

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 103/21 IV-COM

Audience publique du treize juillet deux mille vingt-et-un

Numéro CAL-2020-01085 du rôle

Composition:

Marie-Laure MEYER, président de chambre;
Carole BESCH, conseiller;
Nathalie HILGERT, conseiller;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

1) la société à responsabilité limitée SOCIETE1.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), représentée par son gérant, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.),

2) PERSONNE1.), sans état connu, demeurant à CH-ADRESSE2.),

appelants aux termes d'un acte de l'huissier de justice Patrick Kurdyban de Luxembourg du 29 octobre 2020,

comparant par la société à responsabilité limitée CERNO, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2449 Luxembourg, 25A, Boulevard Royal, représentée par Maître Cora Maglo, avocat à la Cour,

e t

la société anonyme SOCIETE2.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE3.), représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.),

intimée aux fins du prédit acte Kurdyban,

comparant par Maître Guillaume Lochard, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Faits

Le 13 septembre 2016, PERSONNE1.) a signé, pour le compte de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) SARL (ci-après « SOCIETE1.) ») dont il assume les fonctions de gérant et dont il est l'actionnaire unique, un contrat cadre (ci-après « le contrat cadre ») avec la société anonyme SOCIETE2.) (ci-après « SOCIETE2.) »). Les prestations à fournir par SOCIETE2.) ont été détaillées dans une lettre de mission du même jour (ci-après « la lettre de mission »), acceptée par PERSONNE1.) pour le compte d'SOCIETE1.), et comportent :

« La structuration et la mise en place du Fonds, sous la forme d'un véhicule de titrisation luxembourgeois non réglementé avec compartiments, lesquels assurent la ségrégation des actifs titrisés et permettent de fournir une offre sur mesure aux investisseurs ;

La préparation d'un mémorandum de structure sous format PowerPoint qui explicitera le choix, le design et le fonctionnement de la structure d'un point de vue opérationnel, fiscal et juridique luxembourgeois ;

La coordination avec une étude d'avocats, SOCIETE3.) SA, aux fins d'émission d'une opinion juridique sur la conformité de l'opération aux conditions de la loi du 22 mars 2004 sur la titrisation ;

La préparation de la documentation d'émissions obligataires du Fonds ».

Dans la lettre de mission, les honoraires d'SOCIETE2.) « au titre de la structuration et la mise en place du Fonds (en ce inclus la fourniture du mémorandum de structure) » ont été estimés à 50.000 euros « hors TVA et frais administratifs forfaitaires, et hors frais de notaire ».

En tant que véhicule de titrisation, la société à responsabilité limitée SOCIETE4.) (ci-après « SOCIETE4.) ») a été constituée en date du 27 octobre 2016 et le même jour, PERSONNE1.) a été nommé gérant de SOCIETE4.) par décision de l'associé unique.

SOCIETE2.) a adressé à SOCIETE4.) les deux factures suivantes :

- Facture n° NUMERO3.) du 7 novembre 2016 portant sur le montant de 63.882 euros, et

- Facture n° NUMERO4.) du 20 avril 2017 portant sur le montant de 9.213,75 euros, soit un total de 73.095,75 euros.

Le 5 février 2018, un paiement à hauteur de 20.000 euros est intervenu de la part de PERSONNE1.), par un virement bancaire avec la mention « Honoraires pour mise en place SOCIETE4.) SARL et solde et tout compte ».

Procédure de première instance

Par exploit d'huissier de justice du 28 mai 2018, SOCIETE2.) a assigné SOCIETE1.) et PERSONNE1.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, aux fins de les entendre condamner solidairement, sinon in solidum, sinon chaque partie pour le tout, au paiement du montant total de 65.590,75 euros, à titre du solde impayé pour les prestations fournies et à titre d'une clause pénale, à majorer des intérêts tels que libellés dans l'assignation.

SOCIETE2.) a en outre demandé la condamnation solidaire, sinon in solidum, sinon de chaque partie pour le tout, d'SOCIETE1.) et de PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance, ainsi qu'au paiement d'une indemnité de 2.500 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile. Elle a sollicité finalement l'exécution provisoire sans caution du jugement.

