

Arrêt référé

Audience publique du 19 mai deux mille dix

Numéro 35610 du rôle.

Composition:

Julien LUCAS, président de chambre;
Marie-Anne STEFFEN, premier conseiller;
Jean-Paul HOFFMANN, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

1. la société anonyme B),

2. la société anonyme Société Luxembourgeoise d'Entreprise et de Construction S) S.A,

3. la société anonyme VL) N.V.,

appelantes aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg en date du 12 janvier 2010,

comparant par Maître Nicolas CHELY, en remplacement de Maître François COLLOT, avocats à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la société anonyme de droit belge C) S.A.),

intimée aux fins du susdit exploit HOFFMANN du 12 janvier 2009,

comparant par Maître Christophe BRAULT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

2. la société coopérative à responsabilité limitée de droit belge CAC),

intimée aux fins du susdit exploit HOFFMANN du 12 janvier 2009,

comparant par Maître Véronique LAURENT, avocat au barreau de Bruxelles, assistée de Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR DAPPEL :

Statuant sur la demande de la société anonyme de droit belge C) SA (ci-après « C) ») sur base de l'article 933 alinéa 1er du nouveau code de procédure civile, le juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, par une ordonnance du 9 décembre 2009, a fait défense à la société coopérative à responsabilité limitée de droit belge CAC) SC (ci-après « CAC ») de procéder, de quelque façon que ce soit, à l'exécution de la lettre de garantie n° A.69.617 datée du 16 janvier 2008, aussi longtemps qu'une décision au fond, coulée en force de chose jugée, quant à la qualification juridique de la lettre de garantie n° A.69.617 datée du 16 janvier 2008, n'aura pas été rendue entre la société anonyme de droit belge C) SA d'une part et 1) la société anonyme de droit belge B) SA (ci-après « B) »), 2) la société S) SA (en abrégé S) SA) (ci-après « S) »), 3) la société anonyme de droit belge VL) NV (ci-après « VL) »), agissant en association momentanée, d'autre part, sous peine d'astreinte de 200.000.- EUR par infraction constatée. Il a par ailleurs condamné les parties défenderesses à une indemnité de 2.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile.

Par la même ordonnance, il a rejeté la demande en provision de la société anonyme de droit belge B) SA, de la société luxembourgeoise d'entreprise et de construction S) SA et de la société anonyme de droit belge VL) NV, agissant en association momentanée.

De cette décision, qui n'a pas été signifiée, B), S) et VL) ont régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 12 janvier 2010.

Ces parties demandent la réformation de l'ordonnance attaquée et elles réclament une indemnité de procédure de 2.000.- EUR.

Elles demandent à la Cour, d'une part, de déclarer irrecevables, sinon non fondées les demandes formulées par C) et, d'autre part, de condamner la CAC) au paiement de la somme de 159.820.- EUR avec les intérêts légaux à partir de l'appel en garantie, sinon de l'assignation en justice.

A l'appui de leur appel, les sociétés réunies en association momentanée réexposent les difficultés auxquelles elles auraient été confrontées dans l'exécution des travaux confiés à C).

Elles estiment que la garantie bancaire présentait un caractère inconditionnel et autonome et qu'il n'y aurait aucun doute sur la qualification de celle-ci de « garantie à première demande ». Etant donné qu'il y aurait absence d'abus manifeste mais au contraire vraisemblance de la créance, la garantie ne devrait faire l'objet d'aucune mesure judiciaire, empêchant sa mise en jeu normale.

Elles font valoir que les conditions d'application de l'article 933, alinéa 1^{er}, du Nouveau Code de Procédure civile ne sont pas remplies, aucun dommage ne risquant de se produire et l'attitude des parties appelantes restant purement passive. Il n'y aurait par ailleurs aucun trouble illicite ni trouble entraînant un quelconque préjudice.

La demande de nomination de séquestre, présentée en ordre subsidiaire par C) serait pareillement à rejeter, le séquestre devant en l'occurrence être placé à l'étranger de sorte que les juridictions luxembourgeoises seraient incompétentes. Plus subsidiairement encore, la partie intimée n'aurait pas introduit de procédure au fond et plus subsidiairement encore, le séquestre devrait être rejeté pour les mêmes motifs que la défense de payer.

Les parties appelantes demandent par ailleurs une provision à hauteur de la garantie à première demande à l'encontre de la CAC).

Elles demandent encore de réformer l'ordonnance en ce qu'elle les a condamnées à une indemnité de procédure et elles font remarquer qu'il y a une incohérence entre la motivation et le dispositif de cette ordonnance pour ce qui est du montant de cette indemnité.

La CAC) estime qu'elle a émis une garantie à première demande. Elle explique toutefois sa position entre les parties, les membres de l'association momentanée la sommant de s'exécuter et C) lui interdisant formellement de

ce faire. Elle se remet donc à prudence de justice en estimant qu'il n'y aurait pas lieu de la condamner à de quelconques intérêts ou frais.

C) demande la confirmation de l'ordonnance de première instance. Elle demande une indemnité de procédure de 2.500.- EUR à l'encontre des membres de l'association momentanée.

