

- Arrêt civil -

Audience publique du trois mai deux mille douze

Numéro 35996 du rôle

Composition:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Eliane EICHER, président de chambre,
Marianne PUTZ, premier conseiller,
Lex BRAUN, greffier.

E n t r e

1) **A**, administrateur de société, et
2) **B**, administratrice de société,
demeurant ensemble à L-..., ...,

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 11 février 2010,

comparant par Maître Luc SCHAACK, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois **V S.à.r.l.**, établie et ayant son siège social à L-..., ..., immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B..., représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit ENGEL,

comparant par Maître Michel BULACH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

A et B, associés ou administrateurs de diverses sociétés actives dans le domaine de l'immobilier, étaient en négociations de financement avec la société W S.A. Ces négociations ont porté sur l'extension - par l'acquisition de terrains, par des travaux d'infrastructure hôtelière, par la création d'un golf et de logements - d'un complexe hôtelier dénommé « x » exploité par la société X S.p.r.l. dans laquelle A et B étaient impliqués.

Par contrat signé le 29 mai 2007, A et B ont ouvert un compte bancaire auprès de la société W S.A.

Le même jour, la banque a accordé à A et à B une garantie à première demande d'un montant maximal de 1.510.000 € en faveur de C en vue de l'acquisition de terrains près du Château ... appartenant à ce dernier. Le 12 juin 2007, dans le cadre du même projet d'acquisition immobilière, la société W S.A. a octroyé à A et à B une garantie à première demande supplémentaire d'un montant maximal de 450.000 € en faveur de C.

Par contrat signé le 3 juillet 2007, la société W S.A. a accordé à A et à B un prêt à terme portant sur le montant de 1.934.000 € ayant pour objet le financement par les emprunteurs de l'acquisition des terrains de C.

A et B n'ayant pas procédé au remboursement du prêt et des intérêts conventionnels, la société W S.A. les a, par exploit du 12 décembre 2008, assignés devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, en paiement du montant principal du prêt, des intérêts conventionnels échus du 1^{er} octobre 2007 au 3 juillet 2008, des frais de dossier pour les garanties bancaires du 29 mai 2007 et du 12 juin 2007, des frais de dossier pour le contrat de prêt du 3 juillet 2007, de faux-frais dus à la société Y et à l'étude d'avocats Z, d'intérêts échus sur leur compte courant auprès d'elle entre le 2 et le 3 juillet 2007 et de commissions dues en contrepartie de l'émission des garanties bancaires à première demande du 29 mai 2007 et du 12 juin 2007.

Par jugement du 25 novembre 2009, le tribunal a, suite à un acte d'avoué à avoué, notifié le 22 septembre 2009, donné acte à la société V S.à.r.l. de sa reprise d'instance en ce qu'elle est venue aux droits et obligations de la société W S.A., suite à la dissolution par scission de celle-ci par décision de l'actionnaire unique prise en date du 10 juillet 2009 par devant Maître Joseph GLODEN, publiée au Mémorial numéro 1399 du 21 juillet 2009, et le tribunal a dit la reprise d'instance recevable en la forme.

Il a dit la demande partiellement fondée et a condamné A et B à payer à la société V S.à.r.l. la somme totale de 2.104.898,80 €, soit la somme de 1.934.000 € du chef du principal du prêt, la somme de 115.927,11 € du chef des intérêts conventionnels du 1^{er} octobre 2007 au 3 juillet 2008, la somme de 4.326,39 € du chef de commissions dues en contrepartie de l'émission des garanties bancaires à première demande du 29 mai et du 12 juin 2007, la somme de 10.000 € du chef de frais de dossier pour le contrat de prêt conclu le 3 juillet 2007, la somme de 23.000 € du chef de faux-frais dus à la société Y et la somme de 17.645,30 € du chef de faux-frais dus à l'étude d'avocats Z.

