

Arrêt référé

Audience publique du 6 juillet deux mille onze

Numéro 37096 du rôle.

Composition:

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

E n t r e :

la société anonyme E),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch/Alzette en date du 18 février 2011,

comparant par Maître Martine GERBER-LEMAIRE, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la société anonyme L), anciennement S) S.A., en liquidation volontaire, représentée par son liquidateur, Monsieur D), administrateur de sociétés,

2. D), administrateur de sociétés, pris en sa qualité de liquidateur de la société anonyme L), anciennement S) S.A., en liquidation volontaire,

intimés aux fins du susdit exploit GLODEN du 18 février 2011,

comparant par Maître Patrick WEINACHT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

3. la société anonyme Banque 1),

4. la société anonyme Banque 2),

5. l'ENTREPRISE X),

6. la Banque 3),

7. la société anonyme Banque 4),

intimées aux fins du susdit exploit GLODEN du 18 février 2011,

n'ayant pas constitué avocat.

LA COUR DAPPEL :

Aux termes d'un contrat intitulé « SHARE SALE AND PURCHASE AGREEMENT », S) S.A., représentée par D), cède le 13 mars 2007 à « E)-IT SOLUTION PROVIDER CORP. LTD. BVI (E) » 100% des parts sociales de S) INTERNATIONAL S.A., l'acquéreur déclarant y agir « on behalf of itself or on behalf of a subsidiary company it may designate or set up, ... ».

En contrepartie, E)-(IT) SOLUTION PROVIDER CORP. LTD. BVI s'y engage aux termes de l'article 2.1 aux paiements suivants :

« - A first part (the <Down Payment> equal to 7.000.000 EUROS »

« - A second part (the <Deferred Payment> equal to 3 x 1.000.000 = 3.000.000 EUROS »

« - An Earn out part (the <Earnout Payment> as described hereafter ».

L'article 6.2. et 6.7. du Share Sale and Purchase Agreement prévoient que:

« 6.2. If it appears that any of the representations in article 5 above are false or erroneous, then provided the Purchaser has given notice to the

Vendor within a period of three years from the date of this Agreement, the Purchaser shall be entitled to recover Damages from the Vendor in the limits referred to under Article 6.4. hereunder ». « ... ».

« 6.7. « ... ». Should these discussions not lead to a solution ..., then the Purchaser shall be allowed to withhold from its further payments owed to the Vendor the reasonable amount he believes to be entitled to; such withholding shall, however, be on a provisional basis only until a resolution of the conflict at stake through the applicable conflict resolution mechanisms as provided for in this Agreement has become final ».

L'article 11.4. du contrat de cession du 13 mars 2007 prévoit ce qui suit :

« Any dispute concerning the validity, the interpretation or the execution of the present contract, shall be definitively settled in accordance to the Rules of Conciliation and Arbitration of the CEPANI, a panel of three arbitrators appointed in accordance with these Rules. Arbitration shall be conducted in English in Brussels ».

Recourant à la faculté lui réservée au Share Sale and Purchase Agreement, E)-(IT) SOLUTION PROVIDER CORP. LTD. BVI se substitue le 2 mai 2007 E) S.A. comme acquéreur des parts cédées le 13 mars 2007.

Le 24 juillet 2007, N) assigne S) INTERNATIONAL devant la Cour de La Haye dans le cadre d'un litige portant sur une clause de non concurrence.

Les 31 juillet et 17 août 2007, ON-FIN et FIN-COM Holding assignent S) INTERNATIONAL et D) à comparaître devant le Tribunal de Grande instance de Paris pour les voir condamner au montant de 2.343.014,67.- euros.

Saisie par L) S.A. (anciennement S) S.A.) comme demanderesse principale, et par les défenderesses E)-(IT) SOLUTION PROVIDER CORP. LTD. BVI et E) S.A. en tant que demanderesse sur reconvention, le Tribunal Arbitral rend le 4 juin 2009 une sentence arbitrale aux termes de laquelle les défenderesses, entre autres, « are ordered to pay jointly and without delay to (L) S.A.) a principal amount of EUR 3.000.000 due as Deferred Payment under article 2.3 (iii) of the Shares Sale and Purchase Agreement », L) S.A. étant par ailleurs « authorised to compute interests on the above-mentioned principal amount, at the Belgian standard rate of interest indicated in § 157 of this Award, plus 2 base points, from 3 August 2007 onwards until payment in full of all due amounts ».

