

Arrêt N° 124/21 – VII

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

Numéro CAL-2020-00528 du rôle.

Composition:

Karin GUILLAUME, président de chambre;
Elisabeth WEYRICH, premier conseiller;
Yola SCHMIT, conseiller;
André WEBER, greffier.

E n t r e :

la société de droit libyen BQUE.1.), établie et ayant son siège social à (...)
(Libye), (...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL
de Luxembourg en date du 29 juin 2020,

comparant par Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour,
demeurant à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme SOC.1.), établie et ayant son siège social à L-(...),
représentée par son administrateur unique,

intimée aux fins du susdit exploit ENGEL du 29 juin 2020,

comparant par Maître Céline TRITSCHLER, avocat à la Cour,
demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier de justice du 30 septembre 2019, la société **BQUE.1.)**, ayant souscrit par l'intermédiaire de la société **SOC.2.)** à un emprunt obligataire émis par la société **SOC.1.)** S.A, a fait donner assignation à cette dernière à comparaître devant le Président du tribunal d'arrondissement siégeant en matière de référé pour la voir condamner à lui payer la somme totale de USD 38.115.000, dont USD 33.000.000 au titre du prix d'émission et USD 115.000 au titre des intérêts contractuels.

Après avoir, par ordonnance présidentielle du 10 décembre 2019, ordonné à la **BQUE.1.)** de consigner le montant de 5.500 euros à titre de caution judicatum solvi, le magistrat siégeant en remplacement du président du tribunal d'arrondissement a, par ordonnance 24 février 2020, dit la demande en référé provision irrecevable, pour se heurter à des contestations sérieuses.

La société **SOC.1.)** avait en effet contesté la qualité à agir de la **BQUE.1.)** sur base de l'article 470-16 de la loi sur les sociétés commerciales, en ce que celle-ci disposait, en sa qualité d'obligataire au moment de l'introduction de la demande, d'un représentant censé exercer ses droits à l'encontre de la société **SOC.1.)**.

De cette ordonnance non signifiée, la société **BQUE.1.)** a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier de justice signifié en date du 29 juin 2020.

Elle demande à titre principal à voir réformer l'ordonnance entreprise et à se voir accorder une provision de USD 38.115.000,00 USD avec les intérêts légaux à partir du 19 septembre 2019, date de la mise en demeure.

En ordre subsidiaire elle demande à voir la société **SOC.1.)** S.A condamner à lui payer la somme de USD 30.250.722,22.

En tout état de cause la société **BQUE.1.)** demande à voir la société **SOC.1.)** condamner à lui payer une indemnité de procédure de 7.500 euros pour chaque instance.

Elle critique l'ordonnance entreprise en ce que le juge de première instance aurait, à tort, fait droit au moyen tiré du défaut de qualité à agir, dès lors qu'il serait acquis en doctrine que l'obligataire individuel préserverait tous ses droits en cas de défaut de paiement des intérêts ou de remboursement du capital à l'échéance, ce droit lui restant personnel et que de surcroît elle constituerait à elle seule la masse des obligataires de **SOC.1.)**.

Elle ajoute que sa qualité à agir a été reconnue par les juridictions françaises, dans le cadre de l'action en référé qu'elle a introduit par exploit d'huissier de justice du 7 novembre 2019 devant le tribunal de commerce de

Paris aux fins de se voir attribuer les titres nantis par **SOC.1.)** au bénéfice de la société **BQUE.1.)** conformément aux accords contractuels des parties et pour voir désigner un expert avec mission de les évaluer.

Elle estime dès lors avoir, en sa qualité d'obligataire unique, bel et bien qualité à agir en paiement des coupons et du principal redu.

Les conditions requises par l'article 933 al 2 du NCPC seraient encore données en l'espèce, l'obligation invoquée n'étant pas sérieusement contestable.

En effet en date du 5 mars 2019, **SOC.1.)** aurait notifié une offre transactionnelle aux obligataires, mentionnant expressément que celle-ci était directement et uniquement adressée à la **BQUE.1.)**, de sorte que **SOC.1.)** serait de son propre aveu redevable d'une dette envers cette dernière.

Les divers arguments actuellement soulevés par l'intimée procéderaient « d'une tentative désespérée de semer le doute dans un dossier où tout serait pourtant clair. »

La société **SOC.1.)** ayant demandé à voir ordonner à la partie appelante de fournir une *cautio judicatum solvi*, la Cour d'appel a par arrêt du 14 octobre 2020 ordonné la société **BQUE.1.)** de verser la Caisse de Consignation le montant de 5.000 euros.

