l'article 12. 1 du code de procédure civile : " Dans les cas où elle est susceptible d'être couverte, la nullité ne sera pas prononcée si sa cause a disparu au moment où le juge statue. " Par conclusions du 21 mai 2008, la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES " prise en la personne de monsieur Maurice Z... par suite des pouvoirs qui lui ont été conférés le 25 octobre 2006 par monsieur Augusto X..., Président délégué, domicilié ès qualités audit siège " a demandé à titre subsidiaire au Tribunal de Commerce dans l'hypothèse où le pouvoir du 25 octobre 2006 ne serait pas validé comme pouvoir d'ester en justice, de :

" Donner acte de la reprise d'instance par monsieur Augusto X..., Président délégué de la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES

agissant ès qualités ". Il ne s'infère pas du fait que monsieur Augusto X...dispose d'une délégation de pouvoir du conseil d'administration pour constituer tous mandataires aux fins d'exécuter les décisions dudit conseil d'administration, qu'il bénéficie lui-même d'un pouvoir général ou spécial d'engager toutes actions en justice, ce en vertu des statuts de la société qui ne sont pas produits ou de la loi monégasque en la matière. En tout état de cause, l'irrégularité de fond affectant l'assignation délivrée par une personne dépourvue de pouvoir pour représenter la personne morale concernée ne peut être couverte par des conclusions prises par la même personne se prévalant du même mandat quelle que soit la teneur des conclusions. En l'espèce, les conclusions du 21 mai 2008 ne sont pas susceptibles de couvrir la nullité de fond dont l'assignation introductive d'instance est entachée dès lors qu'elles ont été prises par la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES représentée par monsieur Maurice Z... dépourvu de pouvoir pour représenter la société en justice et donc prendre des conclusions en son nom. Il convient en conséquence d'infirmer le jugement déféré du 28 avril 2010 en ce qu'il a déclaré l'assignation valable et les demandes recevables comme non prescrites, ainsi que le jugement du 7 septembre 2011 en ce qu'il a statué au fond, de déclarer nulle l'assignation introductive d'instance du 20 décembre 2007, et de débouter la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES en toutes ses demande » ;