En ordre principal, elle fait valoir que la garantie serait caduque puisqu'une réception des travaux serait intervenue en février 2010. En ordre plus subsidiaire, elle réitère ses contestations quant à la qualification juridique du document. En ordre plus subsidiaire encore, elle conteste les désordres, vices, malfaçons et retards allégués.

Quant à la qualification de la garantie

La garantie accordée par le CAC est intitulée : « GARANTIE A PREMIERE DEMANDE DE BONNE EXECUTION N° A. 69.617 ».

Elle stipule ce qui suit :

« Le soussigné, le CAC) SC, ayant son siège social à B-1170 BRUXELLES, déclare se porter envers et au profit de la Société Momentanée PRESIDENT A-B-C TCE-AM3- "B)-S)-VL)", ayant son siège social à L-4902 BASCHARAGE, B.P. 132, d'ordre et pour compte de la SA C), ayant son siège social à B-1200 BRUXELLES, garant jusqu'à concurrence de C 159.820,- (CENT CINQUANTE-NEUF MILLE HUIT CENT VINGT EUROS), pour garantir la bonne exécution du lot travaux de façades en pierre dans le cadre du chantier Président A-B-C- - TCE à L-1246 Kirchberg, rue Albert Borschette/boulevard J.F. Kennedy et relatif au bon de commande n° 005/PRESIDENT-TCE/07 et contrat réf. RFA/FZI/PLE-566/sla-07- 2503 du 12 novembre 2007.

La présente garantie restera valable jusqu'au procès-verbal de réception des travaux, mais au plus tard jusqu'au prononcé du constat d'achèvement des travaux, date à laquelle elle deviendra automatiquement caduque.

Le présent engagement est strictement financier : il oblige le CAC) SC. irrévocablement et inconditionnellement à payer une somme d'argent à la première demande de la Société Momentanée PRESIDENT A-B-C TCE-AM3- "B)-S)-VL) par écrit ou par télécopie, indépendamment de la validité et des effets juridiques du "contrat de sous-traitance" signé le 12 novembre 2007 et sans faire valoir ni d'exception ni d'objection résultant dudit contrat ».

Le juge de première instance a estimé, notamment au vu de l'intitulé de cet écrit, qu'il n'était pas établi, à l'exclusion de tout doute, que le bénéficiaire de la garantie, en l'occurrence l'Association Momentanée B)-S)-VL), disposait d'une garantie à première demande inconditionnelle et autonome, c'est à dire indépendante de la bonne exécution des travaux commandés et qu'il y avait partant contestation sérieuse quant à la qualification de l'écrit.

Or, une telle difficulté d'interprétation n'est toutefois pas donnée à la lecture de l'ensemble de la garantie et notamment de l'alinéa 3 qui mentionne que le CAC) s'oblige à payer inconditionnellement. Il s'ensuit que l'intitulé qui se réfère à la bonne exécution pose uniquement le cadre dans lequel la garantie a été donnée sans ajouter une quelconque condition. Ceci est d'ailleurs également l'interprétation donnée par le CAC) qui n'a refusé le paiement que par prudence, face à la défense formelle qui lui a été faite par C).

Quant aux effets de la garantie

Il est de principe qu'en souscrivant une garantie à première demande, le garant s'oblige de manière irrévocable et inconditionnelle à tenir à disposition du bénéficiaire le montant de son engagement.

Les seules vérifications que le garant est en droit d'opérer sont celles qui ont trait directement à la lettre de garantie: il veillera à ce que les conditions matérielles de son crédit soient satisfaites et que la réclamation qu'il a reçue soit régulière en la forme. Mais son contrôle se cantonnera à cette régularité apparente de l'appel sans jamais porter sur le bien-fondé de celui-ci (cf. André PRÜM, « Les garanties à première demande » Ed. Litec 1994 n° 362).

Ainsi, le garant, pas plus que le juge saisi par le donneur d'ordre, ne sont en droit de contester la véracité des allégations et des motifs invoqués par le bénéficiaire. L'examen des documents produits devra se limiter au strict contrôle de la régularité formelle par référence à la lettre de garantie. L'autonomie de l'engagement interdit en effet d'en apprécier le contenu - la conformité substantielle - en tenant compte d'éléments extrinsèques au jeu de documents présentés (cf André PRÜM précité, no 359 à 361).

Une demande à première garantie ne peut être paralysée qu'en cas de manœuvres frauduleuses et abusives qui, au-delà du contrat de base, vicient directement le rapport de garantie. La créance du bénéficiaire ne saurait cependant être tenue en échec par une simple allégation de sa mauvaise foi,

il faut la preuve d'une fraude ou d'un abus manifestes (cf. André PRÜM, «Les garanties à première demande» Ed. Litec 1994 n° 450, 451 et 487).

La paralysie d'une garantie à première demande suppose ainsi qu'il soit établi, d'une part, que le bénéficiaire ne disposait manifestement d'aucun droit pour en percevoir le règlement et, d'autre part, qu'il en était parfaitement conscient. Cette double condition – objective et subjective – permet de sauvegarder la finalité de la sûreté et son autonomie, tout en en subordonnant la réalisation aux principes fondamentaux de la théorie des obligations (ibidem, n° 454).

