

- Arrêt en matière de saisie-arrêt -

Audience publique du neuf mars deux mille onze

Numéro 35574 du rôle

Composition:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Eliane EICHER, premier conseiller,
Théa HARLES-WALCH, conseiller,
Lex BRAUN, greffier.

E n t r e

la **société anonyme de droit suisse XXX**, établie et ayant son siège social à , inscrite au registre du commerce du canton de Tassin sous le numéro , représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par tout autre organe autorisé à la représenter légalement,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 30 octobre 2009,

comparant par Maître Jean BRUCHER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

la « **segregated portfolio company** » **YYY**, classe d'actions OOO – Class A2, établie et ayant son siège social à , inscrite au registre de commerce et des sociétés des îles Cayman sous le numéro , représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par tout autre organe autorisé à la représenter légalement,

intimée aux fins du susdit exploit ENGEL,

comparant par Maître Didier Mc GAW, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

En vertu d'une autorisation présidentielle du 12 mai 2009 et par exploit d'huissier du 18 mai 2009, la société anonyme de droit suisse XXX (ci-après : XXX) a fait pratiquer saisie-arrêt entre les mains de la société anonyme HSBC SECURITIES SERVICES (LUXEMBOURG) S.A. (ci-après : HSBC) sur les sommes que celle-ci pourrait redevoir à la « segregated portfolio company » YYY, classe d'actions OOO – Class A2, (ci-après : YYY) pour sûreté et avoir paiement de la somme de 425.000.-euros, à laquelle elle évalue sa créance en principal, y non compris les intérêts et frais tels que de droit.

Cette saisie-arrêt fut dénoncée à YYY par exploit d'huissier du 26 mai 2009, ce même exploit contenant assignation en validation de la saisie-arrêt.

XXX conclut à la condamnation d'YYY à lui payer la somme en principal de 425.000.-euros ainsi qu'à la validation de la saisie-arrêt pratiquée.

Elle conclut encore à l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000.-euros et à l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

Elle a exposé qu'en date des 26 novembre 2008, 27 novembre 2008 et 9 décembre 2008, elle a transmis des ordres de souscriptions à l'administrateur et à la banque dépositaire HSBC conformément au prospectus du Fonds relatif à la classe d'actions OOO – Class A2 pour des montants de 50.000.-euros, 35.000.-euros et 340.000.-euros, soit pour un montant total de 425.000.-euros. Ce montant aurait été payé à HSBC par deux virements bancaires du 27 novembre 2008 et par un troisième virement du 9 décembre 2008.

Suite à l'affaire « Madoff », HSBC l'aurait informée que toutes les transactions relatives au Fonds étaient suspendues. Le 12 décembre 2008, XXX aurait en conséquence adressé une demande urgente d'annulation des souscriptions litigieuses accompagnée d'une demande en remboursement du montant total de 425.000.-euros. Elle aurait réitéré cette demande par un courrier adressé le 16 décembre 2008 à HSBC ainsi que par deux courriers adressés par son avocat suisse à HSBC, à l'« *Investment Manager* » du Fonds ainsi qu'à l'un des administrateurs du Fonds les 22 décembre 2008 et 23 janvier 2009, lesquels seraient restés lettre morte.

Suivant bulletin du 24 juillet 2009, le président de chambre délégué a invité XXX à justifier, par voie de conclusions, la compétence territoriale du tribunal saisi pour connaître de la demande en condamnation au paiement de la somme contenue dans l'exploit d'assignation du 26 mai 2009.

Par jugement réputé contradictoire à l'égard d'YYY du 2 septembre 2009, le tribunal a reçu la demande en validation de la saisie-arrêt, s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande en condamnation contenue dans l'exploit d'assignation du 26 mai 2009, partant, a sursis à statuer quant à la demande en validation de la saisie-arrêt et a réservé le surplus et les frais.

