Arrêt commercial

Audience publique du quatorze mars deux mille douze.

Numéro 36170 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
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 R (République de Panama), inscrite au registre de commerce de Panama sous le numéro ……., rôle ….., cadre .., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 14 mai 2010,*

comparant par Maître Pierre REUTER, avocat à Luxembourg ;

e t :

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

2) la société anonyme C S.A., *établie et ayant son siège social à L-…. T, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le*

numéro …….., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

3) la société anonyme D 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,*

4) la société anonyme E AG, *établie et ayant son siège social à CH-…. V, inscrite au registre de commerce de Bâle et de V sous le numéro CH-……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimées *aux fins du susdit exploit KURDYBAN,*

sub 1) – 4) comparant par Maître Marc ELVINGER, avocat à Luxembourg ;

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

intimée *aux fins du susdit exploit KURDYBAN,*

comparant par Maître Marc KLEYR, avocat à Luxembourg ;

6) la société d'investissement à capital variable G SICAV, *établie et ayant son siège social à L-…. S, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro …….., déclarée en état de liquidation judiciaire par jugement du 2 avril 2009, représentée par ses liquidateurs Maître K et Monsieur L,*

intimée *aux fins du susdit exploit KURDYBAN,*

comparant par Maître Alain RUKAVINA, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Saisi 1) d'une demande de la société anonyme de droit panaméen A S.A. dirigée contre B S.A., C S.A., D S.A., E AG, F S.A., tendant à les voir condamner « conjointement et solidairement » ou in solidum sinon chacune pour sa part à payer à la partie demanderesse A S.A. la somme de 108.070,20 € et la somme de 10.000 € en réparation du préjudice lui accru suite aux agissements des parties défenderesses dans le cadre d'une souscription par la société A S.A. de parts du fonds G SICAV-H, 2) d'une demande en intervention de la société F S.A. dirigée à l'encontre de la société d'investissement à capital

variable G SICAV, représentée par ses liquidateurs judiciaires, et à l'encontre des liquidateurs judiciaires de la société G SICAV S.A. pour se voir déclarer commun le jugement à intervenir, 3) d'une demande en intervention de la société B S.A., de la société C S.A., de la société D S.A. et de la société E AG dirigée à l'encontre de la société G SICAV, représentée par ses liquidateurs judiciaires, pour s'y voir déclarer commun le jugement à intervenir, le tribunal a, dans son jugement du 4 mars 2010, face à la demande des parties défenderesses B S.A., C S.A., D S.A., E AG et F S.A., tendant à voir dire que la société A S.A. sera tenue de *fournir caution de 66 €, TVA comprise, respectivement de 76.400 € en vue de payer les frais et émoluments, dommages et indemnité de procédure auxquels la société A S.A. peut être condamnée*, ordonné à la société A S.A. de fournir caution de l'étranger et de consigner des montants de 66 € et de 1.000 € à la Caisse de dépôt et de Consignation et a dit pour droit qu'à défaut de versement de cette somme, le jugement ne pourra intervenir à la demande de la société A S.A..

En première instance, la société A S.A. a fait plaider que la caution judiciaire n'est pas applicable en matière commerciale. Subsidiairement, elle a fait plaider que le montant de la caution judiciaire ne saurait être fixé à la somme de 76.400 €, *les montants mis en compte à titre d'indemnité de procédure et de demande reconventionnelle pour procédure prétendument intempestive sont contestés tant sur le principe que sur le quantum* et que *tout au plus le montant des frais et émoluments pourrait être pris en compte.*

Pour statuer comme il l'a fait, le tribunal a dit qu'en la matière deux textes se confrontent, d'une part, le nouvel article 257 alinéa 1er du Nouveau Code de procédure civile et, d'autre part, l'article 555 du même code qui n'a pas été expressément abrogé par la loi du 13 mars 2009 qui, en rapport avec la caution judiciaire, a introduit l'article 257. Le tribunal a dit qu'eu égard à l'impossibilité d'harmoniser les deux textes, il y a lieu de dire que le nouveau texte (article 257 du Nouveau Code de procédure civile) a implicitement abrogé l'ancien (article 555 du Nouveau Code de procédure civile) de sorte que la caution judiciaire peut être requise en toute matière.

Par exploit d'huissier du 14 mai 2010, la société A S.A. a relevé appel du jugement du 4 mars 2010.