La demande de L) S.A. concernant « the Earnout Payment for 2008 and 2009 » est réservée par le tribunal arbitral, les autres demandes de L) S.A. étant rejetées.

Dans le cadre de la demande reconventionnelle, le tribunal arbitral fixe à 425.907,52.- euros le montant que L) S.A. redoit « in a provisional total amount » à E)-(IT) SOLUTION PROVIDER CORP. LTD. BVI et à E) S.A. à titre de dommages et intérêts pour inexécution des obligations contractuelles y spécifiées (cf article 5 du Share Sale and Purchase Agreement).

« The amount of EUR 425.907,52 may be set off against the corresponding part of the payments due under this Arbitral Award by Respondents to Claimant ».

Le dispositif de la sentence arbitrale réserve « The decision as to the final amount of damages incurred by Respondents as a result of the breaches of representations and warranties by Claimant relating to the ON-FIN and FIN-COM Holding litigation, the N) litigation and the quantum of the claim relating to the pension for the Dutch employees ... ».

« All other counterclaims of Respondents are rejected, without prejudice however to the contractual right of Respondents to withhold on a provisional basis any reasonable amount they believe to be entitled to to cover the three claims for which the decision as to the final amount of damages due by Claimant is hereby reserved ».

Sur base de cette sentence arbitrale du 4 juin 2009, rendue exécutoire en Belgique par ordonnance du 1^{er} octobre 2010, déclarée exécutoire au Luxembourg par ordonnance du 10 novembre 2010, L) S.A., en liquidation volontaire (ci-après L) S.A.), représentée par son liquidateur D), fait par exploit d'huissier du 13 décembre 2010 pratiquer saisie-arrêt contre, d'une part, E)-(IT) SOLUTION PROVIDER CORP. LTD. BVI, d'autre part, E) S.A., entre les mains de BGL BNP PARIBAS S.A., DEXIA BANQUE INTERNATIONALE Luxembourg S.A., les ENTREPRISES DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS, BANQUE ET CAISSE D'EPARGNE DE L'ETAT et BANQUE ING Luxembourg S.A. aux fins d'avoir sûreté et paiement du montant de 264.244,09.- euros en principal, sans préjudice quant aux frais et intérêts.

La saisie-arrêt est dénoncée par exploit d'huissier du 20 décembre 2010 aux parties saisies avec assignation en validation.

Aux termes d'un exploit d'huissier du 17 décembre 2010, L<P> GROUP S.A. forme en Belgique sur la base de la même sentence arbitrale

saisie-arrêt-exécution contre E)-(IT) SOLUTION PROVIDER CORP. LTD. BVI et E) S.A. entre les mains de SOCIETY FOR WORLDWIDE INTERBANK FINANCIAL TELECOMMUNICATION SCRL, pour avoir sûreté et paiement du montant de 800.447,75.- euros.

Les sociétés saisies relèvent le 7 janvier 2011 opposition contre cette saisie.

Par exploit d'huissier du 29 décembre 2010, E) S.A. assigne L) S.A. ainsi que D), en sa qualité de liquidateur de L) S.A., de même que les tierces-saisies à comparaître devant le juge des référés afin de voir cantonner les effets de la saisie-arrêt pratiquée le 13 décembre 2010 au montant maximum de 264.244,09.- euros.

Par exploit d'huissier du 18 février 2011, E) S.A. interjette régulièrement appel contre l'ordonnance de référé du 18 janvier 2011 qui, faisant droit à la demande de L) S.A. et de D), ès qualités, cantonne les effets de la saisie-arrêt au montant de 797.205,24.- euros résultant du décompte X), qui déduit du principal redu de 3.000.000.- euros, les paiements effectués par E) S.A. du 8 au 28 août 2009 (638.356 + 1.010.770,58, + 211.455), ainsi que, notamment, la somme de 425.907,52.- euros redue par L) S.A. et celle de 450.000.- euros (litige Onfin-Fincom), y étant ajoutés, entre autres, les intérêts de retard calculés du 3 août 2007 au 7 décembre 2010.

