

Texte de la décision

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 18 septembre 2014), que la société Hermès immobilier, propriétaire de deux lots destinés à l'exploitation d'un restaurant dans un immeuble à usage d'hôtel placé sous le régime de la copropriété, a assigné la société ACS, constituée par divers copropriétaires des chambres de l'hôtel, en dommages-intérêts, restitution du matériel nécessaire à la restauration et interdiction d'exploiter un fonds de commerce de restauration dans la copropriété ;

Sur le premier moyen, ci-après annexé :

Attendu qu'ayant relevé, d'une part, que la société ACS exploitait en rez de mer un bar qui était déjà avant la cession de l'hôtel dévolu à la petite restauration, que l'acquisition par la société Hermès Immobilier du fonds de commerce de restaurant exploité au 3e étage de l'immeuble incluait les éléments incorporels de celui-ci dont le matériel de restauration, mais en aucune façon le matériel de restauration afférent à l'exploitation du fonds de commerce du rez de mer, que la société Hermès immobilier ne pouvait prétendre avoir acquis le droit d'exercer son activité de restauration au niveau de la piscine, le bar-restaurant du rez de mer faisant partie du fonds de commerce d'hôtellerie initialement acquis par un tiers qui l'avait exploité durant l'été 2010 avant de quitter les lieux à la suite d'un jugement prononçant son expulsion, et, d'autre part, que la société Hermès Immobilier ne pouvait prétendre sérieusement que le restaurant exploité par la société ACS concurrencerait celui qu'elle-même exploitait et détournerait une partie de sa clientèle dès lors qu'il ne s'agissait pas du même type de restauration et de prix, que les deux restaurants n'avaient pas les mêmes horaires d'ouverture, qu'ils occupaient des situations diamétralement opposées dans la copropriété, que la clientèle du restaurant de rez de mer était limitée aux résidents de l'hôtel, la cour d'appel, qui n'a pas méconnu l'autorité de la chose jugée attaché au jugement du tribunal de commerce de Paris du 6 mai 2010 et qui n'avait pas à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, a pu en déduire que la société ACS n'avait pas commis d'actes de concurrence déloyale ou de détournement de clientèle ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le deuxième moyen :

Vu l'article 4 du code de procédure civile ;

Attendu que, pour rejeter la demande de dommages-intérêts présentée par la société Hermès immobilier, l'arrêt retient que les préjudices ayant pu résulter pour la société Hermès immobilier et la société Arès des travaux exécutés dans l'immeuble et l'empiètement de la société ACS sur le lot 54 sont susceptibles d'ouvrir droit le cas échéant à indemnisation s'ils sont avérés et si un préjudice est démontré, mais ne sauraient caractériser un acte de concurrence déloyale commis par la société ACS ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la société Hermès immobilier invoquait l'atteinte à son droit de propriété, la voie de fait et l'empiètement résultant de la pose d'une cloison la privant de la jouissance d'une superficie de 35 m² et demandait réparation de l'ensemble de ses préjudices, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur le troisième moyen :

Vu l'article 455 du code de procédure civile ;

Attendu que, pour déclarer irrecevable l'action de la société Hermès immobilier agissant pour le compte de la société Arès, l'arrêt retient que cette dernière est une personne morale distincte ;

Qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de la société Hermès soutenant que la convention d'occupation

précaire conclue entre ces deux sociétés prévoyait que la seconde donnait pouvoir à la première pour ester en justice pour son compte, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute la société Hermès immobilier et la société Arès de leurs demandes de dommages-intérêts, condamne la société Hermès immobilier à payer à la société ACS des dommages-intérêts pour procédure abusive et en ce qu'il déclare irrecevable l'action de la société Hermès immobilier pour le compte de la société Arès, l'arrêt rendu le 18 septembre 2014, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, sur ces points, 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 d'Aix-en-Provence autrement composée ;

Condamne la société ACS aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de la société ACS ; la condamne à payer aux sociétés Hermès immobilier et Arès la somme globale de 3 000 euros ;

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 partiellement cassé ;

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Gaschignard, avocat aux Conseils, pour la société Hermès immobilier et la société Ares

PREMIER MOYEN DE CASSATION :