La société A S.A. fait plaider, en substance, que les deux textes visés ci-dessus ne sont pas contradictoires et que leur application respective n'est pas incompatible puisqu'ils concernent des matières distinctes ; que si l'article 247 du Nouveau Code de procédure civile dispose que les étrangers, demandeurs principaux et intervenants, seront tenus, si le défendeur le requiert, de fournir caution « *en toutes matières* », alors l'article 555 du Nouveau Code de procédure civile est à considérer comme une loi spéciale ; qu'il est de principe que la loi spéciale déroge à la loi générale ; que, par conséquent, il y a lieu de dire que la caution judiciaire n'est pas applicable en matière commerciale conformément à l'article 555 du Nouveau Code de procédure civile.

La société A S.A. conclut dès lors à voir être *déchargée de l'obligation consistant à fournir caution de l'étranger et de consigner des montants de 66 €*

et 1.000 € à la Caisse de dépôt et de Consignation. Subsidiairement, la société A S.A. demande, si par impossible le jugement de première instance devait être confirmé quant au principe de la caution judiciaire, à voir confirmer les premiers juges en ce qui concerne les montants par eux retenus.

La société A S.A. conclut en outre à l'octroi d'une indemnité de procédure de 5.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Par conclusions notifiées le 16 septembre 2010, la société F S.A. conclut, en premier lieu, à la *nullité de l'acte d'appel sinon à l'irrecevabilité de l'appel pour absence de représentation valable en justice* de la société A S.A.. En deuxième lieu, la société F S.A. conclut à voir confirmer les juges de première instance en ce qu'ils ont retenu que *la caution judiciaire prévue aux articles 257 et 258 du Nouveau Code de procédure civile, dans leur nouvelle rédaction issue de la loi du 13 mars 2009, peut être demandée « en toutes matières » et donc également en matière commerciale, l'article 555 du Nouveau Code de procédure civile ayant été implicitement mais nécessairement abrogé par les dispositions de la loi du 13 mars 2009.* La société F S.A. relève appel incident, critiquant les juges de première instance en ce qu'ils ont fixé la caution judiciaire à seulement 66 € et 1.000 €, montants manifestement insuffisants pour constituer une quelconque garantie. La société F S.A. demande à la Cour de fixer, par voie de réformation, le montant de la caution judiciaire à 76.771,64 €. La société F S.A. réclame une indemnité de procédure de 5.000 € au titre des frais par elle exposés en instance d'appel.

Les sociétés B S.A., C S.A., D S.A. et E AG *demandent avant tout autre progrès en cause* à ce que la société A S.A. soit condamnée à fournir *une caution pour le paiement des frais de justice auxquels elle est susceptible d'être condamnée en rapport avec la présente procédure d'appel, ces frais de justice évalués pour les besoins de la présente, à un montant de 220 €.* S'agissant du problème lié à la nullité de l'appel, elles déclarent se rallier aux conclusions de la société F S.A.. Quant à la caution judiciaire, les sociétés B, C, D, et E concluent à voir confirmer les juges de première instance. Elles concluent à voir déclarer non fondée la demande de la société A S.A. en obtention d'une indemnité de procédure et réclament à leur tour une indemnité de procédure de 5.000 €.

La société d'investissement à capital variable G SICAV, déclarée en liquidation judiciaire, représentée par ses liquidateurs judiciaires actuellement en fonctions, se rapporte à prudence de justice tant en ce qui concerne la nullité de l'acte d'appel du 14 mai 2010 qu'en ce qui concerne l'obligation pour la société A S.A. de fournir une caution judiciaire. Elle sollicite une indemnité de procédure de 2.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

DISCUSSION

1) quant à la nullité de l'acte d'appel respectivement l'irrecevabilité de l'appel

Toutes les contestations de la société F S.A. en rapport avec l'existence de la société A S.A., créée le 22 avril 1986, avec siège établi auprès de *I*, sont à rejeter d'emblée pour être non fondées.

Pareille existence se trouve à suffisance documentée par les pièces du dossier et plus particulièrement par le procès-verbal de la réunion des membres du *Board of Directors* du 3 février 2009 et le certificat délivré par le *Registro publico de Panama* le 16 mars 2010 .

Même à supposer que la société A S.A. ait omis de régler la « *taxe annuelle* » conformément au prescrit de *la loi* panaméenne *n°6 du 2 février 2005*, il n'en demeure pas moins que pareil défaut de paiement n'aura pour conséquence que *la non-inscription d'aucun acte, document ou accord et la non-délivrance d'attestation relatives à la société anonyme* (cf : paragraphe 1 de la loi) sans affecter l'existence de la société, étant précisé que *le défaut de paiement de la taxe pour deux périodes consécutives ou alternées* n'entraînera, en sus d'une majoration de la taxe, que l'application d'une amende (cf : paragraphe 3 de la loi) et que seul *le défaut de paiement de la taxe pour dix périodes consécutives aura pour effet le retrait définitif de la société anonyme ou de la fondation d'intérêt privé du registre public*, avec pour conséquence que *la société anonyme ou la fonction d'intérêt sera considérée dissoute avec tous les effets juridiques que cela entraîne* (cf : paragraphe 4 de la loi).