La preuve que l'appel en garantie est manifestement abusif ou frauduleux doit être rapportée directement par son donneur d'ordre (cf. André PRÜM, « Les garanties à première demande » Ed. Litec 1994 n° 485).

Le donneur d'ordre doit alors prévenir le garant que la mise en jeu de son engagement est illicite, en le mettant formellement en garde contre tout règlement. Le garant reste cependant libre d'apprécier la malhonnêteté du bénéficiaire (cf. André PRÜM, «Les garanties à première demande» Ed. Litec 1994 n° 492).

Le moyen relatif à la réception formé par C) n'apparaît pas comme sérieux, aucun procès-verbal de réception n'étant fourni. A ce propos, la seule mention dans un article de journal, versé par l'intimée C), ne saurait avoir aucune force probante. Par ailleurs, les parties étaient manifestement en procès dès avant la date alléguée de février 2010 de sorte qu'un procès-verbal de réception, tel que prévu à la garantie n'a pu intervenir.

Au vu des développements quant aux effets de la garantie, les moyens relatifs à la réalité ou l'absence des vices et malfaçons ou retards ne sont pas à examiner. Par ailleurs, C) ne prouve point, et n'allègue d'ailleurs même pas qu'il y ait abus manifeste au recours en garantie.

L'ordonnance de première instance est par conséquent à réformer dans la mesure où elle a fait défense à la CAC) de procéder, de quelque façon que ce soit, à l'exécution de la lettre de garantie n° A.69.617, la demande de C) étant irrecevable étant donné que les conditions d'application de l'article 933, alinéa 1er du Nouveau Code de Procédure civile ne sont pas remplies.

Les conditions d'une mise sous séquestre ne sont pas davantage réunies. Si l'existence de la fraude ou de l'abus ne crève pas les yeux, la demande doit être rejetée. En effet, pas plus qu'il ne peut, en l'absence de fraude ou d'abus manifestes, y avoir lieu à défense judiciaire, il ne peut y avoir lieu à mise sous séquestre judiciairement prononcée des sommes correspondant à

la garantie. Car, interdiction de payer ou mise sous séquestre, le résultat est le même : la garantie n'est pas payée, alors qu'elle est payable à première demande.

Quant à la demande de provision

Le garant a l'obligation de payer les bénéficiaires de la garantie. La CAC) ne fait d'ailleurs même pas état d'une quelconque contestation mais se réfère à la prudence que la situation lui commandait.

En effet, le mandataire de C) lui a adressé plusieurs courriers lui faisant interdiction formelle de s'exécuter.

Etant donné que la créance de l'association momentanée n'est pas sérieusement contestable, il y a lieu de condamner la CAC) au paiement à titre de provision de la somme prévue à la garantie à savoir 159.820.- EUR.

La juridiction de référé ne saurait toutefois toiser d'ores et déjà la question des intérêts à payer sur cette condamnation. Il est manifeste que la CAC) a retardé le paiement en raison des pressions de C). D'un autre côté, elle était consciente d'avoir émis une garantie à première demande et de devoir probablement payer. Il reste cependant qu'il appartient à la juridiction du fond d'apprécier si et à partir de quelle date le garant est tenu au paiement des intérêts.

Quant aux indemnités sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile

Dans la mesure où l'ordonnance de première instance est réformée, les condamnations sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile prononcées sont également à réformer et les membres de l'association momentanée B)-S)-VL) sont à décharger des condamnations prononcées sur cette base.

Comme il serait inéquitable de laisser à charge de parties appelantes les frais qui ne peuvent être répétés, il y a lieu de condamner C) au paiement d'une indemnité de 1.500.- EUR sur cette base.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel en la forme ;

le déclare fondé ;

réformant,

déclare irrecevables les demandes tendant à faire défense à la société coopérative à responsabilité limitée de droit belge CAC) SC de procéder, de quelque façon que ce soit, à l'exécution de la lettre de garantie n° A.69.617 datée du 16 janvier 2008, sinon de voir nommer un séquestre ;

dit fondée la demande en provision de la anonyme de droit belge B) SA, de la société luxembourgeoise d'entreprise et de construction S) SA et de la société anonyme de droit belge VL) NV, agissant en association momentanée ;

condamne la société coopérative à responsabilité limitée de droit belge CAC) SC de payer à la société anonyme de droit belge B) SA, la société luxembourgeoise d'entreprise et de construction S) SA et la société anonyme de droit belge VL) NV, agissant en association momentanée, la somme de 159.820.- EUR ;

décharge la société anonyme de droit belge B) SA, la société luxembourgeoise d'entreprise et de construction S) SA et la société anonyme de droit belge VL) NV, agissant en association momentanée, de la condamnation sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile prononcée en première instance;

condamne la société anonyme de droit belge C) SA à payer à la société anonyme de droit belge B) SA, la société luxembourgeoise d'entreprise et de construction S) SA et la société anonyme de droit belge VL) NV, agissant en association momentanée, la somme de 1.500.- EUR à titre d'indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile;

condamne la société anonyme de droit belge C) SA aux frais et dépens des deux instances.