SOCIETE1.) et PERSONNE1.) ont demandé à titre reconventionnel, la condamnation d'SOCIETE2.) à leur payer le montant de 100.000 euros, outre les intérêts légaux, sur base de la responsabilité contractuelle sinon délictuelle.

Par jugement du 2 juillet 2020, le tribunal a

- reçu les demandes principale et reconventionnelle ;
- dit la demande reconventionnelle non fondée ;
- dit la demande principale partiellement fondée ;
- condamné SOCIETE1.) à payer à SOCIETE2.) le montant de 53.095,75 euros, avec les intérêts prévus au chapitre 1 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard à compter de la demande,
- condamné SOCIETE1.) à payer à SOCIETE2.) une indemnité de 1.500 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;
- débouté SOCIETE2.) de sa demande sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile dirigée contre PERSONNE1.) ;
- débouté SOCIETE1.) et PERSONNE1.) de leur demande sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;
- dit qu'il n'y a pas lieu à exécution provisoire sans caution du jugement ;
- condamné SOCIETE1.) aux frais et dépens de la demande dirigée à son encontre ;

- laissé les frais et dépens de la demande dirigée contre PERSONNE1.) à charge d'SOCIETE2.).

Pour statuer ainsi, le tribunal a rejeté le moyen tiré de l'irrecevabilité de la demande pour libellé obscur motifs pris que les faits et la demande étaient suffisamment détaillés de sorte que les parties défenderesses n'ont pas pu se méprendre sur la portée de la demande. En ce qui concerne la demande principale dirigée contre SOCIETE1.), le tribunal a retenu que si SOCIETE2.) a accepté d'assister SOCIETE1.) dans la procédure de l'ouverture d'un compte bancaire opérationnel, cette obligation n'avait pas été incluse dans le champ contractuel et que les parties défenderesses sont restées en défaut d'établir une inexécution fautive d'SOCIETE2.). Il a dit que les contestations des défendeurs à l'égard des prestations d'SOCIETE2.), fournies en exécution de la lettre de mission, étaient à rejeter et que partant SOCIETE2.) était en droit de réclamer à SOCIETE1.) le paiement des prestations fournies en relation avec la mise en place de SOCIETE4.) et des débours y relatifs. Le tribunal a encore retenu que les prestations supplémentaires mises en compte sur la facture n°NUMERO4.) ne sont pas couvertes par la lettre de mission, mais ont été fournies sur demande de PERSONNE1.), gérant d'SOCIETE1.), de sorte que la facture était due. Le tribunal a cependant considéré que la clause pénale ne s'appliquait pas en l'espèce, étant donné que les factures n'ont pas été adressées à SOCIETE1.) et aucune échéance ne s'est imposée à cette dernière.

En ce qui concerne la demande dirigée contre PERSONNE1.), le tribunal a considéré sur base des pièces remises qu'il n'y a pas eu d'engagement personnel de celui-ci de payer les factures émises, de sorte que la demande n'était pas fondée à son encontre.

Le tribunal a ensuite écarté le moyen tenant au libellé obscur opposé par SOCIETE2.) à l'égard de la demande reconventionnelle au motif que ce moyen ne s'applique qu'aux exploits d'ajournement et ne saurait être invoqué à l'égard d'une demande reconventionnelle. Il a retenu que les parties défenderesses sont restées en défaut de rapporter la preuve d'un manquement d'SOCIETE2.) relatif à l'exécution du contrat cadre et de la lettre de mission, respectivement relatif à la saisie-arrêt pratiquée sur le compte bancaire de SOCIETE4.), de sorte que la demande reconventionnelle n'était pas fondée.

Appel

Par exploit d'huissier de justice du 29 octobre 2020, SOCIETE1.) et PERSONNE1.) ont interjeté appel contre le jugement de première instance.