Suivant courrier du 1^{er} décembre 2020, la Cour et la société **SOC.1.)** ont été informées que la somme en question a été déposée à la trésorerie de l'Etat, Caisse de Consignation.

In limine litis, la société **SOC.1.)** sollicite en ordre principal la constitution d'une caution supplémentaire, arguant qu'elle aurait appris depuis, suite à divers avis juridiques sollicités, que la personne ayant signé l'élection de domicile en faveur de Maître THIELTGEN n'aurait pas le pouvoir d'engager la **BQUE.1.)** de sorte qu'elle devrait signifier l'arrêt à intervenir en Libye ce qui occasionnerait des frais supplémentaires évalués à 3.000 euros, montant pour lequel elle demande une consignation additionnelle.

En ordre subsidiaire elle soulève les arguments suivants :

- la nullité de l'acte d'appel pour défaut de représentation valable de la société la **BQUE.1.)** en justice, soutenant que les personnes ayant donné mandat à Maître Thieltgen n'avaient pas autorité pour le faire,

- le défaut de qualité à agir de la **BQUE.1.)** au motif que seul le représentant de la masse des obligataires aurait qualité à agir.

Encore plus subsidiairement elle invoque le défaut de caractère certain, liquide et exigible de la créance invoquée.

Dans ce contexte elle conteste plus particulièrement :

- que l'appelante soit l'actuelle détentrice légitime des obligations, (ce qui revient à lui contester encore qualité à agir de ce chef),
- que le contrat dont l'appelante se prétend le créancier soit valable,
- que le montant dont l'appelante réclame le paiement, soit le montant prêté,
- que les intérêts dont l'appelante réclame le paiement soient bien les intérêts convenus,
- que les obligations de remboursement du principal, respectivement du paiement des intérêts soient échues à la date où l'appelante a introduit sa demande en provision,
- qu'au jour où la Cour statue, il demeure un solde exigible au titre de la créance alléguée.

L'intimée conteste en outre être liée par les « *terms and conditions* » versés en cause, au motif que le souscripteur initial **SOC.2.)** n'aurait jamais retourné les documents signés à **SOC.1.)** (!). De plus les sommes payées par **SOC.2.)** diffèreraient des sommes payées et **SOC.2.)** et **SOC.1.)** auraient en outre convenu que le remboursement serait subordonné à la vente par **SOC.1.)** de ses actifs.

L'appelante, en refusant d'accorder la mainlevée de son nantissement, aurait commis des fautes en sa qualité de prétendu créancier qui feraient obstacle à sa demande en paiement.

Enfin, l'intimée fait valoir qu'en se faisant attribuer judiciairement les actions nanties à son profit, l'appelante aurait rendu impossible la détermination de la provision qu'elle réclame.

L'intimée demande dès lors à titre principal que l'acte d'appel soit déclaré nul, sinon plus subsidiairement que l'ordonnance entreprise soit confirmée, sinon que la demande en provision soit déclarée irrecevable en raison des contestations sérieuses soulevées.

Elle relève appel incident contre l'ordonnance du 24 février 2020 pour autant que celle-ci n'a pas fait droit à sa demande en allocation d'une indemnité de procédure et sollicite une indemnité de procédure de 5.000 euros pour la première instance et de 5.000 euros pour l'instance d'appel, demandant à voir ordonner à la Caisse de consignations de lui payer la somme consignée pour les deux instances de 10.500 euros .

Appréciation de la Cour :

- Quant à la demande de consignation supplémentaire.

Cette demande est à déclarer irrecevable, le montant de la somme à consigner ayant été fixé définitivement par la Cour, en fonction des éléments invoqués lors de l'audience des plaidoiries ayant précédé l'arrêt 14 octobre 2020.

La crise politique dont fait état l'intimée et les problèmes de représentation de la **BQUE.1.)** qui y seraient liés étant largement antérieurs à cette date, il aurait appartenu à l'intimée de solliciter en temps utile les avis juridiques dont elle fait état actuellement pour soulever ce point dans le cadre des plaidoiries relatives à la caution judiciaire. A défaut de tout élément nouveau survenu après l'arrêt du 14 octobre 2020, lequel a fixé le montant de la caution à fournir par l'appelante à la somme de 5.000 euros, la Cour ne saurait revenir sur l'autorité de chose jugée relative attachée à cet arrêt.

