Arrêt commercial

Audience publique du huit février deux mille douze.

Numéro 36641 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Marie-Anne STEFFEN, présidente de chambre;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société anonyme A S.A., *établie et ayant son siège social à L-…. U, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 9 septembre 2010,*

comparant par Maître Lucy DUPONG, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme B S.A., anciennement B1 S.A., *établie et ayant son siège social à F-….. VVV, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Nanterre sous le numéro ……..., représentée par son président et directeur général actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du susdit exploit BIEL,*

comparant par Maître François KREMER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 19 septembre 2007, la société anonyme de droit français B a fait comparaître la société anonyme A devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'y entendre condamner à lui payer la somme de 17.592.655,15 € avec les intérêts au taux légal français à partir du 12 septembre 2007, ainsi qu'une indemnité de procédure de 5.000 € portée à 10.000 € en cours d'instance.

Elle a demandé la réalisation d'un nantissement de créance du 12 avril 2006 conclu entre C et les sociétés A et B, aux termes duquel C, titulaire d'une créance de compte courant à l'encontre de A, affectait un montant de 20.000.000 € à titre de nantissement au profit de B en vue de garantir le paiement des obligations découlant d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en date du 31 mars 2005 ayant condamné C à payer solidairement avec d'autres personnes à B les montants de 14.424.810,67 € avec les intérêts légaux à partir du 12 novembre 2003 et de 1.000.000 € avec les intérêts légaux à partir du 31 mars 2005, des indemnités de procédure de 20.000 € pour la première instance et de 30.000 € pour l'instance d'appel. La Cour avait encore ordonné la capitalisation des intérêts dans les conditions de l'article 1154 du Code civil français.

Par jugement rendu le 17 juin 2010, la juridiction de première instance a rejeté les moyens de nullité de la convention de nantissement du 12 avril 2006 et d'irrecevabilité de la demande, a dit la demande partiellement fondée et condamné la société A à payer à la société B le montant de 15.474.810,67 € avec les intérêts suivant les modalités détaillées au dispositif de l'arrêt précité du 31 mars 2005, le tout en tenant compte des paiements que la demanderesse reconnaît avoir reçus, a dit que cette condamnation ne peut être exécutée qu'à concurrence d'un maximum de 20.000 €, a condamné A au paiement d'une indemnité de procédure de 2.500 € et a débouté A de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

Par exploit d'huissier du 9 septembre 2010, A a régulièrement relevé appel de ce jugement.

La partie appelante entend voir dire, par réformation du jugement entrepris, principalement que le nantissement est entaché de nullité et que la demande de la société B est irrecevable, subsidiairement que la demande est non fondée et que le quantum de la créance garantie n'est pas déterminé et liquide ; avant tout autre progrès en cause elle demande d'instituer une expertise comptable en vue de déterminer et calculer la créance de la société B envers C.

Quant à la nécessité d'une mise en demeure

Il résulte des termes du nantissement du 12 avril 2006 que le bénéficiaire (la société B) peut poursuivre la réalisation du nantissement à l'encontre du débiteur (la société A) « *sans qu'il soit besoin de respecter aucun préavis ou formalité »* et « *sans qu'il soit besoin d'aucune sommation » .* Il est constant en cause que la société B n'a pas mis en demeure son débiteur C de s'acquitter de sa dette avant de procéder à la réalisation du gage ; elle s'est contentée d'envoyer à C copie de la mise en demeure notifiée à A.

La société appelante soutient que les gages constitués sur les meubles corporels et incorporels sont des actes de commerce auxquels s'appliquent les dispositions des articles 116 et 117 du Code de commerce, qui prévoient la notification d'une mise en demeure préalable au débiteur de la créance garantie et la nullité de toute convention qui autorise le créancier à réaliser le gage sans mise en demeure. C'est sur base de ces dispositions qu'elle demande la nullité de la convention de gage en son intégralité, sinon en cas d'annulation de la seule clause litigieuse figurant au contrat de nantissement, elle estime qu'il incombe à B de rapporter la preuve de la mise en demeure d'C avant la réalisation du nantissement.

