

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Jugement civil no 144 / 10 (XIe chambre)

Audience publique du mercredi, 30 juin 2010

Numéro 120030 du rôle

Composition :

Paule MERSCH, vice-président
Daniel LINDEN, premier juge,
Stéphane PISANI, juge,
Simone WAGNER, greffier.

ENTRE :

la société anonyme SOCIETE1.) S.A., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.),

partie demanderesse aux termes d'un exploit d'assignation de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 24 décembre 2008,

comparant par Maître François KREMER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

ET :

1. **la société de droit allemand SOCIETE2.) mbH**, établie et ayant son siège social à D-ADRESSE2.), inscrite au Handelsregister des Amtsgerichtes München sous le numéro NUMERO2.),

partie défenderesse aux fins du prédit exploit CALVO,

ayant comparu par Maître Nicolas BERNARDY, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, qui ne s'est pas présenté pour conclure,

2. la société de droit allemand SOCIETE3.) AG, établie et ayant son siège social à D-ADRESSE2.), inscrite au Handelsregister des Amtsgerichtes München sous le numéro NUMERO3.),

partie défenderesse aux fins du prédit exploit CALVO,

ayant comparu par Maître Jean BRUCHER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, qui ne s'est pas présenté pour conclure,

LE TRIBUNAL

Où la société anonyme SOCIETE1.) S.A. par l'organe de son mandataire Maître François KREMER, avocat constitué.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 8 mars 2010.

Où Madame le vice-président Paule MERSCH en son rapport oral à l'audience publique du 21 mai 2010.

Par exploit d'huissier en date du 16.12.2008, la S.A. SOCIETE1.) (ci-après SOCIETE1.) a fait signifier à la société d'investissement à capital variable SOCIETE4.) et à la S.A. SOCIETE1.) qu'elle s'oppose formellement à ce qu'elles se dessaisissent, paient ou vident leurs mains en d'autres que les siennes d'aucune somme, deniers ou valeurs quelconques qu'elles ont ou auront, doivent ou devront à la société à responsabilité de droit allemand SOCIETE2.) mbH (ci-après SOCIETE2.) et à la société de droit allemand SOCIETE3.) AG (ci-après SOCIETE3.) à quelque titre et pour quelque cause que ce soit et notamment, mais pas exclusivement, en vertu de tout contrat de dépôt, de prêt, de société, d'avance ou autre et plus généralement de tout contrat ou quasi-contrat faisant naître au profit des parties saisies un quelconque droit de créance déclarant que l'opposition est faite pour sûreté, conservation et parvenir au paiement de la somme de 1.208.693,18 euros avec les frais et intérêts échus et à échoir, sous la réserve de tous autres dus, droits, actions et frais de mise à exécution.

Par exploit d'huissier du 24.12.2008, SOCIETE1.) a fait signifier et laisser copie à SOCIETE2.) et SOCIETE3.) d'une ordonnance présidentielle rendue sur requête en date du 10.12.2008 et de l'exploit du 16.12.2008 contenant opposition formée à la requête de SOCIETE1.) entre ses propres mains et celles de SOCIETE4.)

et a fait donner assignation aux parties signifiées à comparaître devant le Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière civile

pour s'entendre condamner à lui payer le montant de 1.208.693,18 euros avec les intérêts légaux à partir du décaissement, sinon de la saisie jusqu'à solde,

pour voir déclarer bonne et valable l'opposition formée entre les mains des sociétés SOCIETE4.) et SOCIETE1.),

pour voir dire en conséquence que les sommes dont les parties tierces saisies se reconnaîtront ou seront jugées débitrices, seront par elles versées entre les mains de la requérante en déduction ou jusqu'à concurrence du montant de sa créance en principal et accessoires,

pour s'entendre condamner à lui payer le montant de 10.000 euros à titre d'indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile.

La contre-dénonciation fut signifiée aux parties tierces-saisies par exploit d'huissier en date du 2.1.2009.