Ce moyen requiert partant un rejet.

- Quant à la nullité de l'acte d'appel pour défaut de mandat valable dans le chef de Maître Thieltgen et du défaut de qualité de la personne qui aurait pris la décision d'agir en justice.

L'intimé conteste que la personne physique ayant donné mandat à Maître Thieltgen de représenter la société **BQUE.1.)** en justice, ait eu qualité à agir au nom de cette entité juridique et en déduit la nullité de l'acte d'appel.

La doctrine distingue le mandat donné à une personne pour agir en justice et le mandat donné par une personne pour assurer sa représentation en justice.

Le premier est un mandat ad agendum, c'est-à-dire pour agir, le second est donné pour le procès, c'est un mandat ad litem.

L'exception de procédure tirée du défaut de pouvoir du représentant de la personne morale est instituée dans l'intérêt du représenté et dès lors qu'il n'y a pas de doute sur la volonté de la personne morale d'agir en justice, la partie adverse ne doit pas pouvoir tirer profit de l'irrégularité soulevée.

En l'espèce, il résulte clairement de la procédure entreprise devant les tribunaux français par la **BQUE.1.)** en réalisation du nantissement ayant garanti les engagements de l'intimée, que la **BQUE.1.)** entend recouvrer sa créance résultant des obligations émises par la société **SOC.1.)** qu'elle détient, de sorte que sa volonté d'agir contre l'intimée ne saurait être mise en doute. Ce moyen est partant à rejeter.

Par ailleurs, il est admis que la simple affirmation de l'avocat vaut présomption de l'existence de son pouvoir de représentation d'une partie, tant qu'il y va de son mandat général de représentant procédural de cette partie.

Cette présomption ne peut être renversée que par le biais de la procédure en désaveu.

La doctrine dominante considère par ailleurs que le défendeur n'est pas fondé à contester l'existence du mandat qui lie le demandeur à son avocat (H.Ader, S. Bartoluzzi, A. Damien, D.Piau et T. Wickers Règles de la profession d'avocat D.Action 2018-2019 no 622.86).

Ces moyens sont dès lors à rejeter, et il y a lieu de déclarer l'appel, par ailleurs introduit en la forme et les délais légaux, recevable.

- Quant aux défauts de qualité à agir invoqués par l'intimé.

C'est en vain que la société **SOC.1.)** conteste la qualité de l'appelante à agir en référé provision, en soutenant qu'il ne serait pas établi qu'elle serait toujours titulaire des obligations qu'elle invoque à l'appui de sa créance, dès lors qu'il résulte du certificat délivré par **BQUE.2.)** Banking, daté du 28 juin 2021, versé aux débats en cours de délibéré à la demande de la Cour, que la société **BQUE.1.)** est toujours détentrice des titres obligataires (...).

Sa qualité de créancière ne saurait partant être mise en doute.

C'est encore en vain que la société **SOC.1.)** soutient que seul le représentant de la masse des obligataires aurait qualité à agir en paiement du principal et des coupons.

S'il est vrai que le pouvoir de prendre des décisions intéressant l'obligataire individuel est transféré pour la plupart des décisions aux représentants des masses obligataires, l'obligataire préserve néanmoins, aux termes de l'article 98 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, tous ses droits dans un domaine : en cas de défaut de paiement des intérêts ou de remboursement du principal aux échéances contractuellement convenues- dans ce cas, l'obligataire peut, soit assigner la société en paiement des sommes qui lui sont dues, soit agir en résolution pour

inexécution des conditions de l'emprunt. Ce choix reste personnel, chaque porteur exerçant ce choix en son nom personnel. (Alain Steichen, précis de droit des sociétés, édition Saint Paul, 2017, n°518 et Van RYN, Principes de droit commercial, no 575.)

La qualité à agir de l'appelante a d'ailleurs été reconnue par un jugement français du 17 janvier 2020 rendu par un juge des référés du Tribunal de commerce de Paris, confirmé par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 janvier 2021. Ces juridictions ont relevé à juste titre, qu'après avoir adressé à la **BQUE.1.)** en date du 5 mars 2019 un courrier dans lequel elle faisait référence aux émissions des obligations auxquelles la banque a souscrit en totalité et avoir offert de lui transférer les actions représentant 75,59 % du capital de la société **SOC.3.)** en guise de règlement complet et définitif de toutes les obligations relatives aux titres litigieux, la société **SOC.1.)** ne pouvait plus sérieusement contester la qualité à agir de cette dernière.