Elle conclut partant à la nullité du nantissement, sinon à l'irrecevabilité de la demande de la société B.

La partie intimée conclut à la confirmation du jugement entrepris par adoption des motifs des premiers juges qui ont déclaré inapplicables au présent nantissement les dispositions des articles 116 et 117 du Code de commerce.

C'est à juste titre que les premiers juges ont dit que le nantissement du 12 avril 2006 relève de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière qui s'applique aux gages portant sur les avoirs, à savoir les instruments financiers et les créances au sens des définitions données par la loi.

L'article 11(3) de la loi prévoit que « *si le gage est constitué par des instruments financiers tenus auprès d'un tiers convenu, ce tiers remettra ces instruments financiers au créancier gagiste sur simple déclaration de la survenance d'un fait entraînant l'exécution de la garantie et sans avoir à solliciter l'accord du constituant du gage ou à l'informer préalablement. Si le gage est constitué par une créance de somme d'argent due par un tiers, le créancier gagiste, peut, dans les mêmes conditions, exiger de ce tiers le paiement entre ses mains à due concurrence de sa créance, le tout sans préjudice de l'article 1295 du Code civil. »*

La Cour relève avec les premiers juges que l'article 11 (3), inspiré par l'article 118 (2) du Code de commerce, ne reprend néanmoins pas la référence de l'article 118 (2) du Code de commerce à la mise en demeure prévue à l'article 116 (1) du même code.

La loi du 5 août 2005, portant transposition de la directive 2002/47/CE du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, est une loi qui s'applique spécifiquement aux instruments financiers et aux créances et seuls les gages ne portant pas sur des instruments financiers ou des créances

restent régis par le Code civil ou le Code de commerce (projet de loi sur les contrats de garantie financière, doc. parl. no 5251, commentaire des articles, ad art. 3, page 15).

Une des innovations de la directive précitée est que l'exigence de la mise en demeure avant l'exécution du gage est interdite (doc. parl. no 5251, commentaire des articles, ad art. 11, pages 18 et 19 et art. 4.4.d de la directive).

Le jugement est dès lors à confirmer en ce qu'il n'a pas appliqué les articles 116 et 117 du Code de commerce, a dit par application de l'article 11 (3) de la loi précitée du 5 août 2005 que la mise en demeure du constituant n'était pas requise et a rejeté les moyens de nullité de la convention de nantissement et d'irrecevabilité de la demande de la société B.

La Cour constate par ailleurs, avec les premiers juges, que les conditions de la réalisation du nantissement et les autres formalités prévues par la loi sont remplies.

Quant aux montants de la créance de la société B

Il est constant en cause que la dette de la société A à l'égard de la société B ne s'identifie pas à la dette d'C à l'égard de la société B ; A est débitrice de la créance nantie par C au profit de la société B dans la limite de la dette d'C.

Il s'agit en l'occurrence de déterminer cette dette et il appartient à A, prétendant que la dette de C aurait été réduite suite à des paiements effectués par des codébiteurs solidaires, d'en rapporter cette preuve par application de l'article 1315, alinéa 2 du code civil.

Or cette preuve n'a pas été rapportée par la société A. Elle ne saurait d'ailleurs recourir à l'avis d'un expert ayant entre autres comme mission de « *faire toutes les investigations et recueillir toutes les informations sur les versements faits à B par les codébiteurs solidaires C, Jean-Pierre Le Blanc Bellevaux, André Tarallo, Alain Guillon et Loik Le Floch Frigent et sur les procédures d'exécution à la suite de l'arrêt de condamnation de la Cour d'appel de Paris du 31 mars 2005 ».*

En effet il appartient à A de faire les recherches et de rapporter la preuve de l'extinction de la dette et non pas à l'expert comptable de ce faire ; au vu de la carence de A et par application de l'article 351 du Nouveau code de procédure civile qui dispose qu' *« en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer à la carence de la partie dans l'administration de la preuve »,* la demande en institution d'une expertise comptable aux fins précitées est dès lors à rejeter.