Pour statuer ainsi, il a retenu que si en droit commun des saisies-arrêts, les juridictions luxembourgeoises se reconnaissent compétentes pour autoriser et valider une saisie-arrêt dans un litige entre étrangers n'ayant au pays ni domicile, ni résidence, elles déterminent en revanche leur compétence territoriale pour connaître du fond du litige, conformément aux mêmes règles que celles qui définissent la compétence territoriale en droit interne.

Il ne serait dérogé à cette règle qu'au cas où aucune juridiction étrangère ne se reconnaîtrait compétente pour toiser le litige au fond, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce.

Par exploit d'huissier du 30 octobre 2009, XXX a régulièrement interjeté appel de ce jugement.

L'appelante conclut, par réformation, à entendre dire que c'est à tort que les premiers juges se sont déclarés incompétents pour connaître de la demande en condamnation contenue dans l'exploit d'assignation du 26 mai 2009 et qu'ils ont sursis à statuer quant à la demande en validation de la saisie-arrêt pratiquée le 18 mai 2009 entre les mains de HSBC.

Elle conclut à ce que la Cour d'appel se déclare compétente pour connaître de la demande au fond et, en évoquant le fond du litige, fasse droit à sa demande tendant à la condamnation d'YYY à lui payer la somme en principal de 425.000.-euros, augmentée des intérêts légaux sur la somme de 85.000.-euros à partir du 27 novembre 2008 et sur la somme de 340.000.-euros à partir du 9 décembre 2009 jusqu'à solde et à la validation de la saisie-arrêt.

Elle demande également une indemnité de procédure de 5.000.-euros.

L'intimée conclut, principalement, à la confirmation du jugement entrepris, et subsidiairement, au cas où les juridictions luxembourgeoises seraient compétentes pour connaître de cette demande, au renvoi de l'affaire devant les premiers juges pour qu'il soit statué sur le fond.

Elle conclut encore à la mainlevée de la saisie-arrêt, sinon au cantonnement de la saisie-arrêt au montant revendiqué en principal, soit 425.000.-euros et au sursis à statuer sur la demande en validation.

Elle demande également une indemnité de procédure de 3.500.-euros.

Au soutien de son appel, XXX fait valoir qu'en l'absence de textes internationaux, et conformément au droit commun, les questions de compétence territoriale ne sont pas d'ordre public et qu'il appartient, le cas échéant, au seul défendeur de contester la compétence territoriale du tribunal saisi, ce qui n'aurait pas été le cas en l'espèce, la défenderesse bien que régulièrement assignée, n'ayant pas constitué avocat. L'appelante reproche dès lors aux premiers juges d'avoir statué *ultra petita*.

En l'espèce, YYY n'est pas domicilié sur le territoire d'un Etat contractant du Règlement (CE) no 44/2001 du conseil du 22 décembre 2000, de sorte que les dispositions de cet acte international ne sont pas applicables et, en l'absence de convention bilatérale, il y a lieu de se référer au droit commun en la matière selon lequel les règles de compétence territoriale ne sont pas d'ordre public.

En cas de non comparution du défendeur, les tribunaux peuvent, sans autre examen de leur compétence, statuer sur le fond du litige ainsi que sur la validité de la saisie-arrêt (cf. Thierry Hoscheit : La saisie-arrêt de droit commun, Pas. 29, p.51).

Or, si les premiers juges ont à tort soulevé un moyen qui n'était pas d'ordre public, ils n'ont cependant pas pour autant statué sur une prétention dont ils n'avaient pas été saisis. Ils n'ont dès lors pas statué *ultra petita*.

YYY, tout en admettant la compétence du tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour connaître de la validation de la saisie-arrêt pratiquée par XXX, soulève en instance d'appel l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises pour toiser le fond du litige aux motifs qu'elle est établie aux îles Cayman, qu'il s'agit d'une action en paiement d'une somme de 425.000.-euros qui est quérable et qu'il existe une clause attributive de juridiction en faveur des juridictions des îles Cayman.