Par réformation, ils demandent à la Cour de :

- voir recevoir l'appel en la forme, au fond le voir dire fondé et justifié,

- constater que les faits reprochés à la partie appelante sont fondés,
- partant et par réformation du jugement entrepris, déclarer que SOCIETE2.) a manqué à ses obligations contractuelles,
- subsidiairement, qu'elle est coupable de négligence fautive,
- constater qu'SOCIETE1.) n'est pas redevable de la somme de 53.095,75 euros, avec les intérêts prévus au chapitre 1 de la loi modifiée du 18 avril 2014 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard à compter de la demande en justice ;
- en outre, condamner la partie intimée au paiement d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile d'un montant de 2.000 euros pour la première instance, alors qu'au vu du comportement de la partie intimée il serait inéquitable de laisser l'intégralité des frais que les parties appelantes ont dû exposer dans le cadre de la première instance et la procédure d'appel à leur charge ;
- donner acte encore aux parties appelantes qu'elles sollicitent une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile de 2.000 euros pour l'instance d'appel,
- partant condamner la partie intimée au paiement du montant de 2.000 euros au titre de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile pour l'instance d'appel,
- en tout état de cause la partie intimée s'entendre condamner aux frais et dépens de l'instance ;
- voir réserver à la partie appelante tous autres droits, dus, moyens et actions.

A l'appui de leur acte d'appel, ils exposent que PERSONNE1.) est l'actionnaire d'SOCIETE1.), associée et gérant commandité d'SOCIETE1.) SCA SICAV-FIS, fonds à compartiment multiple. Désirant constituer au Luxembourg une autre structure d'investissement sans contraintes d'accréditation auprès des autorités de régulations, PERSONNE1.) a été mis en contact avec SOCIETE2.) et il lui a confié la mission de

- 1) structurer et mettre en place le véhicule de titrisation,
- 2) préparer un mémo sur le choix, le design et le fonctionnement de la structure d'un point de vue opérationnel, fiscal et juridique luxembourgeois,
- 3) coordonner avec SOCIETE3.) SA pour l'émission d'une legal opinion sur la conformité de l'opération à la loi de titrisation, et
- 4) préparer la documentation d'émission obligatoire du véhicule de titrisation.

Selon les appelants, le point 1) de la mission incluait la préparation et la délivrance clés en mains d'une société opérationnelle et sur

laquelle les sommes à fournir par les investisseurs n'avaient plus qu'à être transférées.

Ils soutiennent que dès le 27 septembre 2016, PERSONNE1.) a mis SOCIETE2.) en contact avec la SOCIETE5.) afin qu'elles puissent travailler ensemble à la mise en place et l'ouverture des comptes bancaires ; que le 3 octobre 2016, SOCIETE2.) avait fourni à la SOCIETE5.) les éléments relatifs aux obligations en matière de compliance/KYC ; que le 14 octobre 2016 PERSONNE1.) indiquait à la SOCIETE5.) son souhait d'ouvrir le compte pour être opérationnel la semaine suivante mais que le 24 octobre 2016 l'ouverture du compte bancaire n'était toujours pas réalisée. A la date de la constitution de la société SOCIETE4.) possédait certes un compte bancaire, mais celui-ci n'était pas opérationnel.

Le 13 novembre 2017, la SOCIETE5.) aurait indiqué qu'elle n'avait jamais reçu la documentation d'ouverture de compte de la société SOCIETE4.). Les appelants font valoir que ce n'est qu'en février 2018 qu'ils ont appris que la banque a les mêmes contraintes très exigeantes de contrôle, de vérification des fonds et de la destination pour l'ouverture d'un compte de titrisation que pour l'ouverture d'un fonds SCA, SICAV-FIS au Luxembourg. Ils font valoir que si PERSONNE1.) avait eu cette information dès le départ, il n'aurait jamais engagé des fonds pour constituer la société SOCIETE4.) étant donné qu'il disposait déjà d'SOCIETE1.) SICAV-FIS et que le seul intérêt pour la constitution de la société SOCIETE4.) était d'avoir une structure plus flexible.

Ils estiment dès lors qu'SOCIETE2.) a manqué à son obligation contractuelle de délivrer une société opérationnelle, de sorte qu'elle n'est pas en droit de réclamer le paiement des prestations fournies en relation avec la mise en place de la société SOCIETE4.). Cette inexécution a causé un tort immense à PERSONNE1.) puisqu'il s'est retrouvé avec des investisseurs qui n'ont pu investir et qu'il dispose à ce jour d'un véhicule vide sans aucune utilité.

A titre subsidiaire, si la Cour devait retenir que l'obligation d'ouvrir le compte bancaire n'était pas une obligation contractuelle, ils estiment que les agissements d'SOCIETE2.) constituent néanmoins une négligence fautive au sens de l'article 1382 du Code civil.