C'est partant à tort que le juge de première instance a fait droit au moyen d'irrecevabilité de la demande tiré du défaut de qualité à agir de la **BQUE.1.)** et il y a lieu à réformation de l'ordonnance entreprise de chef.

- Quant à l'existence de contestations sérieuses à l'encontre de la créance invoquée par la **BQUE.1.)**.

« Sans préjudice des dispositions prévues à la sous-section 2 et lorsque le débiteur est domicilié ou réside dans le Grand-Duché, le président du tribunal d'arrondissement, ou le juge qui le remplace, peut, dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, accorder une provision au créancier ».

Il y a contestation sérieuse lorsque l'un des moyens de défense opposé aux prétentions du demandeur n'apparaît pas immédiatement vain et laisse subsister un doute sur le sens de la décision au fond qui pourrait intervenir par la suite sur ce point si les parties entendaient saisir les juges du fond. La contestation doit être sérieuse et donc paraître susceptible de prospérer au fond. Si un doute subsiste sur le sens d'une éventuelle décision au fond, une contestation sérieuse existe.

Le juge des référés étant le juge de l'évident et de l'incontestable, il se doit d'analyser les moyens développés devant lui, mais doit se reconnaître privé de pouvoir pour prendre une mesure qui supposerait un droit reconnu, dès que celui-ci n'apparaît pas incontestable ou évident.

L'évidence est donc l'aune à laquelle l'intervention du juge des référés doit être mesurée et l'absence de contestation sérieuse doit être vérifiée en fonction de telles évidences (cf. Jacques VUITTON, Xavier VUITTON, Les

référés, Procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale, Editions du JurisClasseur, 2003, N° 110 à 113).

Il résulte des explications des parties et des pièces versées en cause, que la **BQUE.1.)** a souscrit par l'intermédiaire de la société **SOC.2.)** des obligations émises par la société **SOC.1.)** le 24 juin 2014 à hauteur de 25.000.000 de dollars américains, puis le 13 juillet 2016 à hauteur d'un montant de 8.000.000 de dollars dont l'échéance était fixée au 30 octobre 2018.

Conformément à l'article 2.5 des *Terms and Conditions* les obligations portent intérêt au taux fixe de 7,75 % du prix d'émission à compter de la date d'émission jusqu'à la date d'échéance. Les coupons sont payés semestriellement par l'intermédiaire des organismes de compensation **SOC.4.)** et **BQUE.2.)** en dollars américains les 30 octobre et 30 avril de chaque année.

L'appelante souligne que depuis le 30 avril 2017, la société **SOC.1.)** est en défaut de payer les coupons redus ainsi que le principal des obligations dont l'échéance était fixée au 30 octobre 2018.

Il résulte du courrier prémentionné adressé à la **BQUE.1.)** en date du 5 mars 2019, dans lequel la société **SOC.1.)**, faisant référence aux émissions des obligations auxquelles la banque a souscrit en totalité, a offert de lui transférer les actions représentant 75,59 % du capital de la société **SOC.3.)** en guise de règlement complet et définitif de toutes les obligations relatives aux titres litigieux, que la société **SOC.1.)** a reconnu redevoir les montants réclamés.

Ses contestations actuelles quant à la validité de l'emprunt tirées d'un vice du consentement, voire d'une violation de l'ordre public luxembourgeois, ou libyen, qui ne résistent au demeurant pas à l'analyse, ne pourraient en tout état de cause être dirigées que contre le souscripteur de l'emprunt, à savoir la société **SOC.2.)** et non contre l'appelante cessionnaire des titres émis, laquelle justifie d'un titre négociable constatant un droit de créance sur la société **SOC.1.)**.

Il en est de même de l'argumentation de l'intimée suivant laquelle le montant réclamé ne correspondrait pas au montant prêté par **SOC.2.)**, respectivement que **SOC.1.)** et **SOC.2.)** aurait convenu de subordonner le remboursement de l'emprunt à la vente des actifs et que l'appelante, en s'opposant à donner son accord sur la levée du nantissement des actions et du fonds de commerce de **SOC.3.)** aurait contrevenu à la réalisation des actifs qui conditionnerait le remboursement du prêt.