La Cour suit par ailleurs les premiers juges dans leur raisonnement ayant consisté à dire que si le montant arrêté était surfait, le constituant aurait un recours contre le créancier gagiste.

En l'espèce les premiers juges ont à juste titre arrêté la créance de la société B au montant de 15.424.810,67 € à augmenter des intérêts (aux termes de leur motivation), en se référant à la condamnation prononcée à l'encontre de M. C par la Cour d'appel de Paris en date du 31 mars 2005 et en tenant compte des paiements reconnus par B et de la limite du nantissement. Il s'entend que la Cour doit tenir compte du montant actualisé de la créance.

En instance d'appel et suivant décompte actualisé au 30 novembre 2010, repris et expliqué dans ses conclusions d'appel, la société B évalue la créance garantie au montant de 22.474.382,60 € et elle demande la condamnation de A au paiement du montant de 20.000.000 € en principal avec les intérêts au taux légal de droit luxembourgeois à partir de ses conclusions du 10 décembre 2010, sinon à partir de l'arrêt à intervenir en application de la convention de nantissement.

La société appelante, qui avait initialement contesté les décomptes présentés par B et notamment celui du 10 mai 2007 disant qu'il était contraire à la règle de la capitalisation des intérêts, ainsi que ceux des 11 septembre 2007 et 24 avril 2008 et qui avait relevé une contradiction entre le montant réclamé dans l'assignation et celui réclamé suivant décompte du 11 septembre 2007, déclare dans les conclusions d'appel du 30 avril 2011 se rapporter subsidiairement à sagesse en ce qui concerne le dernier décompte invoqué par B, à savoir celui du 30 novembre 2010. Elle n'émet à l'encontre de ce décompte actualisé, présenté en cours d'instance d'appel, aucune contestation précise de nature à mettre en doute les calculs opérés par la société B.

La Cour constate, au vu du dernier décompte, que la créance garantie est indéniablement supérieure au montant de 20.000.000 € correspondant au montant du nantissement.

Contrairement aux allégations de la société A, la créance garantie outre qu'elle est certaine et exigible sur base des jugements de condamnation d'C, est également liquide, de sorte que la demande en institution d'une expertise en vue « *de déterminer et calculer la créance de B envers C »* est à rejeter comme étant superflue.

La Cour, prenant en considération les condamnations prononcées à l'encontre de M. C dans le jugement précité du 31 mars 2005, le décompte du 30 novembre 2010 et la convention de nantissement ayant limité la garantie émise au montant de 20.000.000 €, fixe la créance de la société B au montant de 20.000.000 €.

Les intérêts légaux sont dus à partir de la demande du 10 décembre 2010 (voir conclusions d'appel du 10 décembre 2010 de Maître Kremer) conformément à l'article 1153 du code civil, le point de départ du cours des intérêts n'ayant d'ailleurs pas été contesté par la société appelante.

Il est inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à charge de la partie intimée. L'indemnité de procédure pour l'instance d'appel est fixée à 3.000 €.

La demande de la société appelante en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à rejeter dans la mesure où une partie succombante ne saurait prétendre à l'allocation d'une indemnité de procédure,

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, sur rapport du magistrat chargé de la mise en état,

reçoit l'appel en la forme ;

le déclare non fondé ;

confirme le jugement entrepris, sauf à condamner la société anonyme A à payer à la société anonyme de droit français B la somme de 20.000.000 €, avec les intérêts légaux à partir du 10 décembre 2010 jusqu'à solde ;

déclare non fondée la demande de la société A en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne la société appelante au paiement d'une indemnité de procédure de 3.000 € pour l'instance d'appel;

la condamne au paiement des frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de Maître François KREMER, sur ses affirmations de droit.