Ils font finalement grief au jugement d'avoir condamné SOCIETE1.) au paiement d'une indemnité de procédure et ils demandent à se voir allouer une indemnité de procédure de 2.000 euros pour la première instance et de 2.000 euros pour l'instance d'appel.

Dans leurs conclusions notifiées le 6 mai 2021, les appelants réfutent le moyen d'irrecevabilité de l'acte d'appel soulevé par l'intimée pour être non fondé. Quant à l'effet dévolutif de l'appel, ils font valoir que leur acte d'appel est conçu dans des termes généraux et que dès lors l'appel est dirigé contre toutes les dispositions du jugement de

première instance qui leur sont préjudiciables, donc y compris la décision de rejet de leur demande reconventionnelle.

Ils font à ce titre grief au tribunal d'avoir rejeté leur demande reconventionnelle et soutiennent qu'il y a lieu, compte tenu des inexécutions contractuelles commises par SOCIETE2.), de condamner cette dernière au paiement de dommages et intérêts de 100.000 euros.

En ce qui concerne l'appel incident, les appelants contestent que PERSONNE1.) se soit engagé personnellement envers SOCIETE2.) et qu'il puisse être considéré comme codébiteur, respectivement caution solidaire.

SOCIETE2.) soulève l'irrecevabilité de l'appel au motif que la demande tendant à « constater » par la Cour que « SOCIETE1.) n'est pas redevable de la somme de 53.095,75 € » est libellée de manière vague et obscure. Elle estime que la Cour n'est pas compétente pour statuer sur une demande de déclaration « erga omnes ». Dans la mesure où la Cour n'est pas saisie d'une demande d'SOCIETE1.) d'être déchargée d'une condamnation, respectivement de déclarer la demande initiale d'SOCIETE2.) non fondée, elle ne saurait se prononcer en ce sens.

Elle ajoute que dans l'exposé des faits de l'acte d'appel, les appelants font valoir que l'inexécution contractuelle par SOCIETE2.) a causé un tort immense à PERSONNE1.) sans que ce dernier n'ait formulé une demande à se voir allouer des dommages et intérêts.

Elle dit encore s'étonner de la phrase dans le dispositif « constater que les faits reprochés à la partie appelante sont fondés ».

SOCIETE2.) estime ensuite que la demande tendant à sa condamnation au paiement de 1.00.000 euros ne figure pas dans l'acte d'appel mais a été ajoutée dans les conclusions subséquentes et qu'elle constitue de ce fait une demande nouvelle, irrecevable.

Quant au fond, SOCIETE2.) conteste avoir manqué à ses obligations découlant du contrat. Elle fait valoir que suivant lettre de mission du 13 septembre 2016, elle avait été chargée par SOCIETE1.) de la structuration et de la mise en place d'un fonds sous la forme d'une société de titrisation et la fourniture d'un mémorandum pour des honoraires estimés à 50.000 euros htva + frais administratifs de 5%. Suite à des commandes supplémentaires, elle aurait préparé un « bond agreement » facturé au tarif conventionnellement prévu de 2.000 euros htva, effectué des services de conseils fiscaux, facturés à 3.500 euros htva et des services d'implémentation sociale (4.000 euros htva), services qu'elle a facturés séparément dans le cadre de sa deuxième facture du 20 avril 2017. Elle fait valoir que les contrats ne visaient pas l'ouverture d'un compte en banque et elle conteste sa responsabilité à cet égard. Elle avance que si elle a accepté de prêter main forte à PERSONNE1.) aux fins de l'activation du compte, elle

n'avait cependant aucune influence sur la banque pour que celle-ci donne son avis favorable, ce d'autant moins qu'il résulterait des pièces que PERSONNE1.) n'avait pas donné les informations essentielles nécessaires à la banque en vue de l'ouverture du compte. Elle estime que l'attestation testimoniale versée par les appelants est irrecevable pour émaner d'un associé et qu'elle manque de crédibilité. Elle conteste dès lors toute faute contractuelle ou extracontractuelle et demande la confirmation du jugement en ce que le tribunal a condamné SOCIETE1.) au paiement de ses deux factures.