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir infirmé le jugement entrepris, débouté les sociétés Hermès Immobilier et Arès de leurs demandes tendant à ce que la société ACS soit condamnée à cesser toute activité de restauration au sein de la copropriété, d'une part, à restituer le matériel nécessaire à l'activité de restauration, d'autre part, à leur payer une somme de 90. 000 € à titre de dommages et intérêts, enfin, condamné les sociétés Hermès Immobilier et Arès à payer à la société ACS une somme de 79. 579 € au titre de la perte de marge résultant de l'interdiction d'exploiter, condamné la société Hermès Immobilier à payer à la société ACS une somme de 10. 000 € à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive,

AUX MOTIFS QUE les sociétés Hermès Immobilier, Arès et SGTB ès-qualité de liquidateur de la société SMBG, font grief à la société ACS d'avoir créé et exploité le restaurant « L'Aqua » en bordure de piscine alors que le restaurant « Sol e Mar » situé au R + 3 serait le seul à pouvoir exercer une activité de restauration dans la copropriété et que le restaurant « L'Aqua » lui ferait une concurrence directe ; que la société Arès exploite dans le local commercial constituant le lot 54 dont la société Hermès Immobilier a la jouissance un restaurant gastronomique nommé « Sol e Mar » situé au niveau R + 3 de l'immeuble avec vue panoramique sur la mer, ouvert tant aux résidents de l'hôtel qu'aux clients extérieurs, et ce du mardi au dimanche le soir uniquement ; que le restaurant « L'Aqua » situé en bordure de la piscine de l'hôtel en rez de mer est un grill-bar qui propose une restauration simple du type salades, grillades, glaces et quelques desserts, ouvert uniquement aux clients de l'hôtel, ce le midi de 11h30 à 15h30 ; que l'hôtel propose à ses clients le soir un room-service de 19h à 22h avec quelques plats froids, trois plats de pâtes et quelques desserts ; que seules deux variétés de vin rosé de Provence sont proposés en accompagnement des repas ; que le restaurant « L'Aqua » occupe des locaux en rez de mer et en bordure de piscine qui étaient antérieurement déjà dévolus à la petite restauration, selon ce que révèle le rapport d'audit/ expertise réalisé par la société KPMG désignée par ordonnance du tribunal de commerce de Paris du 19 juin 2009, lequel mentionne d'une part l'existence en rez de mer d'un bar dénommé « Au Galet », comportant 35 places de restauration le midi, d'autre part d'un restaurant panoramique face à la mer d'environ 40 places avec cuisine adjacente ; que le même rapport précise que les travaux de création du bar avec restauration de type snack/ saladerie en rez de mer ont été effectués en 2006/ 2007 à l'initiative de la société MLHR ; que l'inventaire effectué par le commissaire-