La société F S.A. fait encore plaider que la représentation en justice de la société A S.A. par « *son conseil d'administration* » n'est pas correcte selon la loi panaméenne ; que d'après les pièces du dossier « *la représentation légale de la société A S.A. sera exercée par le président et en son absence par le trésorier* » ; que le 3 février 2009, les membres du conseil d'administration, ayant constaté *the total loss of the amounts invested in the fund G SICAV-H*, ont décidé que *1) A S.A. will bring a claim against the depositary bank of the funds and various other potentially liable parties in order to recover the damage incurred. 2) The board of directors gives full authority to Mrs J in order to initiate the procedure and to represent the company for this purpose* » ; qu'en conséquence, la société A S.A. ne serait pas, dans l'acte d'appel du 14 mai 2010, valablement représentée par son conseil d'administration *dès lors que celui-ci semble avoir donné tout pouvoir pour agir en justice au président de la société* ; que, *si d'après la loi nationale régissant la société ou la personne morale, la représentation en justice ou vis-à-vis des tiers doit s'exercer par le biais d'un organe bien spécifique, il y a une obligation de fond pour l'indiquer dans l'acte d'assignation et de l'indiquer de façon correcte, faute de quoi l'acte est vicié pour défaut de qualité*, ce qui doit entraîner l'irrecevabilité de la demande ou de l'appel.

Selon la société F S.A., la question n'est pas celle de la régularité formelle de l'assignation selon le droit luxembourgeois mais celle du pouvoir de l'organe indiqué dans l'acte pour représenter la société qui doit être résolue en

application du droit panaméen de la société. Elle souligne que *seul le président de la société A S.A. a le pouvoir de représenter la société en justice, le rôle du board of directors se limitant à la prise de décision quant à une éventuelle instance judiciaire mais ne lui permet pas de la mettre en œuvre lui-même.*

La société A S.A. réplique, en substance, qu'il y a lieu de distinguer entre la représentation légale d'une société et la délégation de pouvoirs décidée par le conseil d'administration dans le cadre du fonctionnement de la société ; que si, en l'espèce, le conseil d'administration a décidé, dans le cadre de la perte des fonds de Luxalpha, « *to give authority to Mrs J in order to initiate the procédure and to represent the company for this purpose* », il n'en resterait pas moins que l'organe habilité à représenter la société demeure le conseil d'administration, la dame AMAUDRUZ ne fera autre chose que d'engager des procédures au nom et pour compte du conseil d'administration sans que cela ait pour conséquence de changer l'organe représentant légalement la société ; que, par ailleurs, une indication incorrecte du représentant de la société n'entraînerait pas la nullité ou l'irrecevabilité de l'acte.

Même à supposer que l'organe habilité à représenter la société A S.A. ne soit pas son conseil d'administration mais son président, toujours est-il qu'une indication erronée de l'organe représentant la société dans l'acte d'assignation ou d'appel ne porte pas à conséquence quant à la recevabilité de l'assignation ou de l'appel.

En effet, le juge doit examiner au regard de sa propre loi quelles sont les exigences qui sont requises de la part d'une partie demanderesse au regard de la désignation de son représentant en justice.

L'absence d'indication de l'organe représentant une société en justice, voire son indication erronée de l'organe représentatif, n'entraîne pas la nullité de l'exploit introductif d'instance ou de l'acte d'appel (cf : Cass. 2 avril 2008, n° 2622 du registre), étant encore précisé que les exploits pour ou contre une société sont valablement faits au nom de la société seule (cf : Cass. 15 novembre 2001, n° 1826 du registre, Arrêt référé du 19 janvier 2011, n° 36.147 du rôle).

Le moyen tiré de la nullité de l'acte d'appel et de l'irrecevabilité de l'appel est partant à déclarer non fondé.

2) <u>quant à la caution judiciaire</u>

L'article 257 du Nouveau Code de procédure civile était, avant l'introduction de la loi du 13 mars 2009 relative aux procédures européennes d'injonction de payer et de règlement des petits litiges, de la teneur suivante :

« *Tous étrangers, demandeurs principaux ou intervenants, seront tenus, si le défendeur le requiert, avant toute exception, de fournir caution de payer les frais et dommages-intérêts auxquels ils pourraient être condamnés* ».

L'article 16 du Code civil se lisait, avant l'introduction de la loi du 13 mars 2009, comme suit :

« *En toutes matières, autres que celles de commerce, l'étranger qui sera demandeur, sera tenu de donner caution pour paiement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, à moins qu'il ne possède dans le Luxembourg des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer le paiement* ».

L'article 555 du Nouveau Code de procédure civile prévoit que « *Les étrangers demandeurs ne peuvent être obligés, en matière de commerce, à fournir une caution de payer les frais et dommages-intérêts auxquels ils pourront être condamnés, même lorsque la demande est portée devant un tribunal civil dans les lieux où il n'y a pas de tribunal de commerce* ».

La caution judiciaire, avant l'introduction de la loi du 13 mars 2009, était donc prévue en la seule matière civile.

La loi du 13 mars 2009 a porté modification de l'article 257 du Nouveau Code de procédure civile qui se lit désormais comme suit :

Article 257 (1) : « *En toutes matières, les personnes, physiques ou morales, autres que celles visées au premier paragraphe, demandeurs principaux ou intervenants étrangers, sont tenues, si le défendeur le requiert, avant toute exception, de fournir caution de payer les frais et dommages-intérêts auxquels elles peuvent être condamnées.*

Le défendeur peut requérir que caution soit fournie, même pour la première fois, en cause d'appel, s'il est intimé.

(2) *Aucune caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts résultant d'un procès ne peut être exigée des personnes, physiques ou morales, qui ont leur domicile ou leur résidence sur le territoire :*

- *d'un Etat membre de l'Union européenne,*
- *d'un Etat membre du Conseil de l'Europe, ou*
- *d'un Etat avec lequel le Luxembourg est lié par une convention internationale qui stipule la dispense d'une telle caution*.

Il ressort des travaux parlementaires n° 5837 afférents à la loi du 13 mars 2009 (cf : commentaire des articles, pages 9 et 10) que *la caution judiciaire peut se révéler utile en présence d'un demandeur domicilié dans un pays qui n'est pas lié au Luxembourg par une convention relative à l'exécution des décisions rendues en matière civile et commerciale.* Il y est proposé *de la prévoir également en matière commerciale*, étant précisé que jusque-là la caution judiciaire ne pouvait être exigée qu'en matière civile.

Il résulte donc indubitablement de la volonté du législateur de prévoir la caution judiciaire également en matière commerciale.

Cette volonté du législateur combinée avec les termes du nouvel article 257 (1), tel qu'issu de la loi du 13 mars 2009, prévoyant la caution judiciaire « *en toutes matières* », ensemble l'abrogation de l'article 16 par la loi du 13 mars 2009 (cf : Art. II. *L'article 16 du Code civil est abrogé*), témoignent à suffisance du fait que la fourniture d'une caution judiciaire peut actuellement également être ordonnée en matière commerciale.

Les dispositions de l'article 555 du Nouveau Code de procédure civile sont incompatibles avec le nouvel article 257 (1) qui prévoit la fourniture d'une caution judiciaire *en toutes matières*, tandis que l'article 555 du Nouveau Code de procédure civile exclut la fourniture d'une caution judiciaire *en matière de commerce.* Face à une telle contrariété de textes, les dispositions plus anciennes de l'article 555 du Nouveau Code de procédure civile doivent être considérées – les juges de première instance l'ayant, à bon droit, relevé – comme étant implicitement abrogées par la loi du 13 mars 2009.

Que l'article 555 du Nouveau Code de procédure civile, excluant la caution judiciaire en matière de commerce, n'ait pas été abrogé par le législateur, à l'instar de l'article 16 du Code civil, procède nécessairement d'un simple oubli, les auteurs des travaux parlementaires n'ayant par ailleurs jamais discuté de l'article 555 du Nouveau Code de procédure civile, que ce soit dans le sens de son maintien ou de son abrogation.

Les juges de première instance sont partant à confirmer en ce qu'ils ont dit que la société A S.A. sera tenue de fournir, avant tout autre progrès en cause, une caution judiciaire, la société A S.A., société de droit panaméen, n'appartenant en effet pas à la catégorie d'étrangers pouvant bénéficier de l'exemption prévue au point (2) de l'article 257 du Nouveau Code de procédure civile.