Par conclusions notifiées en date du 24.6.2009, SOCIETE1.) a demandé à l'égard de SOCIETE2.) et SOCIETE3.) la condamnation solidaire, sinon in solidum, sinon chacune pour le tout à lui payer la somme de 1.208.693,18 euros avec les intérêts légaux à partir du décaissement, sinon de la saisie-arrêt jusqu'à solde.

Les mandataires qui se sont initialement constitués et ont pris des conclusions pour SOCIETE2.) et SOCIETE3.) ont déposé leur mandat et ne se sont plus présentés pour les débats. Par application de l'article 76 du Nouveau Code de Procédure Civile, il échet partant de statuer contradictoirement à l'encontre de SOCIETE2.) et SOCIETE3.).

A l'appui de sa demande, SOCIETE1.) fait exposer

- qu'en date du 28.10.2003, la S.A. SOCIETE5.) a conclu avec SOCIETE2.) une convention dénommée « Co-Promotership Agreement » par laquelle la S.A. SOCIETE5.) a accepté d'être co-promoteur de la SOCIETE4.) moyennant honoraires, ceux-ci étant fixés à 0,10 % de la valeur nette d'inventaire de SOCIETE4.).

- que selon « Abtretungs und Änderungsvertrag » du 1.1.2006, la S.A. SOCIETE5.) a cédé ses droits à la requérante SOCIETE1.).

- que par une « Patronatserklärung » du 15.9.2003, SOCIETE3.), seule actionnaire de SOCIETE2.) s'est engagée envers la S.A. SOCIETE5.) comme suit: « ...Entsprechend verpflichten wir uns ab sofort alle erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, damit die Verpflichtungen von SOCIETE2.)mbH Ihnen gegenüber wie vereinbart erfüllt werden und die Ansprüche Ihrer Gesellschaft zu den vereinbarten Fristen und Bedingungen abgegolten sind. Unsere

Verpflichtung ist unwiderruflich und gilt bis zur vollständigen Erfüllung aller Verpflichtungen von SOCIETE2.) mbH Ihnen gegenüber. »

- qu'en conséquence, les factures antérieures à septembre 2006 ont exclusivement été réglées par SOCIETE3.).

- que cependant, les factures suivantes restent en souffrance, malgré mise en demeure du 30.10.2008:

N° Facture (€)	Date facture	Montant
2006/09/0218 A	18.12.2006	8.846,86 €
2006/12/0358	25.01.2007	9.647,30 €
2007/03/0094 A	31.03.2007	19.097,18 €
2007/06/0106 A	06.09.2007	65.198,70 €
2007/09/0113 A	12.11.2007	151.160,33 €
2007/12/0114 A	03.03.2008	214.344,48 €
2008000310	21.05.2008	212.924,59 €
2008001150	31.07.2008	270.779,18 €
2008002197	13.11.2008	256.704,56 €
TOTAL:		1.208.693,18 €

- que les premières contestations à leur sujet n'ont été émises qu'après la mise en demeure de fin 2008.

En ce qui concerne la demande dirigée contre SOCIETE2.), SOCIETE1.) se fonde sur le principe de la facture acceptée.

S'agissant de la demande dirigée contre SOCIETE3.), la requérante se fonde sur la lettre de patronage du 15.9.2003.

QUANT A LA DEMANDE DE SOCIETE1.) CONTRE SOCIETE2.)

SOCIETE2.) conteste devoir le montant de 1.208.693 euros à SOCIETE1.). Dans le contexte du moyen de la facture acceptée, elle fait plaider que les factures litigieuses ne lui ont pas été adressées à la date de leur émission, mais ne lui ont été envoyées qu'au courant des mois d'octobre et novembre 2008.

SOCIETE2.) relève que chacune des factures litigieuses est divisée en cinq postes distincts, chacun des postes correspondant aux « co-promoter fees » réclamés par SOCIETE1.) concernant les cinq compartiments de la société SOCIETE4.), à savoir

- FONDS1.)
- FONDS2.)
- FONDS3.)
- FONDS4.)
- FONDS5.)