1°) ALORS QUE lorsque l'issue du litige suppose la mise en oeuvre d'une loi étrangère, il incombe au juge français, avec le concours des parties et le cas échéant personnellement, d'en rechercher le contenu exact afin d'en faire application ; que pour juger que l'irrégularité affectant l'assignation délivrée le 20 décembre 2007 par la société anonyme monégasque Y..., tirée du défaut de pouvoir de Monsieur Z..., désigné dans cet acte comme son représentant, n'avait pas été couverte par les conclusions déposées le 21 mai 2008 par la société Y...aux termes desquelles elle déclarait agir par l'intermédiaire de son Président délégué Monsieur X..., lequel indiquait reprendre l'instance et maintenir toutes demandes, fins et conclusions formulées dans l'assignation, la Cour d'appel a retenu qu'il ne s'inférait pas du fait que Monsieur X...(dont elle a constaté qu'il avait « été désigné président du conseil d'administration de la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES avec délégation de pouvoirs suivant décision du conseil d'administration du 7 mai 2006 ») dispose d'une délégation de pouvoir du conseil d'administration de la société Y...pour constituer tous mandataires, qu'il bénéficiait lui-même d'un pouvoir général ou spécial d'engager toutes actions en justice, ce en vertu des statuts de la société qui n'étaient pas produits ou de la loi monégasque en la matière ; qu'en statuant de la sorte, quand il lui incombait de rechercher, au besoin d'office, le contenu de la loi monégasque quant aux pouvoirs de représentation du président délégué d'une société régie par le droit de cet Etat, la Cour d'appel a violé les articles 3 du code civil et 12 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE la société Y...versait aux débats une décision du Tribunal de première instance de MONACO en date du 11 juillet 1985 jugeant que l'administrateur délégué d'une société anonyme monégasque avait le pouvoir de représenter la société en justice ; qu'elle se prévalait de ce jugement dans ses conclusions (page 15) dont il résultait que Monsieur X..., en qualité de Président délégué de la société Y..., disposait des pouvoirs pour représenter cette société devant les juridictions françaises et reprendre l'instance au nom de cette dernière ; qu'en jugeant qu'il ne s'inférait pas du fait que Monsieur X...dispose d'une délégation de pouvoir du conseil d'administration de la société Y...pour constituer tous mandataires, qu'il bénéficiait lui-même d'un pouvoir général ou spécial d'engager toutes actions en justice, ce en vertu des statuts de la société qui n'étaient pas produits ou de la loi monégasque en la matière, sans répondre au moyen de la société Y...faisant valoir qu'il résultait de la jurisprudence monégasque que le président délégué d'une société anonyme monégasque avait qualité pour représenter la société en justice, ni analyser la jurisprudence régulièrement versée aux débats, la Cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QUE l'identification de la personne représentant en justice une personne morale peut résulter de toute mention contenue dans les conclusions déposées au nom de la personne morale en cause ; qu'en l'espèce, aux termes de conclusions en date du 21 mai 2008, la société Y...soutenait à titre principal être valablement représentée par Monsieur Z..., désigné comme son représentant dans l'acte introductif d'instance du 20 décembre 2007 ; qu'à titre subsidiaire, « si par extraordinaire la juridiction saisie ne devait pas valider les pouvoirs conférés à M. Maurice Z... », elle indiquait « désigner M. Augusto X..., Président délégué de la société anonyme monégasque Y...& X...Shipping Services, en tant que représentant légal, agissant ès qualités aux fins de reprise de l'instance en cours », Monsieur X...déclarant « reprendre l'instance initialement introduite au nom de la société Y...aux termes de l'assignation du 20 décembre 2007, laquelle maintient ainsi l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions sur tous les fondements du droit commun non prescrits à ce jour » (conclusions du 21 mai 2008, pages 10 et 11) ; qu'il résultait des termes de ces conclusions que la société Y..., agissant par l'intermédiaire de son représentant légal Monsieur X..., entendait, à titre subsidiaire, reprendre l'instance engagée par Monsieur Z... selon assignation du 20 décembre 2007, s'il devait être jugé que ce dernier était

dépourvu de pouvoir de représentation de la société ; qu'en jugeant néanmoins que les conclusions du 21 mai 2008 n'avaient pas pu couvrir l'irrégularité affectant l'assignation délivrée le 20 décembre 2007, dans la mesure où elles étaient prises par la société Y...représentée par Monsieur Z..., lequel était dépourvu de pouvoir pour représenter cette société, la Cour d'appel a violé les articles 117 et 121 du code de procédure civile et 1134 du code civil ;

4°) ALORS QU'aux termes de ses conclusions du 21 mai 2008, la société Y...soutenait à titre principal être valablement représentée par Monsieur Z..., agissant en vertu d'une délégation de pouvoir délivrée le 26 octobre 2006 par Monsieur X..., Président délégué de la société ; qu'elle demandait à titre subsidiaire, « si par extraordinaire la juridiction saisie ne devait pas valider les pouvoirs conférés à M. Maurice Z... », qu'il soit fait droit « à la demande de régularisation de la concluante qui entend désigner M. Augusto X..., Président délégué de la société anonyme monégasque Y...& X...Shipping Services, en tant que représentant légal, agissant ès qualités aux fins de reprise de l'instance en cours », Monsieur X...déclarant « reprendre l'instance initialement introduite au nom de la société Y...aux termes de l'assignation du 20 décembre 2007, laquelle maintient ainsi l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions sur tous les fondements du droit commun non prescrits à ce jour » (conclusions du 21 mai 2008, pages 10 et 11) ; qu'en retenant néanmoins que les conclusions du 21 mai 2008 avaient été prises par la société Y...représentée par Monsieur Z..., la Cour d'appel a dénaturé ces écritures, violant ainsi les articles 4 et 5 du code de procédure civile, ensemble le principe selon lequel les juges ne doivent pas dénaturer les documents de la cause ;