Sur la somme de 2.104.898,80 €, le tribunal a alloué les intérêts de retard au taux prévu à l'article 5 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard :

- à partir du 4 juillet 2008, jour suivant celui fixé contractuellement pour le remboursement intégral du prêt par A et B, sur la somme de 1.934.000 € due au titre du contrat de prêt,
- à partir du 22 août 2008, date d'une mise en demeure, sur la somme de 115.927,11 € due au titre d'intérêts conventionnels trimestriels échus entre le 1^{er} octobre 2007 et le 3 juillet 2008,
- à partir du 3 juillet 2007, date d'expiration de la validité des garanties bancaires à première demande des 29 mai et 12 juin 2007, et jour de la conclusion du contrat de prêt, sur la somme de 4.326,39 € due au titre de provisions de garanties,
- à partir du 3 décembre 2007, date d'une mise en demeure, sur la somme de 10.000 € due au titre de frais de dossier prévus par l'article 14 du contrat de prêt,
- à partir du 13 novembre 2007, date d'une mise en demeure, sur les sommes de 23.000 € et 17.645,30 € dues au titre de faux-frais.

Le tribunal a dit que la capitalisation des intérêts se fera conformément à l'article 1154 du Code civil.

Le tribunal a déclaré la demande non fondée dans la mesure où elle a trait au montant de 10.000 € réclamé du chef de frais de dossier pour la garantie bancaire du 29 mai 2007, au montant de 3.000 € réclamé du chef de frais de dossier pour la garantie bancaire du 12 juin 2007 et au montant de 590,94 € du chef d'intérêts débiteurs échus sur le compte courant entre le 2 et le 3 juillet 2007.

Le tribunal a déclaré non fondée la demande reconventionnelle de A et B portant sur le montant de 590,94 €.

Le tribunal a finalement débouté la société V S.à.r.l. de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance et il a condamné A et B aux frais et dépens de l'instance.

Par exploit d'huissier du 11 février 2010, A et B ont relevé appel du jugement du 25 novembre 2009.

Le société V S.à.r.l. a relevé appel incident.

Les appels principal et incident sont recevables pour avoir été introduits dans les formes et délais de la loi.

La société V S.à.r.l. a indiqué dans son acte de reprise d'instance qu'elle est représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions.

A et B soutiennent que la société V S.à.r.l. ne peut déroger aux dispositions de l'article 191bis alinéa 2 de la loi sur les sociétés commerciales (« *Chaque gérant représente la société à l'égard des tiers et en justice, en demandant ou en défendant* ») et se faire représenter par un organe autre que son gérant.

Ils estiment dès lors que l'acte de reprise d'instance, contenant une indication inexacte du représentant de la société, est frappé par une nullité de fond ce qui aurait pour conséquence que le jugement de première instance serait nul.

La société à responsabilité limitée est libre d'organiser à sa guise sa gérance. Comme les statuts de la société V S.à.r.l. permettent l'organisation de la gérance au sein d'un conseil de gérance, il n'est pas prouvé que l'indication que la société V S.à.r.l. est représentée par son conseil de gérance constitue une indication inexacte de son représentant. Il s'avère partant oiseux d'examiner qu'elle aurait été l'incidence d'une indication inexacte du représentant de la société V S.à.r.l.

Les appelants A et B font en outre valoir que la dissolution de la société W S.A. et sa scission en deux nouvelles sociétés, dont la société V S.à.r.l., n'ont pas entraîné une interruption au sens de l'article 488 du nouveau code de procédure civile. Ils estiment que « l'apparition » de la société V S.à.r.l. dans la première instance n'était pas justifiée, que la reprise d'instance doit partant être déclarée irrecevable, sinon non fondée et qu'il s'ensuit que le jugement de première instance est nul.

La société V S.à.r.l. réplique que le fait qu'une reprise d'instance ne soit pas nécessaire n'emporte pas irrecevabilité de la reprise d'instance notifiée par la partie qui se substitue à l'une des parties originaires.

A défaut de décès de l'une des parties ou de la cessation des fonctions de l'avoué, l'instance n'a pas été interrompue et aucune reprise

d'instance au sens des articles 486 à 495 du nouveau code de procédure civile ne s'est imposée.