Elle demande par appel incident, de voir condamner PERSONNE1.) au paiement des deux factures. Elle fait valoir que PERSONNE1.) a reconnu dans des courriels devoir payer les factures litigieuses, qu'il a signé les six ordres de virement, dont deux au profit d'SOCIETE2.) et que ces différents écrits sont à considérer comme aveux extrajudiciaires, sinon des reconnaissances de dette. Elle ajoute que le 5 février 2018 PERSONNE1.) a lui-même payé un acompte de 20.000 euros au titre des « honoraires pour mise en place SOCIETE4.) SARL et solde et tout compte ».

Elle demande dès lors par réformation, la condamnation solidaire, sinon in solidum, sinon de chacun pour le tout des appelants à lui payer la somme de 53.095,75 euros avec les intérêts de retard tels que prévus par les articles 1^{er} et 3 de la loi du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard, telle que modifiée par la loi du 29 mars 2013, concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, sur le montant de 73.095,75 euros en tenant compte d'un acompte de 20.000 euros du 5 février 2018, à partir de la date d'échéance des factures jusqu'à solde ainsi qu'une indemnité de procédure de 2.500 euros pour la première instance et de 2.500 euros pour l'instance d'appel. Elle demande encore l'exécution provisoire de l'arrêt à intervenir nonobstant tout recours sans caution, sur minute et avant l'enregistrement.

SOCIETE2.) indique finalement qu'elle ne fait pas appel incident sur le fait que la clause pénale ne lui a pas été allouée.

Appréciation

Recevabilité de l'appel

L'intimée fait valoir qu'il ne lui est pas possible au regard de l'acte d'appel de déterminer les griefs réels soulevés par les appelants.

En application de l'article 154, point 1, du Nouveau Code de procédure civile, auquel renvoie l'article 585 du même code, l'acte d'appel doit à peine de nullité contenir l'objet de la demande et un exposé sommaire des moyens, étant précisé que la nullité pour défaut de motivation de l'acte d'appel est régie par l'article 264 du Nouveau Code de procédure civile.

Les dispositions légales précitées ont pour but de faire connaître, dès l'ingrès, à la partie intimée les critiques émises par l'appelant à l'encontre de la décision de première instance, ceci avec suffisamment de précision pour lui permettre de préparer utilement sa défense. L'inobservation de cette règle, lorsqu'elle cause grief à la partie intimée, rend l'appel nul pour libellé obscur.

En l'espèce, il se dégage des termes de l'acte d'appel que les appelants critiquent les juges de première instance pour avoir condamné SOCIETE1.) au paiement de la somme 53.095,75 euros outre les intérêts et pour ne pas avoir suivi leur argumentation relative à l'inexécution contractuelle par SOCIETE2.).

Le libellé de l'acte d'appel, nonobstant la formule générale contenue dans le dispositif « constater que SOCIETE1.) n'est pas redevable de la somme de 53.095,75 € » a permis à SOCIETE2.) de connaître les griefs portés contre le jugement entrepris et d'organiser utilement sa défense.

En l'absence de preuve de l'existence d'un grief dans le chef d'SOCIETE2.), le moyen tiré du libellé obscur de l'acte d'appel est, dès lors, à rejeter.

Etendue de la saisine de la Cour :

SOCIETE2.) a soulevé l'irrecevabilité de la demande des appelants en paiement de dommages et intérêts de 100.000 euros au motif que cette demande n'a pas été faite dans l'acte d'appel mais a été rajoutée par des conclusions subséquentes.

Les appelants répliquent à ce moyen en soutenant que par l'effet dévolutif, leur appel, non limité, couvre la réformation de la décision relative à leur demande reconventionnelle.

L'effet dévolutif est généralement défini comme étant l'effet produit par certaines voies de recours (appel, opposition) qui, remettant en question une chose jugée, en défèrent la connaissance à la juridiction de recours avec pouvoir et obligation pour elle de statuer à nouveau en fait et en droit sur tous les points qu'elles critiquent dans la décision attaquée (et sur ces points seulement). Le litige se trouve donc transporté du premier juge devant le juge du second degré. L'acte d'appel saisit la juridiction d'appel et détermine l'étendue de sa saisine suivant l'adage « tantum devolutum, quantum appellatum ».

L'effet dévolutif de l'appel détermine donc dans quelle mesure un litige se trouve déféré de la première instance à l'instance supérieure.