L'appelante demande qu'il soit fait droit à sa demande formée en première instance.

L) S.A. et D), ès qualités, concluent à la confirmation de l'ordonnance entreprise.

Les tierces-saisies ne comparaissent pas.

S'étant vu délivrer l'acte d'appel à personne, il y a lieu de statuer contradictoirement à leur égard.

L'appelante fait grief au premier juge de ne pas, dans le cadre de sa demande de cantonnement, déduire du montant principal de 3.000.000.- euros auquel elle est condamnée le 4 juin 2009, celui de 600.000.- euros auquel elle évalue les risques financiers liés au litige N).

Contrairement à ce que soutient l'appelante, le montant en question n'est pas entériné par la sentence arbitrale de quelque manière que ce soit.

La sentence arbitrale note en effet sous 166 alinéa 3 que E)-(IT) SOLUTION PROVIDER CORP. LTD. BVI et E) S.A. réclament le montant de 600.000.- euros « to cover their financial exposure in the remaining litigation with N) » pour, cependant, constater que « This amount is however at this stage only an estimate and not an actual loss. It must therefore be reserved », la sentence retenant sous 171 que les conséquences financières litigieuses sont « undetermined » et « must therefore be reserved ».

Par conséquent, la sentence arbitrale réserve ce point que l'appelante voudrait voir mettre en compte par un montant de 600.000.- euros, le tribunal arbitral qualifiant la créance alléguée comme ne constituant pas une perte actuelle, mais indéterminée et estimative.

Contrairement encore à ce que soutient l'appelante, en retenant page 74 sous 2. que sa sentence du 4 juin 2009 ne porte pas « prejudice ... to the contractual right of Respondents to withhold on a provisional basis any reasonable amount they believe to be entitled to to cover the three claims for which the decision as to the final amount of damages due by Claimant is hereby reserved », le tribunal arbitral ne se prononce pas sur le montant pouvant, le cas échéant, être retenu sur cette base, notamment, dans le cadre du litige N) par E) S.A. et E)-(IT) SOLUTION PROVIDER CORP. LTD. BVI, se limitant à indiquer que le droit contractuel de retenir à titre provisionnel « any reasonable amount they believe to be entitled to to cover the three claims » que sont N), ON-FIN et FIN-COM, reste sauf.

Il n'appartient cependant pas à la juridiction des référés de déterminer par interprétation ce que couvre la notion de « any reasonable amount they believe to be entitled to to cover the three claims » (sentence d'arbitrage), ou celle de « ... the reasonable amount (the Purchaser) believes to be entitled to ... withhold ... on a provisional basis » (article 6.7. du Share Sale and Purchase Agreement), pareille interprétation dépassant les pouvoirs du juge des référés, et incombant aux seules juridictions du fond, le cas échéant arbitrales (cf article 11.4. du contrat de cession du 13 mars 2007), tel que l'indiquent par ailleurs les membres du tribunal arbitral en leur courrier adressé le 31 mai 2010 aux mandataires respectifs.

Au vu de ces développements et de l'absence de tout autre élément au dossier établissant des dépenses exposées dans le cadre d'un litige opposant actuellement encore S) N), non encore liquidées par la sentence d'arbitrage du 4 juin 2009, l'appel est à dire non fondé en ce qu'il a trait au montant de 600.000.- euros auquel E) S.A. prétend dans ce contexte.

Pour ce qui concerne le litige On-Fin et Fin-Com, l'appelante demande de pouvoir sur la même base retenir au lieu du montant de 450.000.- euros, celui de 500.000.- euros.

Tout en renvoyant, d'une part, aux considérations ci-avant faites dans le cadre du litige N) desquelles il résulte que le juge des référés est sans pouvoir pour décider par interprétation de la notion de « the reasonable amount » et, partant, de la demande de l'appelante visant à voir majorer le poste On-Fin et Fin-Com de 450.000.- euros à 500.000.- euros, compte tenu, d'autre part, cependant, de l'accord de L) S.A. et de D), ès qualités, de voir fixer à 450.000.- euros le montant pouvant être retenu provisoirement par E) S.A. comme « reasonable amount » concernant les litiges liés On-Fin et Fin-Com (cet accord résultant de ce que les intimés concluent à la confirmation de l'ordonnance de référé du 18 janvier 2011), il y a lieu de confirmer le montant de 450.000.- euros retenu de ce chef par le premier juge.