Comme par l'effet de la scission par constitution de nouvelles sociétés la société W S.A. a disparu, la société V S.à.r.l., qui a repris le patrimoine de la société W S.A., doit, pour prendre la place de celle-ci, intervenir dans les instances engagées par la société W S.A.

Cette intervention s'est en l'occurrence régulièrement faite par l'acte du 22 septembre 2009, bien que cet acte ne constitue pas à proprement parler une reprise d'instance au sens des articles 486 à 495 du nouveau code de procédure civile.

L'article 7 du contrat de prêt du 3 juillet 2007 a stipulé que : *« Estimation des frais : Coût total du Prêt : EUR 10.000 (dix mille euros) exception faite des frais afférents à l'inscription d'hypothèque en Belgique qui restent exclus dudit montant. »*

Il est dit à l'article 14 que *« l'emprunteur versera à la banque, au titre du montage du dossier, un montant égal à 10.000 euros (dix mille euros 00/100) payable au prêteur préalablement au tirage du prêt »*.

L'article 15.2 du contrat dispose que *« l'ensemble des frais, y compris notamment les frais juridiques, frais de télécommunications, de déplacements et autres faux frais d'un montant raisonnable qui sont encourus par la Banque pour les besoins de la négociation, du montage et de la conclusion du prêt sont à la charge de l'emprunteur, qui devra les régler dans les 30 (trente) jours de la présentation d'une note émise à cet effet par la banque »*.

Ecartant l'argumentation de A et de B pour faire dire qu'en vertu des articles 7 et 14 du contrat de prêt tous les frais du prêt sont compris dans le montant forfaitaire de 10.000 € et que rien ne peut être réclamé au-delà de ces 10.000 €, le tribunal a admis qu'à côté des frais administratifs internes, engendrés par les services de la banque en relation avec l'ouverture du dossier, d'un montant de 10.000 € dus en vertu des articles 7 et 14, des faux-frais peuvent être réclamés en vertu de l'article 15.2.

Le tribunal a également admis que cet article 15.2 n'est pas nul pour être créateur d'une obligation à l'objet indéterminé ou indéterminable ou pour revêtir un caractère abusif au sens de la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection du consommateur, loi que le tribunal a considérée comme ne pouvant s'appliquer à A et B qui ne sont pas consommateurs.

Le tribunal, disant que la société V S.à.r.l. n'est pas tenue de communiquer les pièces établies par l'étude d'avocats Z et par la société Y, a finalement, rejetant l'argument du caractère déraisonnable, admis que les

montants de 23.000 € et de 17.645,30 €, réclamés à la banque par la société Y et par l'étude d'avocats Z, étaient dus par A et B sur base de l'article 15.2.

Les appelants A et B critiquent les premiers juges pour les avoir condamnés au paiement des montants de 23.000 € et de 17.645,30 € à titre de faux-frais.

Dans le cadre de leurs critiques, ils reprennent leur argumentation de première instance quant à l'interprétation à donner aux articles 7, 14 et 15.2 du contrat de prêt et quant à la nullité de l'article 15.2.

Cette argumentation a été rejetée en première instance par une motivation exhaustive et judicieuse que la Cour fait sienne.

Pour le cas où des faux-frais pourraient être demandés à côté du montant de 10.000 €, les appelants A et B contestent que les prestations effectuées par l'étude d'avocats Z et par la société Y aient été « *encourus pour les besoins de la négociation, du montage et de la conclusion du prêt* ».

Ils expliquent que ces prestations sont étrangères au contrat de prêt, seul conclu avec la banque, et qu'ils ont trait à d'éventuelles opérations de financement relatives à la réalisation du golf et de l'ensemble résidentiel, opérations dans la réalisation desquelles la banque a refusé de s'engager.

Pour vérifier si le contenu des études opérées correspond à des prestations en rapport avec le prêt, les appelants A et B demandent à la Cour d' « *enjoindre à la partie intimée de communiquer la copie intégrale des rapports et études qu'elle a reçus respectivement de la part de l'étude d'avocats Z et la société Y dans le cadre du projet « x » ainsi que la preuve de paiement des factures y relatives* ».