L'étendue de la dévolution est déterminée par les termes de l'exploit d'appel. Lorsque l'exploit d'appel est conçu en termes généraux, la dévolution embrasse toutes les dispositions de la décision attaquée qui sont préjudiciables à l'appelant. Pour que la dévolution ne soit que partielle, il faut que l'acte d'appel s'exprime en termes clairs et précis à cet égard. Si l'appel est d'une manière non ambiguë limité à certains

chefs déterminés, la dévolution est restreinte à ces chefs et la juridiction d'appel ne pourrait statuer sur les autres chefs sans violer à la fois l'autorité de la chose jugée et le contrat judiciaire qui s'est formé entre les parties litigantes.

L'appel de PERSONNE1.) et d'SOCIETE1.) se cantonne exclusivement au volet relatif à la demande en paiement des deux factures. Cette limitation est sans équivoque et se reflète également dans le dispositif de l'acte d'appel.

Ce n'est que dans un corps de conclusions subséquent que les appelants concluent à la réformation du jugement en ce qui concerne le rejet de leur demande reconventionnelle.

L'article 585 du Nouveau Code de procédure civile, renvoyant à l'article 154 du même code, exige, à peine de nullité, que l'assignation contienne « l'objet et un exposé des moyens », l'article 154 du Nouveau Code de procédure civile précisant in fine que « l'assignation vaut conclusions ».

Comme l'article 154 du Nouveau Code de procédure civile auquel renvoie l'article 585 du même code, exige que l'acte d'appel contienne, à peine de nullité, l'objet et un exposé sommaire des moyens, la Cour n'est en principe pas saisie valablement des chefs du jugement entrepris à propos desquels l'acte d'appel n'énonce aucun grief ni ne fait valoir le moindre moyen. Si l'appelant peut développer ses moyens dans ses conclusions postérieures, il ne peut cependant pas étendre la saisine opérée par l'acte d'appel en critiquant dans ses conclusions des chefs non entrepris dans l'acte d'appel.

Les appelants ayant limité leur appel à la question de la demande en paiement des factures, ils ne sauraient étendre la saisine de la juridiction d'appel par des conclusions ultérieures, de sorte que l'appel est irrecevable pour autant qu'il concerne la demande reconventionnelle en obtention des dommages et intérêts.

L'appel principal pour le surplus, tout comme l'appel incident, introduits dans les formes et délai de la loi, sont recevables.

La demande en paiement d'SOCIETE2.) contre SOCIETE1.):

Les appelants font grief au tribunal de ne pas avoir retenu un manquement aux obligations contractuelles d'SOCIETE2.) relatives à l'ouverture d'un compte bancaire actif pour le compte de la société de titrisation à créer.

Ils soutiennent qu'SOCIETE2.) avait comme seule mission de fournir à PERSONNE1.) « un véhicule de titrisation non réglementé avec compartiments qui aurait vocation à investir dans de la dette finançant des actifs immobiliers situés en Europe et en Asie du sud Est. »

L'ouverture du compte ayant été impossible, SOCIETE2.) aurait failli à cette mission.

Pour établir leur version, ils se basent sur l'attestation testimoniale de PERSONNE2.) et divers emails entre parties.

C'est à tort qu'SOCIETE2.) fait valoir que PERSONNE2.) ne saurait être admis en tant que témoin.

L'article 405, alinéa 1er du Nouveau Code de procédure civile dispose que chacun peut être entendu comme témoin, à l'exception des personnes qui sont frappées d'une incapacité de témoigner en justice. Cette disposition met fin à l'application des règles antérieures autour de la notion de reproche de témoin, par laquelle un certain nombre de personnes pouvaient être écartées du témoignage sur base de la suspicion quant à leur sincérité ou leur impartialité à déposer, sinon de leur intérêt moral ou matériel dans l'issue du litige.

Toutefois, le principe fondamental en vertu duquel nul ne peut être témoin dans sa propre cause reste applicable, même s'il n'est pas reproduit parmi les articles du Nouveau Code de procédure civile, sauf que la règle, d'interprétation stricte, ne s'applique que lorsque le témoin est réellement partie au litige.