XXX, de son côté, fait grief aux premiers juges de s'être déclarés territorialement incompétents pour connaître de la demande au fond. Elle soutient, qu'eu égard précisément à la teneur de la clause attributive de compétence, elle n'était pas tenue de porter le fond du litige l'opposant à l'intimée devant le juge des îles Cayman, mais elle aurait pu saisir le juge luxembourgeois pour connaître non seulement de la validation de la saisie-arrêt, mais également de l'instance au fond.

Elle ajoute que le litige présenterait un lien de rattachement avec le territoire luxembourgeois, étant donné que la partie tierce-saisie est établie à Luxembourg. Dans de telles circonstances, les juridictions situées sur le territoire du tiers-saisi seraient compétentes pour statuer non seulement sur la validité de la saisie-arrêt, mais également sur l'existence de la créance invoquée par le saisissant, même si le débiteur saisi est domicilié à l'étranger.

Conformément à l'article 29 du NCPC, les clauses attributives de compétence sont valables, si elles n'ont pas pour but ou pour effet de porter atteinte à une règle de compétence territoriale d'ordre public.

En l'espèce, les parties ont signé une clause attributive de compétence en faveur des juridictions des îles Cayman dans les termes suivants : « *each of the parties hereby submits to the non-exclusive jurisdiction of the Cayman Islands courts.* »

Si cette clause ne stipule pas la compétence exclusive des juridictions des îles Cayman, elle n'attribue pas compétence aux juridictions luxembourgeoises.

Ainsi que l'ont relevé à juste titre les premiers juges, la compétence pour connaître de l'aspect conservatoire de la saisie-arrêt ne vaut pas dispense de rechercher si la juridiction saisie est également compétente pour toiser le fond du litige.

Le lieu de la saisie ne peut fonder la compétence internationale pour connaître du fond d'un litige qui ne présente aucun rattachement avec le Luxembourg. (cf. Cour 29 juin 1993, no 12388 du rôle ; Cass.1^e civ. 17 janvier 1995, JCP G 1995, II, 22.430).

Aux termes de l'article 28 du NCPC, en matière personnelle et mobilière, la juridiction compétente est celle du domicile du défendeur, si le défendeur n'a pas de domicile, celle de sa résidence. En matière contractuelle, la demande pourra être également portée devant le tribunal du lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée.

Aux termes de l'article 41 du NCPC, lorsqu'une société civile ou commerciale est défenderesse, elle pourra être assignée non seulement devant la juridiction de son siège social, mais aussi devant celle du lieu où elle a une succursale ou une agence.

Aucune de ces deux dispositions ne peut fonder la compétence territoriale des juridictions luxembourgeoises pour connaître du fond du litige.

Ni XXX, ni YYY n'ont au Luxembourg leur siège ou une succursale.

La demande de XXX constitue une demande en paiement d'une somme d'argent laquelle est quérable, de sorte que les tribunaux luxembourgeois sont territorialement incompétents pour connaître de la demande.

Il découle des développements qui précèdent que c'est à juste titre que les premiers juges se sont déclarés territorialement incompétents pour connaître de la demande au fond.

YYY conclut encore à la rétractation de l'ordonnance d'autorisation de saisie-arrêt du 12 mai 2009, à l'annulation et à la mainlevée de la saisie-arrêt litigieuse au motif que l'appelante ne disposait pas au jour de la saisie, et ne dispose toujours pas en l'état actuel, d'une créance présentant une apparence de certitude et d'exigibilité.

Elle fait valoir que conformément à l'Appendix A de l' « Offering Memorandum », XXX n'était pas en droit de revenir sur ses ordres de souscription et de demander l'annulation des souscriptions litigieuses. YYY n'aurait pas manifesté son intention de refuser les souscriptions en cause, les transactions étant simplement suspendues depuis le 12 décembre 2008 suite à l'affaire « Madoff », raison pour laquelle l'émission des actions afférente aux souscriptions litigieuses n'aurait pas encore eu lieu.