La société V S.à.r.l. réplique qu'il n'est pas possible de dissocier le projet immobilier couvert par le contrat de prêt du 3 juillet 2007 des autres aspects du projet d'extension avec la création d'un golf et d'un ensemble résidentiel et que A et B se sont présentés devant la banque pour réaliser le projet d'ensemble et que le prêt accordé est directement lié à ce projet d'ensemble.

Le 23 mai 2007, la banque a envoyé un courriel de la teneur suivante à A et B : « (...) *nous vous prions de trouver ci-joint le calendrier des opérations tel que nous envisageons de le présenter aux différents conseils cet après-midi* :

1) *Remise par les avocats et Y de leurs travaux pour le vendredi 8 juin, sous réserve de l'obtention de votre part de tous les documents nécessaires à leurs diligences.*

2) *De notre côté, nous vous ferons part de notre position quant au projet dans son ensemble pour le vendredi 15 juin. (...) »*

Il résulte de ce courriel, des pièces 10 et 11 de la farde I de Maître SCHAACK et des pièces 19 de la farde I de Maître BULACH que A et B étaient en contacts à cette époque avec l'étude d'avocats Z et avec la société Y.

Le 27 juin 2007, la banque a fait savoir ce qui suit à A et B : *« (...) il est impératif que vous disposiez d'éléments neufs et concrets pour que nous puissions envisager la réouverture du dossier. (...) »*.

Seul le contrat de prêt hypothécaire relatif à l'acquisition des terrains a été finalement conclu le 3 juillet 2007.

Il ressort notamment du courriel du 23 mai 2007 que les études à faire par les avocats et par la société Y étaient conçues dans l'intérêt de l'ensemble du projet de financement conçu comme projet global sans qu'il y ait lieu de distinguer entre études à faire dans l'intérêt spécifique de chacun des volets.

Il n'est d'ailleurs pas contestable qu'une analyse économique et juridique d'un projet de golf, qui a permis à la banque de se faire une plus juste idée des possibilités de remboursement du prêt hypothécaire, est à considérer comme ayant été aussi faite dans l'intérêt de la conclusion du contrat de prêt.

Puisque le contenu des études menées tant par les avocats que par la société Y correspond à des prestations en rapport avec le prêt, A et B sont sans intérêt à obtenir communication de ces études. Ils sont également sans intérêt à obtenir la preuve des paiements effectués par la banque entre les mains de l'étude d'avocats Z et de la société Y dès lors que, comme l'ont retenu à juste titre les premiers juges, la mise en œuvre de l'obligation de A et de B de prendre en charge les faux-frais n'est pas conditionnée par le fait que la banque a elle-même exposé ces frais, mais par le fait de les avoir encourus. Ce dernier fait ne saurait être contesté au regard des notes adressées à la banque et versées en cause.

La demande en communication de pièces émanant de A et de B est donc à rejeter.

Au regard de l'envergure et de la difficulté de réalisation du projet immobilier, il n'est pas prouvé que les montants mis en compte par l'étude d'avocats Z et par la société Y aient un caractère déraisonnable.

Il suit de l'ensemble des développements qui précèdent que les premiers juges ont à bon droit admis que la société V S.à.r.l. a droit, à titre de faux-frais, aux montants de 23.000 € et de 17.645,30 €.

Les autres montants alloués à la société V S.à.r.l. n'ont pas fait l'objet de critiques de la part des appelants.

Contrairement à ce qu'allèguent A et B c'est également à bon droit que les premiers juges ont retenu l'application des articles 3 et 5 de la loi du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard.

La Cour fait à cet égard sienne la motivation de première instance.