Transposée aux litiges impliquant des personnes morales, la règle en question fait que n'est considérée comme partie au litige que la personne qui s'identifie avec la personne morale, en raison de l'envergure de ses pouvoirs de représentation dans la société et/ou du capital qu'elle y détient.

Il se dégage des extraits du registre de commerce et des sociétés que PERSONNE2.) est gérant d'SOCIETE1.) depuis le 30 avril 2012 et que cette société ne peut être engagée que par la signature conjointe de deux gérants, respectivement d'une personne à qui ce pouvoir aura été délégué par deux gérants (art. 9 des Statuts d'SOCIETE1.)).

Aux termes de l'article 399 du Nouveau Code de procédure civile, le juge peut recevoir des tiers les déclarations de nature à l'éclairer sur les faits litigieux dont ils ont personnellement connaissance. Il en résulte qu'il faut, mais il suffit, d'être un tiers au moment de la déclaration (Jurisclasseur, Procédure civile, Fasc. 700-70 : Déclaration des tiers, n° 10).

Au vu de ce qui précède et dans la mesure où une société a une personnalité juridique distincte de celle de ses associés et dirigeant(s), il faut conclure que PERSONNE2.) ne peut être assimilé à SOCIETE1.) et qu'il doit partant être considéré comme tiers. Son attestation testimoniale n'est partant pas à rejeter pour ces motifs.

C'est par une juste appréciation des éléments de fait et de cette attestation à laquelle la Cour renvoie, que le tribunal a retenu que si SOCIETE2.) a accepté d'assister SOCIETE1.) dans la procédure de

l'ouverture d'un compte bancaire opérationnel, il ne ressort ni de l'attestation testimoniale, ni du contrat cadre, ni de la lettre de mission, ni du mémorandum du 29 décembre 2016, ni du courriel d'SOCIETE2.) du 3 octobre 2016 qu'SOCIETE2.) et SOCIETE1.) ont convenu d'inclure dans leur champ contractuel une obligation à charge d'SOCIETE2.) de fournir un compte bancaire opérationnel pour la société SOCIETE4.).

Il résulte au contraire de l'échange de courriels entre PERSONNE1.), SOCIETE2.) et la banque que celle-ci s'adressait directement à PERSONNE1.) pour avoir les informations précises sur les investisseurs.

Le jugement est dès lors à confirmer en ce que le tribunal a retenu que PERSONNE1.) et SOCIETE1.) sont restés en défaut d'établir une inexécution fautive d'SOCIETE2.).

Les appelants ne formulent aucune critique précise par rapport aux prestations réclamées par SOCIETE2.) au titre des factures n°NUMERO3.) et n°NUMERO4.), de sorte que le jugement est à confirmer en ce qu'il a condamné SOCIETE1.) au paiement de ces deux factures y compris les intérêts prévus au chapitre 1 de la loi modifiée de 2004 à compter de la demande en justice jusqu'à solde.

La demande en paiement dirigée contre PERSONNE1.)

Dans le cadre de son appel incident, SOCIETE2.) fait grief au tribunal d'avoir déclaré la demande formulée à l'égard de PERSONNE1.) non fondée.

Elle soutient que PERSONNE1.) s'est porté fort de payer les honoraires d'SOCIETE2.), qu'il a reconnu les factures et qu'il a fait un paiement le 15 février 2018 en nom personnel. Elle ajoute que dans la mesure où PERSONNE1.) a basé sa demande reconventionnelle sur la responsabilité contractuelle, il a admis que le contrat existe entre lui et SOCIETE2.) et qu'il y a avoué judiciaire sur l'existence de la relation contractuelle.

En vertu de l'article 1356, alinéa 1er, du Code civil « l'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial ».

L'aveu judiciaire visé par l'article 1356 du Code civil exige de la part de son auteur, ou de son fondé de pouvoir spécial, une manifestation non équivoque de sa volonté de reconnaître pour vrai un fait de nature à produire contre lui des conséquences juridiques.

En l'espèce le seul fait pour PERSONNE1.) de formuler une demande en obtention de dommages et intérêts basée principalement sur la responsabilité contractuelle et subsidiairement sur la responsabilité délictuelle d'SOCIETE2.) sans donner plus de précision sur la conclusion d'un contrat ne saurait constituer un aveu judiciaire de sa part quant à l'existence d'une relation contractuelle entre lui et

SOCIETE2.), ce d'autant moins qu'il est constant en cause que les documents contractuels ont été signés par PERSONNE1.) en sa qualité de gérant d'SOCIETE1.) et ne prévoient aucun engagement personnel de sa part.

