

Audience publique du dix-neuf janvier deux mille vingt-deux

Numéro CAL-2021-00968 du rôle.

Composition:

Thierry HOSCHEIT, président de chambre ;
Nadine WALCH, conseiller ;
Françoise SCHANEN, conseiller ;
André WEBER, greffier.

E n t r e :

la société à responsabilité limité S., établie et ayant son siège social à L-(...), immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

partie appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch/Alzette en date du 29 septembre 2021,

comparant par la société en commandite simple BONN STEICHEN & PARTNERS, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 2, rue Peterelchen, Immeuble C2, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B211933, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée par son gérant actuellement en fonctions, à savoir la société à responsabilité limitée BONN STEICHEN & PARTNERS, établie à la même adresse, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B211880, elle-même représentée aux fins de la présente procédure par Maître Hervé MICHEL, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg,

e t :

1) la société à responsabilité limité E., établie et ayant son siège social à L-(...), immatriculée au registre du commerce et des sociétés de

Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

partie intimée aux fins du susdit exploit GLODEN du 29 septembre 2021,

comparant par Maître Philippe HOFFMANN, avocat, demeurant à Luxembourg;

2) la société anonyme P., établie et ayant son siège social à L-(...), immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions

partie intimée aux fins du susdit exploit GLODEN du 29 septembre 2021,

comparant par la société en commandite simple KLEYR GRASSO, établie et ayant son siège social à L-2361 Strassen, 7, rue des Primeurs, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B220509 inscrite sur la liste V de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, qui est constituée et en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée par son gérant, la société à responsabilité limitée KLEYR GRASSO GP, établie à la même adresse, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B220442, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Joan SASSON, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Yasmine POOS, avocat à la Cour, les deux demeurant à professionnellement à la même adresse ;

LA COUR D'APPEL :

Faits et procédure

La société à responsabilité limitée E. en tant que bailleur et la société à responsabilité limitée S. en tant que locataire (alors en voie de formation) ont conclu en date du 28 janvier 2009 un contrat de bail portant sur un local commercial.

En prévision de la cession du local commercial par la société à responsabilité limitée E. à la société anonyme P., les trois parties ont signé en date du 30 janvier 2017 un avenant au contrat de bail stipulant entre autres que le point 5.4 du contrat de bail initial est modifié pour conférer à la société à responsabilité limitée S. le droit au paiement d'une indemnité d'éviction dans les conditions suivantes :

5.4. Le bailleur [à ce moment la société à responsabilité limitée E.] sera redevable envers le locataire d'une indemnité contractuelle d'éviction

d'un montant de 1.000.000,00 EUR (l'« Indemnité Contractuelle d'Eviction »), si et seulement si les conditions suivantes sont cumulativement réunies au jour de la résiliation :

- Le bailleur a obtenu de manière définitive (c'est-à-dire expurgés de tout recours) le plan d'aménagement particulier (PAP) et les autorisations nécessaires (permis de démolir et de construire) à la réalisation de son projet immobilier ; et*
- La résiliation du contrat de bail doit être intervenue à l'initiative exclusive du bailleur ; et*
- Le locataire doit avoir effectivement et intégralement quitté les lieux loués et libéré ceux-ci de ses effets, avec tous ceux qui l'occupent de son chef, au plus tard à la date de résiliation effective du Bail, c'est-à-dire le dernier jour du Préavis à minuit ; et*
- Le locataire doit avoir satisfait, à la date de résiliation effective du contrat de bail, à l'ensemble de ses obligations envers le bailleur en vertu du contrat de bail, et doit notamment être à jour du paiement de l'ensemble des loyers et charges redus au bailleur à cette date.*

En date du même 30 janvier 2017, la société à responsabilité limitée S.et la société à responsabilité limitée E. ont signé une convention destinée à garantir le paiement de l'Indemnité Contractuelle d'Eviction prévue dans l'avenant au contrat de bail, ce dans les termes suivants :

Les parties conviennent qu'au plus tard dans les cinq (5) jours ouvrables suivant la date de réception par le locataire de la lettre de résiliation sous l'article 5.4 de l'Avenant, le bailleur [à ce moment la société à responsabilité limitée E.] fera parvenir au locataire, voire à son conseil, une confirmation écrite de la part du notaire désigné par le bailleur, pour confirmer que ce dernier a reçu en son compte tiers un montant de EUR 1.000.000 (un million d'euros) de la part du bailleur afin de garantir le paiement de l'Indemnité Contractuelle d'Eviction en cas de défaut non justifié de la part du Futur bailleur [i.e. la société anonyme P.) d'avoir procédé au paiement de telle indemnité (voir article 5.4. de l'Avenant) malgré une mise demeure [sic] lui adressée et laissée sans réponse endéans les 5 jours.