Par courriel du 23 juillet 2007 adressé à A et à B par D, « Credit Analyst » auprès de la société W S.A., celui-ci a admis que le montant forfaitaire de 10.000 € reduit par A et B au titre de frais de dossier relatifs au « *montage du dossier* » couvre les frais en relation avec l'émission par la société W S.A. des garanties bancaires à première demande du 29 mai 2007 et du 12 juin 2007. Il a écrit : « *Je vous ai bien confirmé un montant forfaitaire d'EUR 10.000 de frais de dossiers lors de la mise en place de la facilité* » de crédit « *et vous ai dit que ce montant se substituait aux frais de dossiers qui avaient été négociés lors de la mise en place des garanties* ».

Disant que la société V S.à.r.l. n'a pas contesté que l'employé de la banque avait pouvoir de l'engager en ces termes, le tribunal a déclaré non fondée la demande de la société V S.à.r.l. en paiement de la somme de 13.000 € correspondant aux frais stipulés dans le contexte des garanties des 29 mai 2007 et 12 juin 2007.

La société V S.à.r.l. a relevé appel incident en ce que le montant de 13.000 € ne lui a pas été alloué.

Elle avance qu'en l'absence de renonciation écrite de la part de la banque et à défaut de pouvoir dans le chef de D, qui exerce les fonctions de simple employé et qui n'a pas pu être considéré comme mandataire apparent, il n'y a pas eu renonciation de la part de la banque à son droit au paiement du montant de 13.000 €.

La preuve de la renonciation ne doit pas se faire par écrit, cette preuve étant libre vis-à-vis d'une société commerciale.

A et B ont légitimement pu croire que D, qui était leur interlocuteur à la banque et qui en tant qu'analyste en crédit a revêtu des fonctions d'une certaine importance, était mandaté par la banque.

D n'aurait-il pas eu pouvoir pour engager la banque, il l'aurait quand même engagée en tant que mandataire apparent.

C'est donc à bon droit que le tribunal a dit que la banque a renoncé au paiement du montant de 13.000 € à défaut de la preuve d'un débit.

C'est également à bon droit que les premiers juges ont débouté la société V S.à.r.l. de sa demande en paiement de la somme de 590,94 € au titre des intérêts débiteurs sur le compte courant entre le 2 et le 3 juillet 2007.

Contrairement à ce qu'ont admis les premiers juges, il paraît inéquitable de laisser à charge de la société V S.à.r.l. les frais irrépétibles de première instance dès lors que la société V S.à.r.l. a prospéré sur la presque totalité des chefs de sa demande et qu'elle a été obligée d'actionner A et B en remboursement des montants du principal du prêt et des intérêts conventionnels, montants n'ayant même pas fait l'objet de contestations de la part de A et de B.

Par réformation du jugement entrepris, il y a lieu de déclarer la demande de la société V S.à.r.l. en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance fondée pour un montant de 2 x 1.000 €.

Il suit de ce qui précède que l'appel principal n'est pas fondé et que l'appel incident est partiellement fondé.

A et B sont à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel et sont à débouter de leur demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

Il paraît inéquitable de laisser à charge de la société V S.à.r.l. les frais irrépétibles de l'instance d'appel. La Cour fixe ex aequo et bono à 2 x 1.000 € l'indemnité de procédure pour l'instance d'appel devant revenir à la société V S.à.r.l. de la part de A et de B.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le magistrat de la mise en état entendu en son rapport,

déclare les appels principal et incident recevables ;

rejette la demande en communication de pièces de A et de B ;

déclare l'appel principal non fondé ;

déclare l'appel incident partiellement fondé ;

réformant :

déclare la demande de la société V S.à.r.l. en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance fondée pour le montant de 2 x 1.000 € ;

condamne A et B à payer à la société V S.à.r.l. une indemnité de procédure pour la première instance de 2 x 1.000 €, soit 1.000 € à charge de chacun d'eux ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus ;

déboute A et B de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

déclare la demande de la société V S.à.r.l. en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel fondée pour le montant de 2 x 1.000 € ;

condamne A et B à payer à la société V S.à.r.l. une indemnité de procédure pour l'instance d'appel de 2 x 1.000 €, soit 1.000 € à charge de chacun d'eux ;

met les frais et dépens de l'instance d'appel à charge de A et de B.

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.