L'appelante fait encore grief au premier juge d'entériner le décompte de l'huissier de justice belge X) -d'un import de 797.205,24.- euros (valeur 8 décembre 2010) auquel les intimés demandent de voir fixer le cantonnement litigieux- et plus particulièrement le mode de calcul des intérêts de retard y mis en compte par un import de 505.164,27.- euros, demandant que ce montant soit réduit à 445.409.- euros.

Compte tenu de ce que les intimés contestent l'existence de tout accord entre parties sur ce point, de ce qu'aucun élément au dossier n'était l'affirmation de E) S.A. selon laquelle « le 2 octobre 2009, le conseil de L) a expressément approuvé le calcul des intérêts opéré par l'appelante et EASTERN BVI, et qui portait le total de ces intérêts à la date du 9 août 2009 à un montant de EUR 445.409 (Annexe de la pièce 17) », compte tenu de ce que par ailleurs le dossier (et plus particulièrement, ladite annexe de la pièce 17) ne comporte, à priori, pas pareille approbation, il y a lieu de confirmer l'ordonnance dont appel en ce qu'elle englobe dans le montant de la créance probable des saisissants, ceux de 505.164,27.- euros et de 10.473,12.- euros du chef d'intérêts de retard tels que déterminés au décompte produit par les intimés, et dont le mode de calcul précis et détaillé n'est pas, concrètement, entrepris par l'appelante.

Finalement, l'appelante demande que les montants de 77.222,77.- euros, 123,49.- euros et 282,15.- euros repris au décompte X), respectivement, sous fonds de l'enregistrement, frais d'enregistrement et frais d'expédition, ne soient pas compris dans le montant auquel il y a lieu de cantonner la saisie-arrêt.

Si l'appelante admet que ces frais sont liés à l'obtention par L) S.A. de l'ordonnance d'exequatur, elle soutient cependant qu'ils sont engagés de mauvaise foi et à l'initiative exclusive de L) S.A.

Etant constant en cause que, alors que la sentence d'arbitrage date du 4 juin 2009, le montant de 505.164,27.- euros (représentant suivant le décompte X) les intérêts de retard réclamés du chef d'intérêts de retard du 3 août 2007 jusqu'au 31 décembre 2009), ainsi que partie de celui de 10.473,12.- euros (représentant les intérêts de retard réclamés du chef d'intérêts de retard du 1^{er} janvier jusqu'au 7 décembre 2010) restent réduits en leur intégralité et sont actuellement toujours litigieux, il ne saurait, à priori, être fait grief à L) S.A. de solliciter le 24 août 2010 l'exécutoire de la sentence arbitrale du 4 juin 2009 pour en suivre l'exécution forcée.

A défaut, pour le surplus, de contestations quelque peu précises concernant les montants de 77.222,77.- euros, 123,49.- euros et 282,15.- euros, c'est à bon droit que le premier juge les englobe parmi les postes composant la créance probable et pouvant être jugée comme étant suffisante pour répondre des causes de la saisie-arrêt du 13 décembre 2010.

L'appelante ne justifiant pas d'éléments permettant de fixer la cantonnement à un montant inférieur à celui de 797.205,24.- euros il n'y a, à fortiori, urgence ni expresse, ni implicite au sens des articles 932 et 933 alinéas 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

Il découle de l'ensemble de ces développements que l'appel est non fondé.

Les frais et dépens des deux instances incombant en sa qualité de partie succombante à E) S.A., ses demandes en obtention d'indemnités de procédure y relatives sont non fondées.

L) S.A. et D), ès qualités, ne justifiant pas de la condition de l'iniquité posée par l'article 240 du nouveau code de procédure civile, leurs demandes en obtention d'indemnités de procédure pour les deux instances sont également à rejeter.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel,

le dit non fondé,

partant, confirme l'ordonnance de référé du 18 janvier 2011,

rejette les demandes présentées en instance d'appel sur la base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

déclare le présent arrêt commun aux intimés 3) à 7),

condamne E) S.A. aux frais et dépens de l'instance d'appel.