

**Cour d'appel de Nouméa
chambre commerciale**

N° de RG: 12/00070

M. Claude X...

Bertrand DAROLLE, Président de Chambre,
président,
Jean-Michel STOLTZ, Conseiller,
François BILLON, Conseiller,

SELARL LOMBARDO

Audience publique du jeudi 25 octobre 2012

Décision déferée à la cour :
rendue le : 11 Juin 2012
par le : Tribunal mixte de Commerce de NOUMEA

Saisine de la cour : 27 Juillet 2012

PARTIES DEVANT LA COUR

APPELANT

M. Claude X...
né (...)
demeurant...-98800 NOUMEA

représenté par la SELARL LOMBARDO

INTIMÉ

LA SARL " CHEZ FRANCKY ", prise en la personne de son représentant légal en exercice
Rue (...)

représentée par Me Patrick Y...

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 15 Octobre 2012, en audience publique, devant la cour composée de :

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Bertrand DAROLLE, Président de Chambre, président,
Jean-Michel STOLTZ, Conseiller,
François BILLON, Conseiller,
qui en ont délibéré,
Bertrand DAROLLE, Président de Chambre, ayant présenté son rapport.

Greffier lors des débats : Stephan GENTILIN

ARRÊT :

- contradictoire,
- prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 451 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie,
- signé par Bertrand DAROLLE, président, et par Cécile KNOCKAERT, greffier, auquel la minute de la décision a été transmise par le magistrat signataire.

PROCÉDURE DE PREMIÈRE INSTANCE

Par actes sous seings privés du 16 août 1999, Claude X... a donné à bail à Z... un local commercial situé à Nouméa, Vallée du tir, d'une superficie approximative de 24 m², pour l'exploitation d'un fonds de commerce de snack exploité par la SARL CHEZ FRANCKY.

Par ordonnance en date du 12 janvier 2011, le juge des référés du tribunal de première instance de Nouméa a :

- visé l'article 809 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie ;
- ordonné à Claude X... de procéder à la remise en place de la clôture entourant son terrain, dans l'état où elle se trouvait avant sa démolition, quant à sa hauteur et sa couleur, dans un délai de huit jours à compter de la signification de la décision ;
- dit qu'il encourra une astreinte comminatoire de 20 000 fr. Cfp par jour de retard, et ce durant un mois, passé lequel délai il pourra de nouveau être fait droit ;
- dit n'y avoir lieu à référé du chef de la demande formée par la société CHEZ FRANCKY en paiement d'une provision à valoir sur l'indemnisation de son préjudice ;
- condamné Claude X... à verser à la société CHEZ FRANCKY une somme de 150 000 fr. Cfp sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie ;
- condamné Claude X... aux dépens.

Par acte d'huissier du 7 février 2012, Claude X... a assigné la société CHEZ FRANCKY devant le juge des référés du tribunal mixte de commerce de Nouméa pour lui voir ordonner de laisser l'accès au personnel désigné pour réaliser les travaux d'installation d'un compteur électrique à côté de celui existant sur le lot numéro 141 et d'une ligne électrique le long des limites sud et est dudit lot qui lui est donné à bail afin d'alimenter le lot 138 de la vallée du tir à Nouméa, ce sous astreinte.

Devant le premier juge la société CHEZ FRANCKY s'est opposée à cette demande et, reconventionnellement, lui a demandé de constater que Claude X... n'avait pas déféré à son obligation de rétablir la clôture en l'état où elle se trouvait, et de le condamner à lui payer la

somme de 600 000 fr. Cfp à titre de liquidation de l'astreinte et à rétablir la clôture à l'identique de son état antérieur, c'est-à-dire une palissade en bois naturel à claire-voie d'une hauteur de 2 m.

Par ordonnance de référé du 11 juin 2012, à laquelle il est renvoyé, la présidente du tribunal mixte de commerce de Nouméa a :

- débouté Claude X... de ses demandes ;
- débouté la société CHEZ FRANCKY de sa demande reconventionnelle en liquidation d'astreinte ;
- dit n'y avoir lieu à référé du chef de la demande de fixation d'une nouvelle astreinte ;
- dit n'y avoir lieu de faire application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile de Nouvelle-Calédonie ;
- condamné Claude X... et la société CHEZ FRANCKY, chacun pour moitié, aux dépens.

PROCEDURE D'APPEL

Par requête enregistrée le 27 juillet 2012 au greffe de la cour, Claude X... a interjeté appel de cette ordonnance. Par courrier du 26 septembre 2012 il a indiqué se désister de son appel.