L'ensemble de ces considérations ne peuvent en effet affecter les droits du porteur des obligations émises, droits qui résultent des « *Terms and Conditions* » offerts par la société **SOC.1.)** dans le prospectus d'émission, acceptés par **SOC.2.)** par le simple fait de la souscription des obligations et par la **BQUE.1.)**, par l'acquisition sur le marché secondaire des obligations concernées.

Dans ce contexte il convient encore de souligner qu'on ne saurait qualifier de turpitude le fait pour un créancier de refuser de se départir de la seule sûreté qu'il ait, lui garantissant le remboursement de sa créance et qu'il ne saurait davantage être sérieusement soutenu que ce refus constituerait une faute qui autoriserait la société **SOC.1.)** à ne pas rembourser les obligations par elle émises.

L'échéance de l'emprunt telle qu'elle résulte des « *Terms and Conditions* » offerts par la société **SOC.1.)** et acceptés de par la simple souscription de l'emprunt concerné, ayant été fixée au 31 octobre 2018, il en résulte que la créance de la **BQUE.1.)** était bien échue au jour où elle a introduit sa demande en provision.

L'intimée fait valoir en dernier ressort, qu'il ne serait pas établi qu'au jour où la Cour statue, il demeurerait un solde exigible au titre de la créance alléguée au vu de la procédure de réalisation des nantissements, accordés par la société **SOC.1.)** en garantie de la créance découlant des obligations litigieuses, introduite devant les juridictions françaises.

Même à supposer qu'un éventuel solde soit réduit à la **BQUE.1.)** après l'attribution des actions, l'intimée estime que ce solde éventuel demeurerait indéterminable à ce jour, de sorte que la créance invoquée par l'appelante ne serait pas certaine et se heurterait à des contestations sérieuses.

Cette argumentation ne résiste cependant pas à une analyse sommaire. Le montant de la créance de l'appelante résulte du titre de créance émis par la société **SOC.1.)**, par elle acquis de la société **SOC.2.)**, lequel spécifie tant le principal de la dette que les intérêts réduits.

L'appelante est en droit de se procurer un titre documentant le bienfondé de sa créance.

L'imputation de la valeur de réalisation du nantissement accordé par l'intimée sur la créance de la **BQUE.1.)**, qui n'est actuellement pas déterminée, ne peut se faire qu'au niveau de l'exécution du titre actuellement sollicité par l'appelante et non au stade de la détermination de sa créance.

La partie intimée pourra, même après l'obtention d'un titre par l'appelante, justifier que la créance invoquée par l'appelante, est éteinte par

la réalisation du nantissement accordé, dont la valeur est en cours de détermination.

Il suit de l'ensemble de ces développements, que les contestations développées par l'intimée, intervenant après une proposition de règlement transactionnel refusée par l'appelante, ne constituent pas des contestations sérieuses de nature à faire échec à la demande en provision.

Il en résulte que l'appel de la société **BQUE.1.)** est à déclarer fondé et qu'il y a lieu, par réformation de l'ordonnance entreprise, de faire droit à la demande en allocation d'une provision.

La société **SOC.1.)** qui succombe à la demande est encore à débouter de son appel incident relatif à l'indemnité de procédure qui ne lui a pas été accordée en première instance.

De même, elle est à débouter de l'indemnité de procédure sollicitée pour l'instance d'appel.

Il y a lieu au contraire d'allouer à la **BQUE.1.)** une indemnité de procédure de 5.000 euros, soit 2.000 euros pour la première instance et 3.000 euros pour l'instance d'appel, alors qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des dépens par elle supportés.

PAR CES MOTIFS

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

dit les appels principal et incident recevables,

dit l'appel incident non fondé,

dit l'appel principal fondé,

réformant :

dit la demande de la société **BQUE.1.)** fondée,

condamne la société **SOC.1.)** à payer à la société **BQUE.1.)** l'équivalent en euros de la somme de 38.115.000,00 USD à convertir en euros suivant le cours de change de référence émis par la Banque Centrale Européenne au jour du présent arrêt, avec les intérêts à partir du 19 septembre 2019 jusqu'à solde,

déboute la société **SOC.1.)** de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne la société **SOC.1.)** à payer à la société **BQUE.1.)** une indemnité de procédure de 2.000 euros pour la première instance et de 3.000 euros pour l'instance d'appel,

condamne la société **SOC.1.)** aux frais et dépens des deux instances avec distraction au profit de Maître Nicolas Thieltgen, sur ses affirmations de droit.