Il est convenu entre les Parties qu'à condition que toutes les conditions soient remplies sous l'article 5.4. de l'Avenant et que le Futur bailleur n'aura pas réglé le montant de l'Indemnité Contractuelle d'Eviction au plus tard dans un délai de 8 jours calendriers suivant la date de paiement telle que déterminée à l'Avenant, le notaire instrumentaire libérera le montant de EUR 1.000.000 en faveur du locataire à condition que ce dernier prouve qu'une mise en demeure a été adressée au préalable au Futur bailleur.

Suivant acte notarié du 31 janvier 2017, le local commercial a été vendu par la société à responsabilité limitée E. à la société anonyme P.. De ce fait, la société anonyme P. a repris à son compte le contrat de bail en tant que bailleur.

Par courrier du 23 avril 2021, la société anonyme P. a résilié avec effet au 31 octobre 2021 le contrat de bail qui la liait à la société à responsabilité limitée S..

Par courrier du 2 juillet 2021, la société à responsabilité limitée S.a demandé à la société à responsabilité limitée E. de procéder au dépôt de la somme de 1.000.000,- euros au titre de la garantie de paiement de l'indemnité d'éviction auprès d'un notaire de son choix.

Par courrier du 26 juillet 2021, la société à responsabilité limitée S.a refusé de procéder à ce dépôt en arguant d'une part de ce que le paiement de l'indemnité d'éviction serait soumis à 4 conditions, dont il ne serait pas établi qu'elles seraient réalisées de sorte qu'il ne serait pas certain que l'indemnité d'éviction serait due, et d'autre part qu'en tant que caution elle jouirait du bénéfice de discussion et ne devrait payer l'indemnité d'éviction que pour le cas où la société anonyme P. resterait en défaut d'y procéder.

Par exploit d'huissier du 6 août 2021, la société à responsabilité limitée S.a fait donner assignation à la société à responsabilité limitée E. à comparaître devant le juge des référés afin de la voir condamner sur base principalement de l'article 933, alinéa 1^{er} du NCPC, sinon subsidiairement de l'article 932, alinéa 1^{er} du NCPC, à consigner la somme de 1.000.000,- euros auprès d'un notaire à désigner par le juge des référés, sous peine d'une astreinte de 50.000,- euros par jour de retard. La société anonyme P. a été assignée en déclaration d'ordonnance commune.

Par ordonnance du 17 septembre 2021, le juge des référés au tribunal d'arrondissement de Luxembourg a dit la demande irrecevable en toutes ses bases légales, retenant par rapport à la base principale de l'article 933, alinéa 1^{er} du NCPC qu'aucun dommage n'était réalisé ni sur le point de se réaliser dans la mesure où l'indemnité d'éviction était d'abord à charge de la société anonyme P. et qu'il n'était pas établi que tant celle-ci en tant que débiteur principal que la société à responsabilité limitée E. en tant que garant n'assureraient pas leur obligation de paiement. Le risque d'inexécution de l'obligation par le débiteur principal ne serait pas constitutif d'un dommage imminent. Par rapport à la base subsidiaire de l'article 932, alinéa 1^{er} du NCPC, le juge de première instance a retenu l'absence d'urgence, en réitérant que le préjudice ne serait établi que si la société anonyme P. n'assumait pas de façon injustifiée son obligation de payer l'indemnité d'éviction. Il ne serait ainsi pas établi que le défaut d'intervention du juge produirait des suites irréparables. Le juge de première instance a encore débouté les 3 parties de leurs demandes basées sur l'article 240 du NCPC.

La société à responsabilité limitée S.a relevé appel de cette ordonnance suivant acte du 29 septembre 2021. Elle demande à voir statuer conformément à son exploit d'assignation de première instance.

Postérieurement à cet acte d'appel et postérieurement à l'échéance du contrat de bail au 31 octobre 2021, la société à responsabilité limitée S.et la société anonyme P. ont signé en date du 12 novembre 2021 un accord transactionnel destiné à mettre un terme à différents points litigieux entre elles tenant à la procédure de résiliation du contrat de bail et au paiement du loyer pendant la période de crise sanitaire liée au COVID-19. Cet accord prévoit notamment

- que le contrat de bail à pris fin au 31 octobre 2021
- que la société à responsabilité limitée S.est autorisée à se maintenir dans les lieux au titre d'une convention d'occupation précaire jusqu'au 31 décembre 2022
- au titre de « Paiement d'une indemnité contractuelle d'éviction par P. » que « P. s'engage à payer à S., à titre d'Indemnité contractuelle d'éviction, une fois le départ de cette dernière intervenu le 31 décembre 2022, une somme d'un montant d'un million d'euros (1.000.000 EUR) ».