priseur lors de l'ouverture de la procédure collective du groupe Mona Lisa et le compte rendu de visite des lieux par la commission de sécurité en 2011 mentionnent également l'un et l'autre une salle de restauration avec bar au niveau de la piscine ; que la société d'exploitation ACS n'a fait que reprendre l'exploitation préexistante en modernisant les locaux après le placement en liquidation judiciaire de la société MLRH et de la société Sol e Mar qui en assuraient l'exploitation, et en effectuant les déclarations administratives appropriées ; que le jugement du 6 mai 2010 arrêtant le plan de cession partiel qui a cédé à la société Hermes Immobilier les lots 54 et 55 de la copropriété situés au niveau R + 3 de l'immeuble ainsi que le fonds de commerce de restaurant exploité dans le lot 54 ne contient aucune clause de non concurrence ou d'exclusivité à son profit au sein de la copropriété ; que l'acquisition par la société Hermes Immobilier du fonds de commerce de restaurant exploité dans le lot 54 inclut les éléments corporels de celui-ci dont le matériel de restauration mais en aucune façon le matériel de restauration afférent à l'exploitation du restaurant situé en rez de mer dont il n'est pas même établi qu'il aurait appartenu à la copropriété au regard de la revendication qui en a été faite par la société Dofre Estate par courrier électronique adressé au président du conseil syndical le 25 février 2011 qui spécifie que ce matériel a été inventorié par le commissaire-priseur lors de l'ouverture de la procédure collective ; que par ailleurs, la société Hermes Immobilier ne peut prétendre avoir acquis le droit d'exercer son activité de restauration au niveau de la piscine, le bar-restaurant faisant partie du fonds de commerce d'hôtellerie acquis initialement par la société Dofre Estate ; qu'elle était par ailleurs informée de l'existence de cette activité de petite restauration par le rapport des experts KPMG/ B... ainsi que par ses relations avec la société Dofre Estate qui a exploité ce bar-restaurant au cours de l'été 2010 avant de quitter les lieux à la suite du jugement du 4 novembre 2010 prononçant son expulsion ; qu'aucune disposition du règlement de copropriété et aucune décision de l'assemblée générale n'interdit à la société ACS d'exploiter un bar-restaurant servant de la petite restauration en bordure de piscine, réservé aux seuls résidents de l'hôtel, l'ensemble immobilier étant à usage d'hôtel et restaurant ; que les statuts de la société ACS lui permettent d'exploiter un hôtel avec ou sans restauration ; que le service des petits déjeuners et le room service font partie intégrante de la prestation hôtelière d'un hôtel de catégorie trois ou quatre étoiles ; que les distorsions de concurrence alléguées qui résulteraient notamment du non respect de certaines dispositions fiscales par les copropriétaires ne sont pas démontrées et sont à les supposer établies dépourvues d'incidence sur le litige ; que la société Hermes Immobilier, la société Arès et la société SGTB ne sauraient prétendre sérieusement que le restaurant « L'Aqua » exploité par la société ACS concurrence le restaurant « Sol e Mar » et détourne une partie de sa clientèle dès lors qu'il ne s'agit pas du même type de restauration et de prix, que les deux restaurants n'ont pas les mêmes horaires d'ouverture, qu'ils occupent des situations diamétralement opposées dans la copropriété l'un en rez de mer, l'autre en rez de route au troisième étage, que la clientèle de L'Aqua est limitée aux résidents de l'hôtel, que selon l'attestation de l'expert-comptable de la société ACS la marge brute de cette activité a été en 2011 d'une moyenne de 2, 57 € par nuitée pour un total de 9953 nuitées, qu'enfin aucune pièce ne démontre que la société ACS aurait d'une manière ou d'une autre réalisé des actes déloyaux pour détourner la clientèle du restaurant « Sol e Mar » ou pour la dissuader de le fréquenter ; que c'est en conséquence sans commettre de faute que la société ACS exploite le bar-restaurant « L'Aqua » en rez de mer qui préexistait et qui fait partie du fonds de commerce d'hôtellerie dont la société ACS assure l'exploitation ; que la demande de restitution du matériel sera rejetée pour les motifs sus énoncés, en ce que, d'une part, ce matériel appartenait à la société Dofre Estate, cessionnaire du fonds de commerce d'hôtellerie avec laquelle les copropriétaires ont refusé de signer les baux ainsi qu'il résulte du jugement du 4 novembre 2010 du tribunal de grande instance de Draguignan, qui a ordonné son expulsion comme occupant sans droit ni titre ; que, d'autre part, la société Hermès Immobilier n'a pas acquis ce matériel mais uniquement le matériel afférent à l'exploitation du restaurant « Sol e mar » dans le lot 54 ;

1° ALORS QUE les dispositions du jugement arrêtant le plan de cession ont autorité de chose de jugée dès son prononcé ; qu'il résulte du jugement rendu le 6 mai 2010 par lequel le tribunal de commerce de Paris a adopté trois plans de cession partiels des actifs des sociétés du groupe Mona Lisa, que le tribunal a entériné, d'une part, l'offre de reprise de la société Hermès Immobilier portant sur l'ensemble des actifs composant le fonds de commerce de restauration exploité sur le site de l'établissement « Sol e Mar », incluant les actifs liés à l'exploitation des deux salles de restaurant, d'autre part l'offre de reprise de la société Dofre Estate portant sur les seuls actifs composant le fonds de commerce d'hôtellerie exploité sur le même site, à l'exclusion de ceux affectés au restaurant ; qu'en affirmant que seuls les actifs liés à l'exploitation du restaurant situé au 3ème étage du bâtiment ont été cédés à la société Hermès Immobilier, tandis que les actifs liés à l'exploitation du bar-restaurant situé en rez-de-mer auraient été cédés à la société Dofre Estate, la cour d'appel a méconnu l'autorité de chose jugée attachée au jugement du 6 mai 2010 et violé l'article 1351 du code civil, ensemble l'article 480 du code de procédure civile ;