Par conclusions datées du 28 septembre 2012, la société CHEZ FRANCKY demande à la cour de :

- de débouter Claude X... de ses demandes ;
- de l'accueillir en son appel incident ;
- de « réformer l'ordonnance déferée en ce que le rétablissement de la clôture en son état antérieur doit s'entendre non seulement de l'aspect de celle-ci, mais aussi et surtout des caractéristiques physiques telles que ventilation et transparence qui concourent au confort de la clientèle et à la sécurité des lieux en permettant l'aération de la terrasse et le contrôle visuel de celle-ci depuis l'extérieur » ;
- de juger que Claude X... n'a pas déferé à son obligation de rétablir la clôture dans l'état où celle-ci se trouvait lorsqu'il l'a démontée, et de liquider l'astreinte en le condamnant à lui payer la somme de 600 000 fr. Cfp à ce titre ;
- d'enjoindre à Claude X... de rétablir la clôture à l'identique de son état antérieur, soit une palissade en bois naturel à claire-voie d'une hauteur de 2 m de même présentation que la porte d'accès à l'établissement qui est demeurée d'origine, dans les huit jours de la signification de l'ordonnance, sous astreinte définitive de 50 000 fr. Cfp par jour de retard ;
- de condamner Claude X... à lui payer la somme de 367 500 fr. Cfp sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile au titre des frais irrépétibles exposés en cause d'appel.

Au soutien de son appel incident, la société CHEZ FRANCKY fait valoir, pour l'essentiel :

- sur la pose du compteur électrique, qu'il suffit à Claude X... de le faire installer sur le terrain dont il se réserve d'usage ;
- que les photos qu'elle verse aux débats permettent d'apprécier la hauteur de la structure de la clôture d'origine et que Claude X... n'a pas respecté les termes de l'ordonnance du 12 janvier 2011.

SUR QUOI, LA COUR :

Le désistement de l'appel a besoin d'être accepté, selon l'article 401 du code de procédure civile de Nouvelle-Calédonie, si la partie à l'égard de laquelle il est fait a préalablement formé un appel incident ou une demande incidente.

En l'espèce le désistement de l'appel et les conclusions de l'intimée ont été enregistrés au greffe de la cour à la même date, soit le 28 septembre 2012.

Il est de principe (Cassation civ. 2, 3 octobre 1984 bull. civ. II, no139) qu'en cas de concomitance, le désistement produit effet, de sorte que la cour constate que le désistement d'appel de Claude X... est parfait et emporte acquiescement à l'ordonnance du 11 juin 2012.

Au surplus, en ce qui concerne les demandes incidentes formées par la société CHEZ FRANCKY, il convient de rappeler que les textes régissant l'astreinte en métropole n'ayant pas été étendus en Nouvelle-Calédonie on doit s'en tenir au régime initial qui est de création jurisprudentielle, dans lequel l'astreinte est toujours provisoire et ne peut être liquidée que par la juridiction qui l'a prononcée.

Ainsi, la société CHEZ FRANCKY ne pouvait demander à la juridiction commerciale de liquider une astreinte prononcée par la juridiction civile.

L'équité n'impose pas qu'il soit fait application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Claude X... supportera la charge des dépens d'appel.

PAR CES MOTIFS

La cour, statuant en référé, contradictoirement déposé au greffe ;

Constata la concomitance du désistement d'appel et de l'appel incident,

En conséquence, dit et juge que le désistement d'appel produit effet et emporte acquiescement de Claude X... à l'ordonnance de référé du 11 juin 2012,

Déclare la société CHEZ FRANCKY irrecevable en ses demandes,

Dit n'y avoir lieu à application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,

Condamne Claude X... aux dépens d'appel, donc distraction au profit de Me Y..., avocat, sur son affirmation de droit

Analyse

Décision attaquée : Tribunal mixte de commerce de Nouméa, du 11 juin 2012

Titrages et résumés :

APPEL CIVIL. - Appel incident - Recevabilité - Appel formé le jour du désistement de l'appel principal - Effets Aux termes de l'article 401 du Code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie 'Le désistement de l'appel n'a besoin d'être accepté que s'il contient des réserves, ou si la partie à l'égard de laquelle il est fait a préalablement formé un appel incident ou une demande incidente.' Il est de principe qu'en cas de concomitance d'un désistement et d'un appel incident, le désistement produit effet. (Cassation Civ.2 3 octobre 1984) En l'espèce le désistement de l'appel et les conclusions de l'intimée portant appel incident ont été enregistrés au greffe de la cour à la même date de sorte que le désistement d'appel est parfait, sans avoir besoin d'être accepté, et emporte acquiescement à l'ordonnance déferée.