5°) ALORS, SUBSIDIAIREMENT, QUE l'erreur de désignation du représentant d'une personne morale dans un acte de procédure, lorsque cette mention est prévue à peine de nullité, ne constitue qu'un vice de forme qui n'entache la validité de l'acte qu'au cas où elle cause un grief aux autres parties ; que si la première page des conclusions déposées par la société Y...le 21 mai 2008 mentionnait que cette société était représentée par « Monsieur Maurice Z... », il résultait du corps de ces écritures (pages 10 et 11) que la société Y...demandait à titre subsidiaire, « si par extraordinaire la juridiction saisie ne devait pas valider les pouvoirs conférés à M. Maurice Z... », qu'il soit fait droit « à la demande de régularisation de la concluante qui entend désigner M. Augusto X..., Président délégué de la société anonyme monégasque Y...& X...Shipping Services, en tant que représentant légal, agissant ès qualités aux fins de reprise de l'instance en cours » ; qu'en jugeant néanmoins que ces conclusions n'étaient pas susceptibles de couvrir la nullité de fond dont l'assignation introductive d'instance était entachée dès lors qu'elles avaient été prises par la SA Y...représentée par monsieur Maurice Z..., lequel était dépourvu de pouvoir pour représenter la société en justice et donc prendre des conclusions en son nom, sans rechercher si l'absence de désignation de Monsieur X...en qualité de représentant de la société Y..., en première page des conclusions prises le 21 mai 2008, ne constituait pas une simple erreur matérielle constitutive d'un vice de forme, insusceptible d'affecter la validité de ces écritures sauf à ce que les sociétés MACANDREWS et MACANDREWS CRUISES FRANCE justifient d'un grief que leur aurait causé ce vice, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 114, 117 et 121 du code de procédure civile.

SECOND MOYEN DE CASSATION (subsidiaire)

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué, après AVOIR déclaré nulle l'assignation introductive d'instance du 20 décembre 2007 signifiée à la requête de la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES représentée par Monsieur Maurice Z... en vertu d'une délégation de pouvoir de Monsieur Augusto X...ès qualités du 25 octobre 2006, et AVOIR dit que la nullité n'avait pas été couverte par les conclusions du 21 mai 2008 prises par la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES représentée par Monsieur Maurice Z... en vertu d'une délégation de pouvoir de Monsieur Augusto X...ès qualités du 25 octobre 2006, D'AVOIR débouté la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES de toutes ses demandes, fins et conclusions à l'égard de la SA MACANDREWS et de la SAS MACANDREWS CRUISES FRANCE, AUX MOTIFS QUE « Sur la validité de l'assignation introductive d'instance et sa régularisation par conclusions : La SA MACANDREWS et la SAS MACANDREWS CRUISES FRANCE soutiennent que l'assignation introductive d'instance délivrée le 20 décembre 2007 par la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES représentée par monsieur Maurice Z... en vertu d'une délégation de pouvoir du 25 octobre 2006 signée par monsieur Augusto X..., président délégué de la société, est entachée d'une irrégularité de fond affectant la validité de l'acte en l'absence de pouvoir régulier de son représentant en ce que :- Monsieur Maurice Z... ne disposait pas d'un pouvoir valable pour représenter la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES en justice, la délégation de pouvoir du 25 octobre 2006 ne pouvant être considérée comme telle au regard de sa rédaction,- le pouvoir d'ester en justice donné par la société MEDOV à Monsieur