2° ALORS, subsidiairement, QUE la cour d'appel a retenu que le jugement du 6 mai 2010 par lequel le tribunal de commerce de Paris a adopté trois plans de cession partiels des actifs des sociétés du groupe Mona Lisa, a entériné la cession à la société Dofre Estate des actifs liés à l'exploitation du bar-restaurant situé en rez-de-mer ; que le tribunal a expressément écarté l'offre de reprise de la société ACS ; qu'en affirmant néanmoins que la société ACS était en droit d'exploiter ce bar-restaurant et de conserver le matériel nécessaire à cette exploitation, la cour d'appel a en tout état de cause méconnu l'autorité de chose jugée attachée au jugement du 6 mai 2010 et violé l'article 1351 du code civil, ensemble l'article 480 du code de procédure civile ;

3° ALORS, en toute hypothèse, QUE constitue un acte de concurrence illicite le fait d'exercer une activité commerciale en violation des règles applicables à l'occupation des parties communes d'un immeuble en copropriété issues de la loi du 10 juillet 1965 ; que la société Hermès Immobilier faisait valoir que la société ACS ne dispose d'aucun droit d'occupation des locaux affectés au bar-restaurant situé en rez-de-mer, qui constituent des parties communes de l'immeuble en copropriété, dès lors qu'elle n'est ni copropriétaire, ni bénéficiaire d'un bail ou d'une convention d'occupation ou d'une quelconque autorisation du syndicat des copropriétaires pour occuper, à titre gratuit, cette partie commune et y exploiter un restaurant pour son propre compte (pages 12 et 13) ; qu'en s'abstenant de rechercher, comme elle y était invitée, si la société ACS n'avait pas commis un acte de concurrence illicite en prenant possession de ces parties communes en violation de l'ensemble des règles prévues par la loi du 10 juillet 1965, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

4° ALORS, enfin, QUE tout copropriétaire peut exercer seul les actions concernant la propriété ou la jouissance de son lot ; qu'il peut, lorsque les parties communes font l'objet d'une occupation irrégulière par un copropriétaire ou un tiers, demander à ce qu'il soit mis fin à cette occupation ; qu'il a soutenu de sa demande tendant à ce qu'il soit fait interdiction à la société ACS d'exploiter le bar-restaurant situé en rez-de-mer, la société Hermès Immobilier faisait valoir que la société ACS ne disposait d'aucun droit à occuper ces locaux, qui constituent des parties communes de l'immeuble dès lors qu'elle n'est ni copropriétaire, ni bénéficiaire d'un bail ou d'une convention d'occupation ou d'une quelconque autorisation de la copropriété pour occuper cette partie commune et y exploiter un restaurant (pages 12 et 13) ; qu'en s'abstenant de rechercher si la société ACS n'occupait pas irrégulièrement une partie commune de la copropriété, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, ensemble l'article 15 de la loi de 1965.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION :

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir infirmé le jugement entrepris, débouté les sociétés Hermès Immobilier et Arès de leurs demandes tendant à ce que la société ACS soit condamnée à payer une somme de 90. 000 € à titre de dommages et intérêts, et condamné la société Hermès Immobilier à payer à la société ACS une somme de 10. 000 € à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive,

AUX MOTIFS QUE deux types de travaux ont été exécutés au cours du premier semestre de l'année 2011, d'une part des travaux votés par l'assemblée générale des copropriétaires le 4 décembre 2010, d'autre part, des travaux réalisés sur préconisation de la commission de sécurité ; que le présent litige oppose la société Hermès Immobilier, la société Arès et la société SGTB à la qualité de liquidateur de la société SMGB à la société ACS et non au syndicat des copropriétaires ; que les moyens afférents au vote des travaux par l'assemblée générale des copropriétaires, au choix de l'entreprise pour effectuer les travaux, au rôle du syndic sont en conséquence inopérants et en tout état de cause relèvent du tribunal de grande instance de Draguignan qui en est saisi ; qu'il est constant que l'immeuble et le site sur lequel il est implanté ont été dégradés par des coups de mer en septembre et décembre 2008 et en mai 2010 selon ce que révèlent les photos produites et les courriers échangés avec les compagnies d'assurance et que les sociétés MLRH et Sol e Mar n'ont pas fait réaliser de travaux à la suite des sinistres ; que selon le rapport d'audit de la société KPMG réalisé en septembre 2009 dans le cadre de la procédure collective ouverte à l'encontre de la société MLRH, l'immeuble construit en 1966 présentait un état très moyen en raison des tempêtes d'hiver ayant dégradé l'immeuble s'agissant d'un immeuble les pieds dans l'eau, les chambres étaient désuètes et vieillissantes, et un investissement de 1, 2 millions d'euros était nécessaire pour sécuriser la zone du parking, la terrasse extérieure et les piscines souffrant d'un affaissement de terrain ; qu'il est avéré que l'immeuble présentait de nombreuses non conformités par rapport à la réglementation, et notamment que les gardes corps n'étaient pas conformes et devaient être remplacés ; que c'est dans ce contexte que le syndicat des copropriétaires a voté la réalisation de travaux à hauteur de 600. 000 € dont il a confié l'exécution à l'entreprise