Positions des parties

La société à responsabilité limitée S.fait valoir que si suite à la transaction du 12 novembre 2021, son départ des lieux loués était reporté au 31 décembre 2022 et le paiement de l'indemnité d'éviction n'était plus conditionné par les 4 conditions qui avaient été introduites par l'avenant au contrat de bail du 30 janvier 2017, son droit au paiement d'une indemnité d'éviction resterait néanmoins intouché et la situation juridique n'aurait pas subi de modification. L'indemnité d'éviction serait toujours due en exécution du contrat de bail. Ainsi, la société à responsabilité limitée E. serait toujours tenue de se substituer à la société anonyme P. en cas de défaillance de cette dernière à payer l'indemnité d'éviction et la société à responsabilité limitée E. serait dès à présent tenue de garantir le paiement de l'indemnité d'éviction moyennant dépôt immédiat de la somme de 1.000.000,- euros auprès d'un notaire. Cette obligation de constituer la garantie aurait dû être exécutée de suite après la résiliation du contrat de bail, sans égard aux événements qui se produiraient ultérieurement.

Le notaire serait garant de ce que cette somme ne lui serait continuée qu'à condition que le droit au paiement de l'indemnité d'évocation soit ouvert à son profit et que la société anonyme P. en tant que débiteur principal n'y ait pas procédé.

Évoquant les conditions d'application des articles 933 et 932 du NCPC, la société à responsabilité limitée S. fait valoir qu'il y aurait urgence à contraindre la société à responsabilité limitée E. à respecter son engagement contractuel et la décision ne serait que provisoire dans la mesure où le notaire pourrait restituer la somme déposée en garantie à la société à responsabilité limitée E. si celle-ci ne devait pas être tenue à son paiement.

La société à responsabilité limitée E. fait valoir que la situation aurait été modifiée par la signature de la transaction du 12 novembre 2021.

D'une part, sous le régime de l'avenant et de la convention du 30 janvier 2017, elle aurait été d'accord à garantir et le cas échéant à payer l'indemnité d'éviction si le départ des lieux de la société à responsabilité limitée S. devait se faire au 31 octobre 2021 et si les conditions prévues dans le point 5.4 du contrat de bail tel que modifié étaient remplies. Par suite de la transaction du 11 novembre 2021, le départ de la société à responsabilité limitée S. ne se ferait plus au 31 octobre 2021 mais au 31 décembre 2022, et les 4 conditions prévues au point 5.4 ne trouveraient plus à s'appliquer. Son engagement aurait partant disparu.

D'autre part, elle se serait engagée à garantir et le cas échéant à payer une garantie d'éviction découlant du contrat de bail. Par suite de la transaction du 11 novembre 2021, l'indemnité d'éviction prévue au contrat de bail aurait toutefois été remplacée par une nouvelle indemnité d'éviction prévue dans la transaction. L'indemnité d'éviction initialement garantie par elle, qui constituait l'obligation principale à charge de la société anonyme P., aurait disparu pour être remplacée par une autre indemnité d'éviction à charge de la société anonyme P. qui ne serait pas couverte par sa garantie accordée en 2017.

Evoquant les conditions d'application des articles 933 et 932 du NCPC, la société à responsabilité limitée E. fait valoir qu'une inexécution future par la société anonyme P. de son obligation de payer l'indemnité d'éviction ne constituerait pas une voie de fait. Il n'y aurait ni dommage actuel, ni risque de dommage futur irréparable. Son propre refus de constituer la garantie ne serait pas non plus constitutif d'un trouble manifestement illicite dans la mesure où la garantie accordée par elle en 2017 ne couvrirait pas l'indemnité d'éviction prévue dans la transaction du 12 novembre 2021. Elle oppose encore à titre de contestation sérieuse l'absence d'obligation de garantie à sa charge, et le bénéfice de discussion existant à son profit, dans la mesure où en tant que caution elle pourrait d'abord discuter la solvabilité de la société anonyme P. en tant que débiteur principal.

La société anonyme P. se rapporte à la sagesse de la Cour.

Appréciation de la Cour

La Cour précise dans un premier temps que l'objet du litige ne porte pas sur la question de savoir si la société à responsabilité limitée S.a droit au paiement d'une indemnité d'éviction, respectivement si la société anonyme P. ou la société à responsabilité limitée E. sont tenues au paiement de l'indemnité d'éviction, mais seulement sur la question de savoir si la société à responsabilité limitée E. est tenue de constituer une garantie destinée à assurer à un stade ultérieur le paiement d'une telle indemnité d'éviction en cas de défaillance du débiteur principal, la société anonyme P..