Maurice Z... le 13 décembre 2007 est inopérant dès lors que la société MEDOV n'est pas partie à la présente procédure- l'intention de donner mandat ne suffit pas à caractériser l'existence d'un mandat,- l'irrégularité de fond affectant une assignation portant sur une action encadrée dans un délai qui en l'espèce est de un an à compter de la prise de possession du fonds de commerce, ne peut être couverte après l'expiration de ce délai de sorte que la tentative de régularisation de l'assignation du 20 décembre 2007 par des conclusions du 21 mai 2008 faisant intervenir le président délégué de la SA Y...&

X...SHIPPING SERVICES monsieur Auguste X...est tardive,- la reprise d'instance par monsieur Augusto X...es qualités n'est pas de nature à régulariser la cause de nullité de l'assignation du 20 décembre 2007 dès lors qu'il ne justifie pas d'un pouvoir spécial l'y autorisant,- il appartient à la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES qui allègue qu'en droit monégasque, le président administrateur délégué d'une société a le pouvoir de la représenter en justice, de faire la preuve de la loi étrangère dont elle se prévaut,- en tout état de cause, il résulte de la jurisprudence française que le représentant d'une société étrangère doit justifier d'un pouvoir ad hoc pour engager une action en justice au nom de la société,- enfin, la demande de régularisation de l'assignation formulée par voie de conclusions par la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES " prise en la personne de monsieur Maurice Z... par suite des pouvoirs qui lui ont été conférés le 25 octobre 2006 par monsieur Augusto X..., président délégué " lequel est dépourvu de qualité, n'est pas recevable. La SA Y...& X...SHIPPING SERVICES conclut à la validité, de l'assignation et à la recevabilité de ses demandes en exposant les moyens suivants :- la capacité de monsieur Maurice Z.... de représenter et d'agir pour le compte de la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES ressort des circonstances de la cause et des termes du mandat,- par application de la liberté de la preuve en matière commerciale, la preuve de l'étendue du mandat peut être rapportée par tout moyen et le juge doit rechercher l'intention des parties et en particulier du représenté,- le mandataire est implicitement autorisé à faire tous les actes juridiques qui constituent un préliminaire obligatoire ou une conséquence nécessaire de l'affaire à laquelle le mandat s'applique et qui se trouvent virtuellement comprises dans ce mandat,- il ne fait aucun doute que monsieur Maurice Z... qui avait le pouvoir d'engager la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES dans le cadre de l'acte de cession de fonds de commerce, disposait des mêmes pouvoirs pour agir en justice pour faire valoir les causes de nullité pouvant affecter l'acte de cession.- préalablement à l'assignation, la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES et la société MEDOV ont justifié des pouvoirs conférés à monsieur Maurice Z... par deux documents datés des 13 et 14 décembre 2006,- l'intention commune des parties de voir monsieur Maurice Z... représenter la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES dans le cadre de la présente instance conformément à la volonté exprimée par monsieur Augusto X...résulte des circonstances de la cause,- en tout état de cause, la procédure a été reprise par monsieur Augusto X...en qualité de représentant légal de la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES par voie de conclusions déposées le 21 mai 2008 devant le Tribunal de Commerce de Marseille,- contrairement à ce que prétendent les intimés, le représentant légal d'une société étrangère n'a pas à justifier d'un pouvoir ad hoc pour engager une action au nom de la société devant les juridictions françaises,- en droit monégasque, c'est le président administrateur délégué d'une société anonyme qui a le pouvoir de la représenter en justice, ainsi qu'il résulte de la jurisprudence française et monégasque de sorte que monsieur Augusto X...avait le pouvoir de reprendre l'instance en son nom,- à la date de la reprise d'instance par monsieur Augusto X..., l'action en nullité du contrat de vente fondé sur le vice du consentement et l'action en garantie des vices cachés, qui se prescrivent respectivement par cinq ans et par deux ans, n'étaient pas prescrites,- la date de prise de possession du fonds de commerce figurant à l'acte de vente est le 1er janvier 2007 de sorte que l'action spécifique en garantie à raison de l'inexactitude des mentions obligatoires visées par les articles L 141-1 et L 141-2 du code de commerce n'était pas prescrite à la date de l'assignation du 20 décembre 2007. L'assignation du 20 décembre 2007 : Aux termes de l'article 117 du code de procédure civile : " Constituent des irrégularités de fonds affectant la validité de l'acte : Le défaut de capacité d'ester en justice ; Le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice ; Le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice. " Selon l'article 119, les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure doivent être accueillies sans que celui qui les invoque ait à justifier d'un grief. Monsieur Augusto X...a été désigné président du conseil d'administration de la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES avec délégation de pouvoirs suivant décision du conseil d'administration du 7 mai 2006 ayant fait l'objet d'une demande d'inscription modificative au répertoire du commerce et de l'industrie de Monaco du 13 juin 2006. La SA MACANDREWS et la SOCIETE MEDOV ont signé le 13 octobre 2006 un protocole d'accord (heads of agreement) par lequel elles se sont engagées notamment à officialiser avant le 15 novembre 2006 la cession à la SOCIETE MEDOV des actifs incorporels de la SAS MACANDREWS CRUISES FRANCE et de 97 % du capital social de la SOCIETE MONACO MARITIME, ce moyennant le prix de 350 000 euros incluant les 3 % des actions de la SOCIETE MONACO MARITIME détenus par des tiers, les parties

convenant que la cession prendra effet le 31 décembre 2006. Le 25 octobre 2006, monsieur Augusto X...agissant en qualité de président du conseil d'administration de la société anonyme monégasque SA Y...& X...SHIPPING SERVICES, filiale de la SOCIETE MEDOV, a établi une délégation de pouvoir au profit de monsieur Maurice Z... dans les termes suivants : " En vertu de la faculté qui m'est donnée de constituer tous mandataires, Et dans le but d'exécuter les décisions du conseil d'administration tenu ce jour, Donne par la présente tous pouvoirs à M. Maurice Z... né le 25 janvier 1949 à Paris, demeurant ...à Menton, afin de représenter et d'agir pour le compte de la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES afin de reprendre les engagements de la SRL MEDOV via Scarsellini 119 à Gênes en Italie, dans le contrat HEADS OF AGREEMENT signé par cette dernière en date du 13 octobre avec la société MACANDREWS SA, colle Bertendona 4, Bilbao en espagne, qui consiste essentiellement en l'engagement d'achat d'un fonds de commerce en France et d'une société monégasque appartenant à MACANDREWS Cruise France à Marseille, contre paiement d'une somme de 350 000 euros, et de signer tous les documents engageant notre société qui en découleront. Pour la société monégasque, l'engagement de Y...& X...SHIPPING SERVICES pourra être limitée à 80 % des actions. Fait à Monaco le 26 octobre 2006. " Trois contrats ont ainsi été conclus le 22 novembre 2006 entre la SAS MACANDREWS CRUISES FRANCE et la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES " représentée par monsieur Maurice Z..., en sa qualité de mandataire agréé par monsieur Augusto X...es qualités le 25 octobre 2006 ", dont un contrat portant sur la vente du fonds de commerce de la SAS MACANDREWS CRUISES FRANCE. Par acte du 20 décembre 2007, la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES représentée par monsieur Maurice Z... en vertu de la délégation de pouvoirs signée par monsieur Augusto X...es qualités le 25 octobre 2006, a fait assigner la SAS MACANDREWS CRUISES FRANCE devant le Tribunal de Commerce de Marseille aux fins de voir prononcer la résolution du contrat de vente du fonds de commerce du 22 novembre 2006 ou subsidiairement sa nullité. Selon l'article 1984 du code civil, le mandat est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Selon l'article 1987, il est ou spécial et pour une affaire ou pour certaines affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires du mandant. Le mandat donné par monsieur Augusto X...es qualités à monsieur Maurice Z... le 26 octobre 2006 s'analyse en un mandat spécial pour signer les actes d'acquisition du fonds de commerce de la SAS MACANDREWS CRUISES FRANCE et de la SOCIETE MONACO MARITIME et signer tous documents en découlant, ce conformément aux décisions du conseil d'administration de la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES. Les circonstances de la cause et les termes du mandat ne permettent de l'analyser ni comme un pouvoir général d'ester en justice ni comme un pouvoir spécial d'ester en justice dans le cadre de la cession du fonds de commerce. Le pouvoir donné le 13 décembre 2007 à monsieur Maurice Z... par la SOCIETE MEDOV pour la représenter dans " l'action en justice contre MACANDREWS SA et MACANDREWS CRUISES FRANCE " est inopérant dès lors que la SOCIETE MEDOV n'est pas partie à l'instance et que la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES quoique filiale de cette dernière, est une personne morale distincte. Monsieur Maurice Z... étant dépourvu du pouvoir de représenter la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES lors de l'introduction de l'instance par l'assignation du 20 décembre 2007, la validité de l'acte est affectée d'une irrégularité de fond. Les conclusions du 21 mai 2008 : Aux termes de l'article 121 du code de procédure civile : " Dans les cas où elle est susceptible d'être couverte, la nullité ne sera pas prononcée si sa cause a disparu au moment où le juge statue. " Par conclusions du 21 mai 2008, la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES " prise en la personne de monsieur Maurice Z... par suite des pouvoirs qui lui ont été conférés le 25 octobre 2006 par monsieur Augusto X..., Président délégué, domicilié es qualités audit siège " a demandé à titre subsidiaire au Tribunal de Commerce dans l'hypothèse où le pouvoir du 25 octobre 2006 ne serait pas validé comme pouvoir d'ester en justice, de :