Z...

par l'intermédiaire du président du conseil syndical délégué à cet effet ; que des travaux de mise aux normes ont été exécutés afin de respecter les préconisations de la commission de sécurité de la commune de Saint-Raphaël qui a prononcé un arrêté de fermeture administrative le 11 mai 2011 ; que les préconisations faites par la commission de sécurité concernant les mises aux normes sont sans rapport avec les travaux de rénovation entrepris par la copropriété et portent notamment sur la prévention et la sécurité incendie ; que les travaux de rénovation entrepris notamment des gardes corps ont nécessité le passage des ouvriers sur le lot 54 ; qu'il n'est démontré à cet égard que la société ACS serait de manière personnelle responsable de travaux entrepris dans le lot 54 ou du passage des ouvriers ce à seule fin d'empêcher la société Hermès Immobilier d'exploiter le fonds de commerce de restaurant acquis par elle, alors de surcroît que les travaux ont été exécutés en période de fermeture saisonnière du restaurant, que les travaux de mise aux normes imposés par la commission de sécurité sont la conséquence de la vétusté de l'immeuble et non des travaux précédemment entrepris, et que la société Hermès Immobilier était informée lorsqu'elle s'est portée acquéreur des lots 54 et 55 de l'état de l'immeuble ; qu'il n'est démontré ni la date d'ouverture effective du restaurant « Sol e Mar » ni que son ouverture aurait été retardée par les travaux de rénovation de l'immeuble votés par les copropriétaires dont la livraison était prévue en mars 2011, alors selon le guide Michelin que la période de fermeture annuelle est du 21 janvier au 21 mai ; qu'il est constant qu'une cloison pare-feu a été posée à la demande de la commission de sécurité, laquelle empiétait sur le lot 54 privant la société Hermès Immobilier de 35 m² de la surface de celui-ci et que la société ACS qui occupait cet espace dévolu à la réception de l'hôtel n'a abattu la cloison et restitué les 35 m² le 13 juillet 2013 qu'après avoir été assignée devant le juge des référés du tribunal de grande instance de Draguignan qui, par ordonnance du 18 septembre 2013, a condamné la société ACS au paiement d'une provision de 9.000 € ; que les préjudices ayant pu résulter pour la société Hermès Immobilier et pour la société Arès des travaux concernés et l'empiètement de la société ACS sur le lot 54 sont susceptibles d'ouvrir droit au cas échéant à indemnisation s'ils sont avérés et si un préjudice est démontré, mais ne sauraient caractériser un acte de concurrence déloyale commis par la société ACS à seule fin d'empêcher de manière délibérée la société Hermès Immobilier d'exploiter le fonds de commerce de restaurant acquis par elle et ce au profit du restaurant « L'Aqua » ;

1° ALORS QUE la société Hermès Immobilier ne prétendait pas que l'empiètement réalisé sur le lot n° 54 sur une superficie de 35 m², aurait caractérisé un acte de concurrence déloyale, mais en demandait l'indemnisation en tant qu'ils constituaient une atteinte à son droit de propriété et une voie de fait (page 9) ; qu'en rejetant sa demande indemnitaire au motif que les travaux concernés et l'empiètement réalisé par la société ACS sur le lot n° 54 ne caractérisaient pas un acte de concurrence déloyale, la cour d'appel a dénaturé l'objet du litige et violé l'article 4 du code de procédure civile ;

2° ALORS QUE l'empiètement sur la propriété d'autrui constitue une faute engageant la responsabilité délictuelle de son auteur ; qu'il résulte des constatations de la cour d'appel qu'il était constant entre les parties que la société ACS avait occupé, depuis 2011 et jusqu'au 13 juillet 2013, un espace sur le lot privatif n° 54, que la société ACS y avait installé la réception de l'hôtel, qu'une cloison avait été édifiée pour séparer celle-ci du restaurant et que la société Hermès Immobilier avait ainsi été privée pendant deux ans de la jouissance d'une superficie de 35 m² ; qu'en déboutant la société Hermès Immobilier de sa demande en réparation de ce préjudice, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1382 du code civil ;

3° ALORS QUE celui qui subit un préjudice de jouissance du fait de la réalisation de travaux par un tiers, fussent-ils imposés à ce dernier par l'autorité administrative, peut en obtenir indemnisation ; que la société Hermès Immobilier réclamait l'indemnisation de son préjudice résultant de l'exécution, par la société ACS de travaux qui avaient conduit les entreprises intervenantes à passer sur ses lots privatifs, à installer une cloison sur le lot n° 54, à déposer les garde-corps de la terrasse du restaurant dont elle a la jouissance privative, à enlever l'enseigne du restaurant, à changer les serrures et à détériorer ses lots privatifs ; qu'en lui refusant tout droit à indemnité au motif inopérant que certains de ces travaux avaient été prescrits par la commission de sécurité, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil, ensemble l'article 9 de la loi du 10 juillet 1965 ;

4° ALORS QU'il résulte du procès-verbal de l'assemblée générale du 4 décembre 2010 que celle-ci avait seulement voté une « délégation de pouvoir » aux termes de laquelle il était donné « pouvoir au conseil syndical pour rechercher une offre concurrentielle pour la mise en conformité de l'établissement dans la limite d'un montant de 600.000 euros » ; que le procès-verbal de l'assemblée générale du 2 juin 2012 indique qu'il a été voté onze résolutions en vue de la «

Ratification des travaux » accomplis par divers intervenants, dont l'entreprise

Z...

, celle-ci pour un prix de 205. 726, 52 €, sans mentionner que ces travaux auraient fait l'objet d'une autorisation préalable ; qu'en affirmant que le syndicat des copropriétaires avait voté la réalisation de travaux à hauteur de 600. 000 euros et en avait confié l'exécution à l'entreprise

Z...

par l'intermédiaire du président du conseil syndical délégué à cet effet, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de ces procès-verbaux et violé l'article 1134 du code civil ;

5° ALORS QUE pour établir que les travaux litigieux avaient été réalisés, non pas par les organes de la copropriété, mais par la société ACS, la société Hermès Immobilier produisait aux débats des éléments démontrant que la société ACS avait conclu le marché avec M. Z...et réglé celui-ci, à savoir la copie des chèques et d'un ordre de virement émis par la société ACS au profit de M. Z..., ainsi qu'un procès-verbal de constat d'huissier en date du 30 décembre 2010 mentionnant que « M. Z...nous expose qu'il (Z) a signé un marché avec M. A...», celui-ci étant le gérant de la société ACS ; qu'en se bornant à affirmer qu'« aucune pièce » ne démontrait l'implication personnelle de la société ACS, sans procéder à une analyse, même sommaire, des pièces qui lui étaient soumises, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

6° ALORS QUE le juge ne peut fonder sa décision sur des pièces dont les parties n'ont pas été à même de débattre contradictoirement ; qu'il ne résulte ni des conclusions des parties, ni des bordereaux de communication des pièces y annexés, qu'ait été invoqué et produit aux débats le « guide Michelin » qui est visé par la cour comme mentionnant que la période de fermeture annuelle du restaurant « Sol e Mar » s'écoulerait entre le 21 janvier et le 21 mai (arrêt, page 15, § 6) ; qu'en se fondant sur les mentions de ce document, non produit aux débats et donc non débattu contradictoirement entre les parties, la cour d'appel a violé les articles 7, 15 et 16 du code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION :

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir infirmé le jugement et déclaré irrecevable l'action de la société Hermès Immobilier pour le compte de la société Arès,

AUX MOTIFS QUE la société Hermès Immobilier est irrecevable à agir pour le compte de la société Arès dès lors que cette dernière est une personne morale distincte pourvue de la personnalité juridique ;

ALORS QUE la société Hermès Immobilier faisait valoir qu'elle avait reçu un mandat de la société Arès pour exercer, pour son compte, les actions en justice nécessaires à la protection du fonds de commerce (conclusions, page 21, § 4) ; qu'en effet, la convention d'occupation précaire conclue entre les deux sociétés indique que « l'occupant donne pouvoir à la SAS HERMES IMMOBILIER agissant ensemble ou séparément à l'effet de : Ester en justice, pour son compte, Représenter et défendre ses intérêts auprès de toute juridiction et auxiliaire de justice (Z) » (article 26, page 7) ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.