La Cour souligne ensuite qu'il lui appartient de toiser le litige tel qu'il se présente au jour des plaidoiries en instance d'appel, soit en tenant compte tant de l'échéance du contrat de bail au 31 octobre 2021 que de la transaction conclue entre la société à responsabilité limitée S.et la société anonyme P. en date du 12 novembre 2021. C'est partant à tort que la société à responsabilité limitée S.fait plaider, bien que seulement de manière implicite, que ces événements resteraient sans incidence sur la réponse à apporter par la Cour.

Aux termes de l'article 933, alinéa 1^{er} du NCPC, le juge des référés peut ordonner les mesures conservatoires nécessaires d'une part pour prévenir un dommage imminent. La société à responsabilité limitée S.n'argumente pas l'existence du risque de la réalisation imminente d'un dommage auquel il faudrait former obstacle. La demande est donc à rejeter en tant que prenant appui sur ce cas d'ouverture du référé.

Aux termes de la même disposition légale, le juge des référés peut encore ordonner des mesures provisoires requises pour faire cesser un trouble manifestement illicite. La société à responsabilité limitée S.fait valoir que l'inexécution par la société à responsabilité limitée E. de son obligation contractée en 2017 de constituer une garantie afin d'assurer à son profit le paiement de l'indemnité d'éviction de 1.000.000,- euros serait constitutive d'un tel trouble manifestement illicite en ce qu'elle porterait atteinte de manière manifestement illicite et intolérable à son droit certain et évident de pouvoir bénéficier de cette garantie.

Si la Cour peut partager l'avis de la société à responsabilité limitée S.selon lequel le refus initial de la société à responsabilité limitée E. de constituer la garantie litigieuse aurait pu recevoir la qualification de trouble manifestement illicite, tel ne saurait plus être le cas à la suite de la transaction du 12 novembre 2021. Dans la mesure où l'indemnité d'éviction stipulée dans la transaction du 12 novembre 2021 est soumise à d'autres conditions que celles qui avaient été stipulées dans l'avenant du 30 janvier 2017, il n'est pas certain qu'il s'agisse de la même obligation juridique à charge de la société anonyme P.. Il n'est donc pas certain que la garantie concédée par la société à responsabilité limitée E. en date du 30 janvier 2017 s'étende à l'indemnité d'éviction stipulée en date du 12 novembre 2021. Cette incertitude est encore appuyée par le constat que la société à responsabilité

limitée E. n'est pas partie à la transaction du 12 novembre 2021. La Cour statuant en matière de référé ne peut partant constater l'existence d'un droit certain et évident au profit de la société à responsabilité limitée S. à profiter d'une garantie à fournir par la société à responsabilité limitée E.. Le refus de cette dernière de constituer cette garantie ne peut partant à l'heure actuelle être considéré comme étant constitutif d'un trouble manifestement illicite.

Aux termes de l'article 932, alinéa 1^{er} du NCPC, le juge des référés peut ordonner certaines mesures en cas d'urgence lorsque, négativement, elles ne se heurtent pas à une contestation sérieuse ou, positivement, elles sont justifiées par l'existence d'un différend. Mais la condition première est toujours le constat de l'existence d'une situation d'urgence. Or, pareille situation fait défaut à l'heure actuelle. Il n'y a aucune urgence à constituer à l'heure actuelle une garantie pour assurer le paiement d'une indemnité d'éviction qui ne devient exigible qu'au 31 décembre 2022 à charge d'un débiteur principal, la société anonyme P., dont il n'est pas affirmé ni surtout démontré qu'il s'agirait d'un débiteur insolvable.

Le premier juge est partant à confirmer, bien que partiellement pour d'autres motifs dus à l'évolution factuelle et juridique des rapports entre parties, en ce qu'il a dit irrecevable en toutes ses bases la demande de la société à responsabilité limitée S..

Indemnités de procédure

Le premier juge est encore à confirmer en ce qu'il a débouté la société à responsabilité limitée E. de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile, dès lors qu'il n'apparaît pas comme étant inéquitable de laisser à sa seule charge tous les frais d'avocat qu'elle a dû exposer pour assurer la défense de sa position. L'appel incident présenté par la société à responsabilité limitée E. sur ce point doit partant être rejeté.

Pour les mêmes motifs, la société à responsabilité limitée E. doit être déboutée de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure de 2.500,- euros pour l'instance d'appel.

La société à responsabilité limitée S. succombe à l'instance et ne peut de ce fait prospérer dans sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel principal de la société à responsabilité limitée S.,

dit non fondé l'appel principal de la société à responsabilité limitée S.,

reçoit l'appel incident de la société à responsabilité limitée E.,

dit non fondé l'appel incident de la société à responsabilité limitée E.,

déboute la société à responsabilité limitée E. de la demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile pour les besoins de l'instance d'appel,

déclare le présent arrêt commun à la société anonyme P.,

condamne la société à responsabilité limitée S. aux frais et dépens des deux instances.