" Donner acte de la reprise d'instance par monsieur Augusto X..., Président délégué de la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES agissant es qualités ". Il ne s'infère pas du fait que monsieur Augusto X...dispose d'une délégation de pouvoir du conseil d'administration pour constituer tous mandataires aux fins d'exécuter les décisions dudit conseil d'administration, qu'il bénéficie lui-même d'un pouvoir général ou spécial d'engager toutes actions en justice, ce en vertu des statuts de la société qui ne sont pas produits ou de la loi monégasque en la matière. En tout état de cause, l'irrégularité de fond affectant l'assignation délivrée par une personne dépourvue de pouvoir pour représenter la personne morale concernée ne peut être couverte par des conclusions prises par la même personne se prévalant du même mandat quelle que soit la teneur des conclusions. En l'espèce, les conclusions du 21 mai 2008 ne sont pas susceptibles de couvrir la nullité de fond dont l'assignation introductive d'instance est entachée dès lors qu'elles ont été prises par la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES représentée par monsieur Maurice Z... dépourvu de pouvoir pour représenter la société en justice et donc prendre des conclusions en son nom. Il convient en conséquence d'infirmer le jugement déféré du 28 avril 2010 en ce qu'il a déclaré l'assignation valable et les demandes recevables comme non prescrites, ainsi que le jugement du 7 septembre 2011 en ce qu'il a statué au fond, de déclarer nulle l'assignation introductive d'instance du 20 décembre 2007, et de débouter la SA Y...& X...SHIPPING SERVICES en toutes ses demandes » ;

1°) ALORS QUE le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant d'une personne morale constitue une irrégularité de fond affectant la validité de l'acte ; qu'elle entraîne par conséquent l'irrecevabilité de l'action ; qu'en déboutant la société Y...de toutes ses demandes, après avoir prononcé la nullité de l'assignation introductive d'instance du 20 décembre 2007 à raison du défaut de pouvoir de Monsieur Z..., désigné dans cet acte comme représentant de la société Y..., la Cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé l'article 117 du code de procédure civile ;

2°) ALORS, EN TOUT ETAT DE CAUSE, QUE les décisions de justice doivent être motivées ; qu'en déboutant la société Y...de toutes ses demandes, sans fournir le moindre motif justifiant le rejet de ses prétentions, la Cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.