Pour obtenir la mainlevée, YYY fait également valoir que l'attente trop longue de l'issue du litige sur le fond, litige qui n'a toujours pas été introduit devant les juridictions compétentes pour connaître du fond, lui causerait préjudice en raison du blocage de ses actifs. Elle estime qu'elle n'a pas à pâtir des errements procéduraux de la partie saisissante sur la détermination de la juridiction compétente pour toiser le fond.

XXX s'oppose à la mainlevée de la saisie-arrêt. Elle demande à la Cour de faire application de la jurisprudence constante en vertu de laquelle lorsque les juridictions luxembourgeoises se déclarent territorialement incompétentes pour statuer sur l'existence de la créance alléguée par le saisissant, elles accordent à celui-ci un délai suffisant pour saisir la juridiction étrangère compétente pour obtenir son titre et elles sursoient à statuer en attendant l'issue du litige au fond.

XXX fait en outre valoir qu'au jour de la saisie sa créance a été certaine et exigible.

Elle explique que du fait de la fraude « *Madoff* » du 12 décembre 2008, YYY lui aurait fait part de son refus de procéder aux souscriptions d'actions sollicitées, de sorte qu'elle aurait été parfaitement autorisée à procéder à l'annulation des ordres de souscriptions des 26 novembre 2008, 27 novembre 2008 et 9 décembre 2008 et à réclamer à l'intimée le remboursement de la somme de 425.000.-euros correspondant au montant des souscriptions litigieuses.

Comme les juridictions luxembourgeoises sont incompétentes pour statuer sur l'existence de la créance alléguée par XXX, elles ne peuvent statuer actuellement sur la mainlevée de la saisie-arrêt par des motifs tirés du fond du droit (cf. Cour 29 juin 1993, arrêt précité).

Il appartient à la Cour d'apprécier l'opportunité de surseoir à statuer sur la validité de la saisie-arrêt.

Cette surséance est opportune. Les errements procéduraux intervenus jusqu'à présent ne s'opposent pas à cette surséance, dès lors que l'opinion de XXX que les juridictions luxembourgeoises sont compétentes pour connaître du fond a trouvé à l'époque un écho favorable en jurisprudence française et que les juridictions luxembourgeoises auraient pu être compétentes si YYY n'avait pas soulevé, en instance d'appel, l'exception d'incompétence.

Il suit de ce qui précède que la demande en mainlevée de la saisie-arrêt est à rejeter.

Afin de permettre à la partie saisissante de rapporter le titre justificatif de sa créance et en tenant compte des intérêts de la partie saisie, il y a lieu d'accorder à la partie saisissante un délai de deux mois pour saisir la juridiction étrangère compétente et pour en obtenir le titre sur le fondement duquel elle entend poursuivre son exécution.

YYY conclut encore à voir cantonner la saisie-arrêt pratiquée au montant revendiqué au principal, soit 425.000.-euros.

La demande en cantonnement de la saisie-arrêt doit se faire auprès de la juridiction des référés, la loi ayant spécialement organisé la procédure du cantonnement, et la compétence du juge des référés n'étant pas limitée dans le temps (cf. Thierry Hoscheit: op. cit. p. 74).

La Cour est donc incompétente pour connaître de la demande en cantonnement.

Aucune des deux parties ne justifiant l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC, leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure ne sont pas fondées.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière de saisie-arrêt, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel,

le dit non fondé ;

confirme le jugement entrepris, sauf à préciser que la société anonyme XXX est tenue dans un délai de deux mois à partir de la signification du présent arrêt de saisir la juridiction étrangère compétente pour connaître de la demande au fond ;

rejette la demande en mainlevée de la saisie-arrêt ;

se déclare incompétente pour connaître de la demande en cantonnement ;

dit non fondées les demandes respectives de la société anonyme XXX et de la « segregated portfolio company » YYY , classe d'actions OOO – Class A2, sur base de l'article 240 du NCPC ;

condamne la société anonyme XXX à tous les frais et dépens de l'instance avec distraction des dépens au profit de Maître Didier Mc GAW qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Carlo HEYARD, président de chambre, en présence du greffier Lex BRAUN.