Par ailleurs, le paiement de la somme de 20.000 euros par PERSONNE1.) au titre d'une facture émise dans le cadre du contrat conclu avec SOCIETE1.) ne saurait valoir engagement de sa part pour être tenu au paiement de l'ensemble des factures litigieuses, ni avoir extra-judiciaire. En effet, il est admis par l'article 1236 du Code civil qu'une obligation peut être acquittée par un tiers, intéressé ou non, de sorte qu'aucune conséquence juridique sur l'existence d'une relation contractuelle entre PERSONNE1.) et SOCIETE2.) ne saurait être tirée par le paiement opéré en son nom personnel pour une dette d'SOCIETE1.).

A l'instar du tribunal, la Cour retient encore qu'aucun engagement personnel de PERSONNE1.) comme codébiteur ou caution d'SOCIETE1.) ne résulte des échanges des courriels, ni des ordres de virements signés par PERSONNE1.), de sorte que par adoption de motifs, il y a lieu de retenir qu'SOCIETE2.) n'a pas rapporté la preuve d'un engagement personnel de PERSONNE1.) de payer les factures émises.

Le jugement est dès lors à confirmer en ce que le tribunal a déclaré la demande d'SOCIETE2.) non fondée à l'égard de PERSONNE1.).

Les indemnités de procédure

PERSONNE1.) et SOCIETE1.) demandent par réformation du jugement à se voir allouer une indemnité de procédure de 2.000 euros pour chaque instance.

Dans la mesure où SOCIETE1.) a succombé tant en première instance qu'en instance d'appel, il y a lieu de confirmer le tribunal en ce qu'il l'a déboutée de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure. Elle est également à débouter de cette demande en instance d'appel.

PERSONNE1.) ne justifiant en l'espèce pas l'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, le jugement est à confirmer en ce que sa demande en obtention d'une indemnité de procédure a été déclarée non fondée. Pour les mêmes motifs sa demande formulée pour l'instance d'appel est également à rejeter.

SOCIETE2.) demande par réformation du jugement la condamnation solidaire, sinon in solidum, sinon de chacun des appelants au paiement d'une indemnité de procédure de 2.500 euros pour la première instance et de 2.500 euros pour l'instance d'appel.

Au vu de l'issue de l'appel incident, le jugement est à confirmer en ce que la demande d'SOCIETE2.) à l'encontre de PERSONNE1.) en obtention d'une indemnité de procédure a été déclarée non fondée.

Pour les mêmes motifs il n'y a pas lieu de faire droit à la demande pour l'instance d'appel.

En revanche, au vu de l'issue du litige en ce qui concerne la demande d'SOCIETE2.) à l'encontre d'SOCIETE1.), il est inéquitable de laisser à la charge exclusive d'SOCIETE2.) les frais non compris dans les dépens qu'elle a exposés tant en première instance qu'en instance d'appel. C'est dès lors à juste titre que le tribunal a condamné SOCIETE1.) à payer à SOCIETE2.) une indemnité de procédure de 1.500 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et la Cour lui alloue une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel.

Il n'y a pas lieu de faire droit à la demande d'SOCIETE2.) tendant à voir ordonner l'exécution provisoire du présent arrêt dès lors qu'un éventuel pourvoi en cassation n'a pas d'effet suspensif.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, en application de l'article 2 de la loi modifiée du 19 décembre 2020 portant adaptation temporaire de certaines modalités procédurales en matière civile et commerciale,

dit l'appel irrecevable pour autant qu'il concerne la demande reconventionnelle en paiement de dommages et intérêts,

reçoit les appels principal et incident pour le surplus,

dit l'appel principal non fondé,

dit l'appel incident non fondé,

confirme le jugement entrepris,

dit non fondée la demande de la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) et de PERSONNE1.) introduite sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

dit non fondée la demande de la société anonyme SOCIETE2.) introduite à l'encontre de PERSONNE1.) sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

condamne la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) à payer à la société anonyme SOCIETE2.) une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel,

dit qu'il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire de l'arrêt,

condamne la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) et PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel.