Arrêt commercial

Audience publique du vingt juin deux mille douze.

Numéro 36962 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

A, *commerçant, né le ……., demeurant à L-…. U,*

appelant *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Gilles HOFFMANN de Luxembourg du 1er septembre 2010,*

comparant par Maître François MOYSE, avocat à Luxembourg ;

e t :

1) la société anonyme B S.A., *établie et ayant son siège social à L-…. V, 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 HOFFMANN,*

comparant par Maître Donata GRASSO, avocat à Luxembourg ;

2) la société C, *établie et ayant son siège social au W (Samoa), inscrite sous le numéro …… en vertu de l' « International Companies Act » de Samoa,*

représentée par son conseil d'administration (« board of directors ») actuellement en fonctions,

***intimée** aux fins du susdit exploit HOFFMANN,*

n'ayant pas constitué avocat.

LA COUR D'APPEL :

Par contrat signé le 29 avril 2004 la société C a vendu à la société anonyme B 1.352 actions de la société anonyme D au prix de 500.000.- euros. Le contrat prévoit en son article 4(h) le droit pour l'acheteur pendant un délai de trois ans de se retirer du contrat en revendant les 1.352 actions au vendeur moyennant le prix de 500.000.- euros.

La société B a procédé au règlement de la somme de 500.000.- euros mais n'a pas reçu le certificat représentant les 1.352 actions, tel que prévu à l'article 3(2) du contrat.

Par lettre recommandée adressée le 8 novembre 2004 à la société C la société B a déclaré vouloir exercer son droit de retrait et a demandé à C de lui rembourser le prix de vente. La société C ayant répondu qu'elle ne dispose pour le moment pas des liquidités nécessaires la société B lui a proposé de soumettre un plan de remboursement. Aucun paiement n'est intervenu.

Le 30 avril 2007 les sociétés B et C, ainsi que A ont signé un contrat, intitulé "Agreement". Dans l'article 1er de ce contrat la société C s'engage à rembourser à la société B la somme de 500.000.- euros, représentant le prix de vente des actions D, avec des intérêts à 8,5% l'an à partir de la date du paiement de cette somme, à savoir le 6 mai 2004. L'article 3 du contrat prévoit une liste de diamants devant garantir la dette de 500.000.- euros, A déclarant dans l'article 4 être propriétaire de ces diamants. Dans l'article 7 A se porte personnellement garant du paiement du montant redu.

Par courrier recommandé du 29 novembre 2007 la société B a mis en demeure la société C de payer endéans la huitaine la somme de 500.000.- euros avec les intérêts conventionnels qui s'élèvent au jour de la mise en demeure à 170.228,70 euros. A a reçu une copie de la mise en demeure.

Par exploit d'huissier du 3 juillet 2008 la société B a fait comparaître la société C et A devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner solidairement sinon in solidum la somme de 500.000.- euros avec les intérêts conventionnels à compter du 6 mai 2004 jusqu'à solde, sinon de la mise en demeure du 29 novembre 2007 jusqu'à solde, sinon de la demande jusqu'à solde, sinon avec

les intérêts légaux à compter des mêmes dates. En ordre subsidiaire la société B a demandé la condamnation de la société C à lui payer la somme de 500.000.- euros avec les intérêts tels que spécifiés ci-dessus. Elle a encore conclu à voir, le cas échéant, augmenter le taux d'intérêt légal à raison de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la signification du jugement à intervenir.

Devant le tribunal A a invoqué les moyens de défense suivants:

- Soulignant que la société B a payé le prix de vente des actions sans s'assurer que la société C en était effectivement propriétaire, il en a déduit une vente de la chose d'autrui et a soulevé la nullité du contrat de cession d'actions de 2004;

- Constatant que la société B a payé le prix de vente sans s'assurer que la délivrance des titres vendus a eu lieu, il a soutenu que le contrat de 2004 n'a jamais existé, ce qui rendrait en particulier inapplicable la clause 4(h), prévoyant la possibilité du retrait;

- De ces constatations A a tiré les conséquences suivantes: Pour être valable l'accord de 2007 doit avoir une cause, l'article 1131 du Code civil prévoyant qu'une obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. Or, si l'on considère que le contrat de 2004 est nul, respectivement n'a pas été exécuté par le vendeur, l'obligation pour C de reverser à B la somme de 500.000.- euros en application de la clause 4(h) du contrat de 2004 est inexistante. Ainsi l'accord de 2007, fondé sur une obligation inexistante, se trouve privé de toute cause, n'est pas valable et ne peut produire aucun effet.

- Concernant les garanties fournies par lui dans le contrat de 2007 A a fait plaider que celle contenue à l'article 3 s'apparente à un gage, que faute de dépossession des objets mis en gage cette garantie n'est pas valable, que celle stipulée à l'article 7 n'est ni un cautionnement, ne garantissant pas une obligation valable et ne respectant pas les formalités de l'article 1326 du Code civil, ni une garantie à première demande de sorte que la demande en condamnation dirigée à son encontre n'est pas fondée.

Par jugement rendu le 22 juin 2010 le tribunal a condamné la société C et A solidairement à payer à la société B la somme de 500.000.- euros avec les intérêts au taux conventionnel de 8,5% l'an à partir du 6 mai 2004 jusqu'à solde. Il a rejeté la demande de A en allocation d'une indemnité de procédure et a condamné la société C et A solidairement à payer à la société B une indemnité de procédure de 1.000.- euros.

Par exploit d'huissier du 1er septembre 2010 A a régulièrement relevé appel de ce jugement, lui signifié le 23 juillet 2010.

A l'appui de leur décision les premiers juges ont relevé que la société B fonde ses prétentions sur le contrat de 2007 dans lequel la société C reconnaît l'existence de sa dette et s'engage à la rembourser. Ils ont déclaré réfuter *obiter*

dictum trois arguments concernant le contrat de 2004 développés par A nonobstant l'absence de pertinence de ces arguments étant donné que le litige est à toiser sur base du seul contrat de 2007. Dans ce contexte ils ont dit que la non-délivrance des actions, respectivement la non-inscription de l'acquéreur dans le registre des actionnaires, soit la non-exécution des obligations du vendeur n'entraîne pas la nullité ou l'inexistence du contrat de vente, que, les actions d'une société anonyme étant fongibles, l'absence d'indication de leurs numéros n'affecte en rien la validité de la vente de 2004, que concernant la prétendue vente de la chose d'autrui, ils ont dit qu'en l'absence de preuve de cette affirmation aucune conséquence n'est à en tirer.

En réponse au moyen d'absence de cause du contrat de 2007, soulevé par A qui a fait plaider que le contrat de 2004 est la cause du contrat de 2007, ils ont rappelé l'approche dualistique du concept de cause à laquelle s'est ralliée la doctrine à partir du milieu du XXe siècle et qui ajoute à la vision classique de la cause objective de l'obligation, permettant d'en vérifier l'existence, celle, subjective, de la cause du contrat, répondant au besoin d'un contrôle de la licéité et de la moralité des motifs.

Ils ont dit que les développements faits par A ont trait à la notion classique de cause au sens de but immédiat et objectif qui a déterminé un contractant à s'obliger et qui, dans le contrat synallagmatique, est la contrepartie escomptée, dans d'autres variétés d'engagements, la préexistence d'une dette ou d'un avantage perçu, ou encore la volonté de gratifier sans contrepartie (JCL Civ. art. 1131 à 1133, fasc. 10).

A l'analyse du contrat de 2007 et de l'historique des relations entre parties ils ont retenu que la cause de l'obligation de paiement de la société C réside dans l'inexécution par elle de son obligation de délivrance des actions D pour lesquelles la société B avait pourtant déboursé le prix de vente convenu. Ils ont ajouté que si l'on devait admettre, pour les besoins de la discussion, la nullité du contrat de 2004, il n'en resterait pas moins que la société C a perçu la somme de 500.000.- euros, ce qui constituerait, dans cette hypothèse, un enrichissement sans cause dans son chef, lequel apparaîtrait alors comme cause de l'obligation de remboursement stipulée à sa charge dans le contrat de 2007.

Ils en ont déduit la validité de l'obligation de remboursement de la société C.

A reproche aux premiers juges d'avoir considéré à tort que le litige serait à toiser sur la base du seul contrat de 2007 en réfutant *obiter dictum* les trois arguments de l'appelant relatifs au contrat de 2004.

Il reprend ses arguments en instance d'appel, faisant plaider qu'en vertu de l'article 1599 du Code civil la vente de la chose d'autrui est nulle, tout en restant en défaut de rapporter la preuve d'une vente de la chose d'autrui, faisant encore plaider, en méconnaissance de l'article 1583 du Code civil, que le transfert de propriété des actions n'ayant pas eu lieu, le contrat de 2004 n'a jamais existé. Sur ces deux points la Cour se rallie aux développements des premiers juges. C'est d'ailleurs à torts que dans ce contexte A affirme qu'en ne

procédant pas à la vérification d'une bonne livraison des titres vendus, la société B a elle-même manqué à une obligation contractuelle lui incombant. Le contrat de 2004 ne prévoit pas une telle obligation contractuelle à charge de la société B, stipulant seulement dans l'article 5(1) que son obligation de paiement est subordonnée à la remise des titres, respectivement d'un extrait du registre des actionnaires certifiant l'inscription de l'acquéreur comme propriétaire des titres, ce qui est chose différente.

A soutient ensuite que la faculté de rétractation prévue à l'article 4(h) du contrat ne peut être invoquée que dans l'hypothèse où les obligations de chaque partie ont été valablement exécutées, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, la société C n'ayant pas exécuté son obligation. Par conclusions subséquentes il soutient que l'obligation de remboursement convenue en 2007 entre les sociétés B et C trouve sa cause dans l'exercice de cette faculté de rachat prévue dans le contrat de 2004, que le contrat de 2004 devant être annulé, la société B ne peut prétendre à l'exercice de la faculté de rachat de sorte que l'obligation de remboursement invoquée par elle n'a pas de cause et est donc nulle.

L'obligation de remboursement assumée par la société C dans le contrat de 2007 ne trouve pas sa cause dans la faculté de rachat stipulée à l'article 4(h) du contrat de 2004, mais dans l'existence d'une dette dans son chef à l'égard de la société B, dette reconnue par elle dans le contrat de 2007. La circonstance que cette dette est née du fait de l'inexécution par elle des engagements pris dans le contrat de 2004, nonobstant l'exécution des engagements pris par son cocontractant, n'a pas d'incidence sur le caractère autonome de la cause de l'obligation de la société C qui consiste dans la reconnaissance d'une dette à l'encontre de la société B, cause qui n'est pas affectée par des discussions sur l'existence ou la validité du contrat de 2004. Ainsi que l'ont correctement retenu les premiers juges, même en admettant une inexistence ou nullité du contrat de 2004 la dette de la société C prendrait dans ce cas son origine dans un enrichissement sans cause dans son chef, mais la cause de son obligation de remboursement resterait toujours la dette reconnue par elle dans le contrat de 2007.

L'appelant déclare ensuite contester que la mise en demeure du 29 novembre 2007 soit valable, soutenant que la pièce produite en tant qu'avis de réception de la lettre recommandée ne permet d'identifier ni le destinataire, ni la personne ayant réceptionné la lettre, ni la date de réception. Il en déduit qu'il demeure un doute quant au fait que la société C refuse d'exécuter ses engagements, doute qui doit s'opposer à une condamnation solidaire de C et de A.

La Cour constate toutefois avec la société B que la copie de l'avis de réception versée au dossier indique la société C comme destinataire, la date du 30 novembre 2007 comme date de remise de la lettre au destinataire et porte la signature du destinataire. Le moyen est à rejeter.

C'est enfin à tort que A conclut au rejet de la demande de remboursement au motif que la société B n'aurait pas précisé la base légale de cette demande, cette base légale résultant avec toute la précision requise des faits exposés à l'appui de la demande.

La condamnation prononcée par les premiers juges contre la société C est à confirmer.

Statuant sur la demande dirigée contre A, les premiers juges ont dit que dans le contrat de 2007 l'obligation de paiement de la société C est garantie par deux mécanismes, d'une part d'une espèce de mise en gage de diamants (*"deposited as guarantee"*) et d'autre part une *"personal guarantee"* de A.

Ils ont dit que les parties étant d'accord pour dire qu'il n'y a jamais eu dépossession des diamants, cette garantie, à la supposer correspondre au contrat réel que constitue le gage, est inopérante.

Concernant la deuxième garantie, libellée en ces termes: *"Mr. A, overall gives his personal guarantee, institutio* (sic!) *personae, that the amount due as indicated in Annex N1 will be paid back",* ils ont dit qu'elle est à qualifier de cautionnement, lequel constitue l'exemple type d'une sûreté personnelle. Ils ont rejeté le moyen de A tiré de l'article 1326 du Code civil en relevant que A se qualifie lui-même de commerçant, qu'il garantit l'exécution d'une obligation d'une société commerciale à l'égard d'une autre société commerciale, que son cautionnement est donc de nature commerciale et non soumis aux dispositions de l'article 1326 du Code civil.

La société B, citant le Jurisclasseur, soutient que nonobstant le défaut de mise en sa possession des diamants donnés en gage, le contrat de gage est parfaitement valable.

En France, depuis la réforme de 2006, la validité du gage ne requiert plus la remise au créancier des objets mis en gage (cf. art. 2336 du Code civil français, JCL Civ. art.2333 à 2336, fasc. 10, nos 12 et suiv.). Au vu des articles 2071 et 2076 de notre Code civil, les premiers juges sont à confirmer en ce qu'ils ont dit cette garantie inopérante.

A, de son côté, conteste que l'article 7 du contrat de 2007 renferme un cautionnement. Il soutient que le cautionnement classique suppose que la caution s'engage à payer la dette du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci, que dans le contrat de 2007 aucun engagement en ces termes n'est prévu, que dans l'article 7 A a simplement voulu marquer son assurance que C respecterait son engagement, cette déclaration n'étant *"qu'une lettre de recommandation dénuée de valeur juridique obligatoire et se rapproche d'un engagement d'honneur, en un mot d'une obligation d'ordre moral".*

La Cour retient avec les premiers juges que la *personal guarantee* donnée par A dans l'article 7 du contrat de 2007 constitue un cautionnement, exemple type d'une garantie ou sûreté personnelle. C'est d'ailleurs à juste titre que la société B oppose à l'interprétation donnée à cette disposition par l'appelant

l'article 1157 du Code civil d'après lequel une clause susceptible de deux sens doit être entendue dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, plutôt que dans le sens avec lequel elle n'en produit aucun, ce qui serait le cas de l'engagement d'honneur sans valeur juridique obligatoire proposé par A.

L'appelant soutient encore à tort que le contrat de cautionnement est un contrat conclu entre le créancier et la caution, que le contrat de 2007 n'est pas un contrat de cautionnement puisqu'il institue un rapport de débiteur à créancier entre C et B, ne renvoyant pas non plus à un quelconque contrat de cautionnement qui aurait été conclu par ailleurs entre A et B, de sorte qu'on ne peut en déduire l'existence d'un cautionnement de la part de A.

En effet, rien ne s'oppose à ce que dans le contrat entre créancier et débiteur intervienne une caution pour garantir les engagements du débiteur, ce qui a été fait en l'espèce.

A reproche d'autre part aux premiers juges d'avoir qualifié son cautionnement de commercial au motif qu'il est commerçant et garantit l'exécution d'une obligation d'une société commerciale à l'égard d'une autre société commerciale. Il fait valoir que la jurisprudence retient que les engagements pris par des commerçants ne doivent être considérés comme commerciaux que s'ils se réfèrent directement à l'exercice de leur commerce, que le cautionnement même donné par un commerçant à un autre commerçant pour garantir la dette d'un autre commerçant est un acte de bienfaisance purement civil, s'il n'a pas été donné en la forme d'un acte commercial et s'il n'a pas de la part de la caution une cause de spéculation commerciale (Cour 10.1.1884, P. 2,316).

L'appelant fait plaider qu'en l'espèce le cautionnement donné par lui est purement civil, étant donné qu'il est intervenu dans la situation litigieuse, non en tant que professionnel, mais en tant que personne privée.

La société B conclut au maintien de la qualification de cautionnement commercial. Elle soutient que A est le bénéficiaire économique de la société C, que le contrat de 2007 devait à l'origine être conclu entre B et A, étant donné que ce dernier avait été le réel bénéficiaire du montant de 500.000.- euros en 2004, que c'est sur proposition du mandataire de A que la société C a été ajoutée au contrat en qualité de débitrice, le mandataire de A ayant également été le mandataire de la société C. La société B renvoie aux attestations testimoniales et aux pièces versées dont résulte, selon elle, l'intérêt patrimonial évident de A dans l'opération commerciale conclue entre B et C.

A, de son côté, affirme, copie de l'extrait de compte à l'appui, que le montant de 500.000.- euros a été viré à la société C. Il fait plaider que la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme définit le "bénéficiaire effectif" comme *"toute personne physique qui, en dernier lieu, possède ou contrôle le client et/ou toute personne physique pour laquelle une transaction est exécutée ou une activité réalisée …"* que la société B est toutefois en défaut d'établir la façon dont A posséderait ou

contrôlerait la société C, il conteste par ailleurs tout caractère pertinent aux attestations testimoniales et pièces versées par la partie intimée.

Dans leurs attestations testimoniales E, bénéficiaire économique de la société B, et F, à l'époque administrateur délégué de cette société, déclarent que le contrat de 2004 avait pour but de fournir à A un financement lui permettant de développer sa propre marque de joaillerie en Asie.

Dans un courriel adressé le 6 avril 2007, avant la conclusion du contrat du 30 avril 2007, à une dame G, indiquant comme objet: *agreement A-E*, Maître François Moyse, mandataire de A, écrit: *"Before signing, a few amendments should be made. I think that it is unbalanced, as on the one side appear Mr. A and on the other side B and Mr. E. In order to have a fair and balanced agreement, I propose to add European Investment Corporation as a signatory on the debtor's side.*

Also to be coherent Mr E should specify that he is the owner of B, just as it was proposed for Mr. A under §3. Unless your client would prefer to just delete §3."

Dans un courriel adressé à Maître Moyse le 23 juillet 2007, mentionnant comme objet: *Due Date Agreement A-E*, la dame G écrit: *"Let me remind you that due date (30 of June 2007) of the Agreement between A and B HAS is overpassed.*

According to agreement we would like to receive money back on our account …"

Maître Moyse répond le 26 juillet 2007 en ces termes: *"I spoke to Mr A, who came just back from Asia. He told me that the discussions for a new partnership have very well progressed and should soon be finalized.*

He is asking a few more days to progress in the finalizing of the negotiations and will come back to Mr. F in the near future."

Il appert de ces éléments que A a en fait profité de la somme de 500.000.- euros virée à la société C en exécution du contrat de 2004, qu'il est le bénéficiaire économique (*"owner"*) de la société C, qu'il devait initialement figurer comme débiteur dans l'accord de 2007 et que c'est sur demande de son mandataire qu'il a été remplacé comme partie débitrice par la société C, qu'il propose enfin de régler la dette après avoir mené à terme ses négociations en Asie.

La Cour en déduit que A a un intérêt patrimonial et commercial dans l'opération et que son cautionnement doit être qualifié de commercial. Ce cautionnement n'est pas soumis aux formalités de l'article 1326 du Code civil.

A invoque enfin l'article 2037 du Code civil, aux termes duquel *"la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution."*

Il soutient que le contrat de 2004 prévoit dans son article 5 (1) que, préalablement au paiement du prix de vente, B devait s'assurer avoir été inscrite au registre des actionnaires et/ou avoir reçu les titres au porteur, que B a néanmoins payé le prix sans procéder à ces vérifications et a donc manqué à une obligation contractuelle lui incombant, qu'en ne prenant pas garde à ses propres garanties le créancier a privé la caution de la possibilité de s'en prévaloir elle-même par la suite, qu'en effet cette garantie, en cas de paiement du prix par la caution, aurait dû lui être subrogée et elle aurait pu se prévaloir des titres vis-à-vis de C pour obtenir remboursement.

La Cour n'a pas besoin d'entrer dans le détail de cette argumentation, pouvant se borner à rappeler que la caution ne peut prétendre être déchargée en vertu de l'article 2037 du Code civil que si le droit préférentiel perdu existait dès avant son engagement ou a été constitué concomitamment (JCL Civ. art. 2288 à 2320, fasc. 70, n° 32 et les décisions y citées).

En l'espèce la société B n'avait jamais la possession des titres et dans l'acte de 2007, elle n'a pris aucun engagement à se les faire remettre. Le moyen est à rejeter.

L'appel n'est pas fondé et le jugement entrepris est à confirmer, y compris dans ses décisions concernant les indemnités de procédure réclamées en première instance.

A et la société B concluent à l'allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

A, qui succombe en appel et est à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, ne peut prétendre à une indemnité de procédure et sa demande est à dire non fondée.

La demande de la société B est à dire fondée, étant inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer en instance d'appel. Il y a lieu de lui allouer la somme de 3.000.- euros au titre d'une participation aux honoraires d'avocat.

La société C n'a pas constitué avocat et n’a pas été touchée par l’acte d’appel, de sorte qu’il y a lieu de statuer par défaut à son égard.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant par défaut à l’encontre de la société C, contradictoirement à l’égard des autres parties et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

dit l'appel recevable, mais non fondé;

confirme le jugement entrepris;

condamne A à payer à la société anonyme B une indemnité de procédure de 3.000.- euros pour l'instance d'appel

déboute A de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile et le condamne aux frais et dépens de l'instance d'appel, dont distraction au profit de Maître Donata Grasso, sur ses affirmations de droit.