La caution judicatum solvi a pour objet de prémunir le justiciable luxembourgeois contre les pertes pécuniaires que peut lui faire subir, par un procès sans fondement, un étranger (personne physique ou morale) qui n'offre pas les garanties au Luxembourg pour assurer le paiement des dommages et intérêts et des frais auxquels il serait condamné par une juridiction luxembourgeoise (cf : travaux parlementaires n° 5837, commentaires des articles, page 9, point 6).

L'article 257 (1) prévoit la fourniture d'une caution *de payer les frais et dommages-intérêts auxquels ils* (les demandeurs principaux ou intervenants étrangers) *pourraient être condamnés.*

En l'occurrence, la société F S.A. demande à la Cour de fixer la caution judiciaire au montant actualisé de 76.711, 64 €.

Elle prend en considération, pour la fixation de la caution judiciaire, les montants suivants :

- le montant de 211,64 € à titre d'émoluments

- le montant de 1.500 € à titre de frais représentant plus particulièrement les frais de signification du jugement et de l'arrêt ainsi que les frais de traduction de ces décisions
- le montant de 50.000 € à titre d'indemnité de procédure
- le montant de 25.000 € à titre de dommages et intérêts pour procédure intempestive.

Elle est d'accord pour dire qu'à ce stade de la procédure, *les frais et dommages et intérêts ne sont que potentiels et donc non encore déterminables.* Elle estime néanmoins qu'il *convient de maintenir la caution à un niveau garantissant une couverture effective.* Elle soutient que le tribunal n'avait pas *la possibilité de substituer au montant par elle identifié un autre montant*, ce d'autant plus que les premiers juges n'auraient aucunement motivé leur décision de fixer la caution judiciaire à un montant très inférieur à celui sollicité.

La somme de la caution est fixée en prévision des frais et dommages et intérêts résultant du procès auxquels les demandeurs et intervenants pourront être condamnés, c'est-à-dire du montant probable des frais qui resteront à leur charge s'ils succombent, ainsi que des dommages et intérêts qu'ils pourront encourir par suite d'une demande reconventionnelle fondée sur leur propre demande. Quant aux dommages et intérêts, il ne s'agit que de ceux qui résultent du procès, c'est-à-dire ceux qui ont leur cause dans l'intentement même du procès. Les dommages et intérêts sont uniquement ceux qui répareront le préjudice causé par la demande malicieuse ou imprudente. Les dépens comprennent les frais du procès lui-même. Les honoraires d'avocat n'entrent pas dans les dépens (cf : Traité de procédure, GARSONNET et CÉSAR-BRU, Tome 3, page 81 ; Les Pandectes belges : v° caution judicatum solvi, page 896, n° 159 ; DALLOZ ; v° caution judicatum solvi).

La Cour retient que la caution judiciaire ne doit pas être fixée en considération de la somme de 50.000 € qui, aux termes des conclusions de la société F S.A. notifiées le 16 septembre 2010, sert à couvrir – essentiellement – les frais en rapport avec *l'instruction de cette affaire* qui *nécessiterait de nombreuses heures de travail de la part du conseil de F.*

Quant au montant de 25.000 € sollicité au titre de dommages et intérêts pour procédure intempestive, la Cour considère cette somme excessive en l'état actuel des choses, étant précisé que la société F S.A. pourra toujours demander, en cours de procédure, la majoration de la somme allouée à titre de caution, en démontrant qu'elle est devenue insuffisante (cf : Pandectes belges, v° caution judicatum solvi, page 896, n° 161).

Au regard de toutes ces considérations, la Cour fixe, par réformation du jugement entrepris, la caution judiciaire à fournir par la société A S.A. au montant de 12.500 €, ce montant englobant le montant des frais de justice de la procédure d'appel évalués par les intimés UBS au montant de 220 € (cf : conclusions des intimés UBS, notifiées le 7 octobre 2010).

3) <u>quant aux indemnités de procédure</u>

Vu l'issue de la présente instance, la société A S.A. ne saurait prétendre à l'obtention d'une indemnité de procédure.

La demande en obtention d'une indemnité de procédure des autres parties est également à rejeter alors qu'il ne paraît pas inéquitable de laisser à charge de toutes ces parties les sommes par elles exposées et non comprises dans les dépens.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit les appels principal et incident ;

dit l'appel principal non fondé ;

dit l'appel incident partiellement fondé ;

réformant :

fixe la caution judiciaire à fournir par la société A S.A. au montant de 12.500 € ;

déboute les parties de leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure ;

condamne la société A S.A. aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Marc KLEYR, de Maître Marc ELVINGER et de Maître Alain RUKAVINA qui la demandent, affirmant avoir fait l'avance des frais et dépens.