En ce qui concerne le compartiment FONDS1.), il serait important de noter que ce dernier a été lancé par SOCIETE2.) et SOCIETE1.) en mars 2007. Si le contrat de « co-promotership » ferait état dans son annexe A d'honoraires fixés à 0,10 % de la valeur nette d'inventaire de SOCIETE4.), l'article 6 dudit contrat stipulerait que les honoraires de SOCIETE1.) « shall be agreed from time to time between the parties. »

Dès le lancement de ce nouveau compartiment, SOCIETE2.) et SOCIETE1.) auraient eu des difficultés à se mettre d'accord sur le montant des « co-promoter fees » à payer à SOCIETE1.) par SOCIETE2.) au sujet dudit compartiment FONDS1'). Il s'en serait suivi une période de négociations quant au montant des « co-promoter fees » relatives à ce compartiment au cours de laquelle SOCIETE1.) se serait abstenue d'envoyer la moindre facture à SOCIETE2.). Les factures litigieuses n'auraient été envoyées qu'en octobre et novembre 2008.

Le fait que la mise en demeure a été envoyée en décembre 2008 prouverait cet état de choses, alors qu'il serait étonnant que SOCIETE1.) ait attendu pratiquement deux années avant de sommer SOCIETE2.) de payer. Ce n'aurait été qu'à l'automne 2008, peu de temps avant de mettre fin au contrat de co-promotership, que SOCIETE2.) aurait reçu la totalité des factures.

Par courrier du 12.11.2008, SOCIETE2.) aurait utilement contesté les factures litigieuses qui porteraient majoritairement sur le compartiment FONDS1.).

SOCIETE2.) demande dès lors le rejet de la demande en condamnation formulée à son encontre du chef des factures en cause et conclut par conséquent à la mainlevée de la saisie-arrêt à son égard, à défaut pour SOCIETE1.) de disposer d'une créance certaine, liquide et exigible à son égard.

SOCIETE2.) fait enfin valoir qu'elle aurait subi un important préjudice en raison du comportement fautif de SOCIETE1.) consistant notamment dans des déclarations intempestives de la part des représentants de SOCIETE1.) lors de l'assemblée générale du fonds d'investissement SOCIETE4.) en janvier 2009 qui auraient incité une grande partie des actionnaires de ce fonds à demander le transfert d'avoirs représentant un montant de l'ordre de 37 millions d'euros détenu par la SOCIETE4.) à un autre organisme de placement collectif luxembourgeois.

Elle se réserve le droit de présenter une demande reconventionnelle à l'encontre de SOCIETE1.) pour un montant évalué à 200.000 euros. Il échet de lui en donner acte.

SOCIETE1.) réplique que SOCIETE2.) n'établirait pas la preuve de ce qu'elle aurait reçu les factures à une date postérieure à celle qui y figure. Les contestations finalement émises par courrier du 12.11.2008 seraient imprécises et ne sauraient faire échec à la théorie de la facture acceptée.

SOCIETE2.) soutient que la preuve de la réception des factures à une date postérieure, dont SOCIETE1.) serait d'avis qu'elle n'aurait pas été rapportée par elle, serait susceptible d'être établie de sa part par des présomptions simples qui résulteraient à suffisance des attestations testimoniales de PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) par elle versées en cause.

A titre subsidiaire, SOCIETE2.) offre de prouver par l'audition des témoins PERSONNE2.) et PERSONNE3.) les faits suivants:

« que depuis le lancement du compartiment FONDS1.) en mars 2007, sans préjudice quant à la date exacte, des négociations avec SOCIETE1.) étaient en cours et que celles-ci n'ayant jamais abouti, aucun accord relatif aux éventuels honoraires de SOCIETE1.) n'a été établi. »

Il est constant en cause

- qu'en date du 28.10.2003, SOCIETE2.) et la SOCIETE5.) ont signé une convention dénommée « Co-Promotership Agreement » par laquelle la banque SOCIETE5.) a accepté d'être co-promoteur de la société d'investissement à capital variable SOCIETE4.) moyennant honoraires fixés conventionnellement à 0,10 % de la valeur nette d'inventaire de SOCIETE4.).

- que la banque SOCIETE5.) a, suivant « Abtretungs und Änderungsvertrag » du 1.1.2006, co-signée par SOCIETE2.), cédé ses droits à SOCIETE1.).

Les factures d'honoraires impayées d'un montant total de 1.208.693,18 euros s'échelonnent de décembre 2006 à novembre 2008 et mettent en compte trimestriellement des honoraires au taux de 0,10 %. Les factures jusqu'à mars 2008 inclus sont libellées comme suit: » Co-Sponsoring

Gesamtdurchschnittsaktiva des Fonds ...
0,10 % pro Jahr ... »

A partir de mai 2008, les factures mentionnent la période de facturation et mettent en compte des honoraires groupés (« bundled fees ») avec, en annexe, un détail d'honoraires par fonds, mais toujours en application du même taux conventionnel de 0,10 %.

Selon la théorie de la facture acceptée, une facture est considérée comme telle, lorsque le destinataire a gardé le silence au-delà du temps nécessaire pour prendre connaissance de la facture et pour en contrôler ses mentions.

Cette théorie se trouve consacrée par l'article 109 du Code de Commerce qui a une portée générale et s'applique non seulement aux ventes commerciales, mais à tous les contrats à caractère commercial.

Le délai endéans lequel la facture doit être contestée, sous peine d'être considérée comme acceptée, est essentiellement bref et sa durée s'apprécie en

fonction de la complexité et de la teneur de la facture ainsi que des circonstances de l'espèce.

Il est encore admis que la facture est présumée avoir été reçue à la date qu'elle indique comme étant celle de son établissement. Cette présomption simple peut être renversée par le destinataire en rapportant la preuve d'une réception à une autre date.

En l'occurrence, SOCIETE2.) ne conteste pas avoir reçu les factures litigieuses. Elle affirme ne les avoir reçues qu'au mois d'octobre et novembre 2008.

Force est de constater que SOCIETE2.) n'indique pas la date précise à laquelle elle aurait reçu les factures. Elle se borne à s'orienter par rapport à sa lettre de contestation du 12.11.2008 pour conclure qu'elle a reçu les factures peu de temps auparavant. Les attestations testimoniales de PERSONNE1.) et de PERSONNE3.) sont sans pertinence dans le contexte de la date de réception des factures.

SOCIETE2.) verse encore en cause une attestation testimoniale émanant de PERSONNE2.), executive director chez SOCIETE3.) et gérant de SOCIETE2.).

Cette attestation dactylographiée portant la date du 19.5.2008 répond aux prescriptions légales de validité en matière d'attestations testimoniales, sauf qu'elle n'est pas écrite de la main de PERSONNE2.).

Il est remédié à cette carence par le versement en cause d'une attestation manuscrite de la part de PERSONNE2.) de la même teneur que la précédente, sauf à porter la date du 19.5.2009.

Le Tribunal estime dès lors pouvoir prendre en considération les déclarations de PERSONNE2.) par voie d'attestation testimoniale.

Après avoir fait état de pourparlers et de négociations au sujet des honoraires en rapport avec le fonds FONDS1.) entre SOCIETE2.) et SOCIETE1.), il s'exprime en fin d'attestation comme suit:

« In der Fortfolge wurden die streitigen Promotor Fees für den Teilfonds FONDS1.) in der seit 2003 gültigen Vereinbarung in Rechnung gestellt und an SOCIETE2.) als nicht erkennbarer Bestandteil eines umfangreichen Informationspaketes über Abrechnungen der SOCIETE1.) gegenüber der SOCIETE4.) über Depotbank-Administrations und Transferagentleistungen postalisch übermittelt. Erst nach Mahnung der offenen Rechnungen mit Schreiben von SOCIETE1.) vom 30.10.2008 wurden die SOCIETE2.) betreffenden Rechnungen über Promotor Fee aufgefunden und nach Prüfung durch SOCIETE2.) mit Schreiben vom 12.11.2008 als fehlerhaft reklamiert. »

Il ne résulte pas de ces termes à quelle date précise les factures ont été reçues. Il n'en résulte pas non plus à suffisance de droit un envoi en bloc de l'ensemble des factures. Il en résulte au contraire que SOCIETE2.) a bien reçu par la voie

postale les factures au fur et à mesure de leur établissement par application des dispositions contractuelles en vigueur entre parties, à défaut pour les négociations sur la rémunération à percevoir par SOCIETE1.) d'avoir abouti - PERSONNE2.) écrivant en effet « ... Eine abschliessende Einigung der offenen Punkte konnte nicht erzielt werden. ... », mais qu'elles n'ont été retrouvées (aufgefunden) que suite à l'envoi de la mise en demeure du 12.11.2008.

S'agissant des factures litigieuses de décembre 2006 à juillet 2008, SOCIETE2.) ne rapporte dès lors pas la preuve de leur réception en bloc au mois d'octobre 2008. La première contestation émise le 12.11.2008 est à considérer comme tardive à leur sujet, de sorte que les factures de décembre 2006 à juillet 2008 sont à considérer comme acceptées.

S'agissant de la dernière facture du 13.11.2008, elle est postérieure aux contestations émises par SOCIETE2.) suivant lettre du 12.11.2008 et donc couverte par elles, de sorte qu'elle ne saurait être considérée comme acceptée.

Force est de constater que le courrier de SOCIETE2.) du 12.11.2008 fait référence à une lettre de SOCIETE1.) du 30.10.2008, envoyée par e-mail en date du 31.10.2008. Il y est question de l'échec des négociations menées entre parties au sujet des honoraires en ce qui concerne le fonds FONDS1.). SOCIETE2.) conteste l'application, en ce qui concerne ce fonds, du taux pratiqué par la banque dans ses factures, en prétendant qu'il n'y aurait aucun accord entre parties à ce sujet.

Cette contestation est dénuée de fondement. D'abord faut-il constater que le « Co-Promotership Agreement » fixe la rémunération comme suit sous la rubrique « Financial Remuneration » figurant dans l'exhibit A :

« SOCIETE5.) shall receive for the co-promotership as agreed in the Co-Promotership Agreement the following fee

0,10 % of the average net asset value of the fund

This fee is calculated daily and payable quarterly out of the assets of SOCIETE2.). It will not be charged to the fund. »

Il faut en conclure que ce taux s'applique à l'ensemble des fonds faisant partie de SOCIETE4.), sans distinction. Cette formulation est incompatible avec une renégociation du taux en fonction du fonds concerné. Le contrat stipule d'ailleurs ce qui suit sous l'article 6 Remuneration : « In consideration for the services rendered by SOCIETE5.) under the terms of this Agreement, the SOCIETE2.) shall pay or cause to be paid to SOCIETE5.) a remuneration as shall be agreed from time to time between the parties. »

Il en résulte que le taux était censé être renégocié de temps en temps, mais il n'en résulte pas qu'à chaque nouveau fonds, le taux devait être renégocié ou qu'il pouvait y avoir des différences de taux en fonction des fonds concernés.

L'offre de preuve par témoins se bornant à établir les négociations entre parties au sujet du taux d'honoraires en ce qui concerne le compartiment FONDS1.) est en tout état de cause dépourvue de pertinence, alors qu'il résulte du libellé même de cette offre de preuve qu'aucun accord dérogatoire à la convention initiale au sujet du taux d'honoraires à pratiquer pour ledit fonds n'a pu être trouvé entre parties. Elle est partant à rejeter.

SOCIETE1.) était donc en droit de facturer le taux conventionnel relativement aux fonds faisant l'objet du « Co-Promotership Agreement » qui, à défaut de nouvel accord, restait d'actualité.

La dernière facture est donc redue sur base des stipulations contractuelles en vigueur entre parties.

Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent que la demande en paiement de la SOCIETE1.) est à déclarer fondée à concurrence du montant total des factures de 1.208.693,18 euros.

Il échet en conséquence de condamner SOCIETE2.) à payer à SOCIETE1.) le montant de 1.208.693,18 euros avec les intérêts légaux à partir du 24.12.2008, date de l'exploit de dénonciation contenant demande en condamnation, jusqu'à solde.

Eu égard à ce qui précède, il échet encore de faire droit à la demande en validation de la saisie-arrêt pour autant que dirigée contre SOCIETE2.) pour le montant de 1.208.693,18.- euros.

QUANT A LA DEMANDE DE SOCIETE1.) CONTRE SOCIETE3.)

C'est à bon droit que sur base des antécédents procéduraux, SOCIETE3.) fait en premier lieu valoir que la demande en validation pour autant qu'elle est dirigée à son encontre est devenue sans objet, alors que suivant ordonnance de référé No 89/2009 du 3.2.2009, le juge des référés a rétracté l'autorisation présidentielle se saisir-arrêter du 10.12.2008 quant à ses effets à l'égard de SOCIETE3.) et en a dans le même mesure ordonné mainlevée.

Quant au fond, SOCIETE3.) fait valoir que la lettre de patronage du 15.9.2003 a été émise par SOCIETE3.) en l'unique faveur de la S.A. SOCIETE5.) et non au profit de SOCIETE1.) . A aucun moment, il n'aurait été convenu entre SOCIETE3.) et SOCIETE1.) que cette dernière deviendrait la bénéficiaire de la lettre de patronage en question. Par ailleurs, cette lettre de patronage ne constituerait pas un accessoire du contrat de co-promotion du 28.10.2003 conclu entre SOCIETE2.) et la S.A. SOCIETE5.), de sorte que la cession de ses droits résultant dudit contrat de co-promotion par la SOCIETE5.) à SOCIETE1.) ne saurait nullement emporter cession de la lettre de patronage au profit de SOCIETE1.).

En l'occurrence la lettre de patronage se greffe sur la convention conclue entre SOCIETE2.) et la banque SOCIETE5.). Cette lettre de patronage a été cédée dans le chef de cette dernière à SOCIETE1.) en même temps que le contrat de base.

Il convient en effet de noter que d'après les affirmations de SOCIETE1.), non contredites par ses adversaires, toutes les factures antérieures à celles actuellement litigieuses ont été réglées par SOCIETE3.).

La lettre de patronage était donc intimement liée au contrat de base et au fait que SOCIETE2.), le débiteur, constitue une filiale du signataire de la lettre de garantie, la personne du bénéficiaire de la garantie n'étant pas de relevance.

La considération de la personne est un élément déterminant pour les obligations contractées « intuitus personae ».

L'intuitus personae est en l'espèce entré en ligne de compte entre SOCIETE3.) en tant que garant et SOCIETE2.) en tant que débiteur, mais non pas entre SOCIETE3.) et la banque SOCIETE5.) en tant que bénéficiaire.

Les obligations impliquées par la lettre de patronage de SOCIETE3.) envers le bénéficiaire ne sauraient dès lors être frappées d'extinction par la cession des droits afférents de la banque SOCIETE5.) à SOCIETE1.) en raison de l'intuitus personae.

La banque SOCIETE5.) a donc cédé ses droits dans la convention de base à SOCIETE1.).

A la même occasion elle a cédé à SOCIETE1.) ses droits dans le contexte de la lettre de patronage.

La cession de créance est une convention entre le cédant et le cessionnaire qui ne requiert pas l'intervention du débiteur, auquel la cession doit seulement être signifiée pour lui être opposable.

Aux termes de l'article 1690 du Code Civil, le « cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la notification du transport faite au débiteur. »

La jurisprudence admet comme équivalant à la signification proprement dite tout acte d'huissier informant d'une manière précise de l'existence de la cession. Ainsi il est admis que vaut signification de la cession, l'assignation en paiement donnée au cédé par le cessionnaire, lorsque l'exploit mentionne l'acte de cession.

En l'occurrence, force est de constater que la convention dénommée « Abtretungs und Änderungsvertrag » n'a été signée que par la banque SOCIETE5.), par SOCIETE1.) et par SOCIETE2.). Eu égard cependant à

l'enchevêtrement des relations entre parties au contrat de base et à la lettre de patronage, il était de l'entendement légitime de la banque SOCIETE5.), bien compris par SOCIETE3.), de transmettre concomitamment ses droits découlant de la lettre de patronage à SOCIETE1.).

Il est à ce titre à noter que c'est le gérant de SOCIETE2.) en la personne de PERSONNE2.) qui a signé ce document et que ce dernier est également le « executive director » de SOCIETE3.).

Il faut en conclure que SOCIETE3.), même si elle n'a pas pris part à cette convention, en a nécessairement eu connaissance par le biais de PERSONNE2.), membre de son conseil d'administration, et qu'en plus, elle n'a à aucun moment fait savoir qu'en raison de la substitution de SOCIETE1.) à la banque SOCIETE5.), elle entendait retirer le patronage qu'elle avait consenti en faveur de SOCIETE2.) dans le contexte du « Co-Promotership Agreement » conclu initialement entre SOCIETE2.) et la banque SOCIETE5.).

En tout état de cause, la cession des droits découlant de la lettre de patronage de la banque SOCIETE5.) à SOCIETE1.) a, conformément aux dispositions de l'article 1690 du Code Civil, été extériorisée à l'égard de SOCIETE3.) au plus tard par l'assignation en vertu de cette lettre de patronage lancée à son égard par SOCIETE1.).

SOCIETE1.) est partant en droit de se prévaloir du bénéfice de la lettre de patronage du 15.9.2003.

S'agissant de la portée de la lettre de patronage, il convient de se référer en premier lieu à sa définition. La lettre de patronage est un document par lequel un tiers exprime à un créancier, en des termes variables et généralement imprécis, son intention de soutenir son débiteur afin de lui permettre de remplir ses engagements. (cf. Simler et Delebecque, Droit Civil, Les sûretés, La publicité foncière, no 237, p. 220)

Il existe trois degrés en matière de lettre de patronage:

- elle peut n'impliquer qu'un simple engagement moral si l'analyse de ses termes ne révèle la présence d'aucun engagement juridique.
- elle peut constituer un véritable cautionnement. L'absence des termes cautionnement ou caution est indifférente. Tout engagement de « satisfaire à une obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même (C.Civ.art.2011), en d'autres termes, de se substituer à un tel débiteur, s'il est défaillant, est un cautionnement. Il n'existe, en la matière, aucune formule ou aucuns termes sacramentels: seule est déterminante la réalité de l'intention des parties.
- elle présente le caractère intermédiaire d'une garantie indemnitaire lorsque l'auteur prend l'engagement, non de payer les dettes du débiteur, encore moins de se substituer à lui en cas de défaillance, mais seulement de lui apporter son

soutien de faire son possible pour lui permettre de faire face à ses obligations, de mettre tout en oeuvre en vue d'atteindre ce but. Le souscripteur d'un tel document ne s'est pas obligé à payer la ou les dettes du débiteur ou à se substituer à lui en cas de défaillance. Ainsi que l'exprime la Cour de Cassation dans son arrêt du 21.12.1987, une telle lettre est constitutive d'une obligation de faire, dont l'inexécution, conformément aux dispositions de l'article 1142 du Code Civil, se résout en dommages et intérêts.

(cf Philippe SIMLER, Cautionnement et Garanties Autonomes, 3e éd., p.913 et s., no 1008 et s.)

En l'occurrence, SOCIETE3.) a signé un document intitulé « Patronatserklärung » dont la teneur est la suivante:

« Zum Zwecke der harmonischen wirtschaftlichen Entwicklung unserer Gruppe bestätigen wir Ihnen unser Einverständnis mit dem von unserer Tochtergesellschaft SOCIETE2.) mbH geäußerten Wunsch, mit der SOCIETE5.) einen Vertrag über ein Co-Promotership des Fonds SOCIETE4.) abzuschließen.

Wir erklären, Kenntnis von allen Klauseln und Bedingungen des Vertrages über ein Co-Promotership zur Kenntnis genommen zu haben, und erteilen hiermit unser Einverständnis mit den Bedingungen dieses Vertrags.

Unsere Gesellschaft hält die Kapitalmehrheit, d.h. 100 % des Stammkapitals, durch das wir 100 % der Stimmrechte besitzen, und beabsichtigt, diese Beteiligung aufrechtzuerhalten.

Da unsere Eigenschaft als alleiniger Gesellschafter von SOCIETE2.) mbH die entscheidende Voraussetzung für das Einverständnis zum Abschluss des Vertrages als Co-Promoter mit unserer Tochtergesellschaft darstellt, verpflichten wir uns, unsere Mehrheitsbeteiligung vor der vollständigen Begleichung Ihrer Forderungen gegen SOCIETE2.) mbH ohne das Einverständnis der SOCIETE5.) nicht zu veräußern.

Wir möchten darauf hinweisen, dass wir für die Aufrechterhaltung einer soliden Finanzlage unserer Tochtergesellschaft SOCIETE2.) mbH Sorge tragen werden, und dass das Management darauf achten wird, dass diese jederzeit in der Lage ist, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Entsprechend verpflichten wir uns, ab sofort alle erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, damit die Verpflichtungen von SOCIETE2.) mbH Ihnen gegenüber wie vereinbart erfüllt werden, und die Ansprüche Ihrer Gesellschaft zu den vereinbarten Fristen und Bedingungen abgegolten sind.

Unsere Verpflichtung ist unwiderruflich und gilt bis zur vollständigen Erfüllung aller Verpflichtungen von SOCIETE2.) mbH Ihnen gegenüber. Die vorliegende Patronatserklärung erfolgt mit dem Einverständnis unseres Aufsichtsrates. »

Il ne s'agit ni d'un simple engagement moral, ni d'un cautionnement. Il s'agit de la formule intermédiaire de la garantie indemnitaire.

S'agissant d'une obligation de faire se résolvant, en cas de défaillance du débiteur, en dommages et intérêts, il convient d'examiner si SOCIETE3.) a contracté une obligation de moyens ou de résultat.

Par l'emploi des termes : « ... Entsprechend verpflichten wir uns ab sofort alle erforderlichen Vorkehrungen zu treffen damit die Verpflichtungen von SOCIETE2.) mbH Ihnen gegenüber wie vereinbart erfüllt werden und die Ansprüche Ihrer Gesellschaft zu den vereinbarten Fristen und Bedingungen abgegolten wird. », SOCIETE3.) s'est obligée non seulement de faire son possible, mais s'est engagé à faire tout le nécessaire pour que le débiteur soit en mesure de faire face à ses obligations et donc à atteindre un résultat, celui pour le créancier SOCIETE1.) de se voir payer.

Il s'agit donc dans le chef de SOCIETE3.) d'une obligation de résultat, de sorte que SOCIETE1.) n'a d'autre preuve à rapporter que celle de sa créance et de l'inexécution par le débiteur garanti de ses engagements.

Ces preuves étant en l'espèce rapportées, l'inexécution de la part de SOCIETE3.) est à sanctionner. Il est admis que lorsque l'objet de l'obligation de faire a été la bonne fin des engagements financiers du débiteur, le préjudice est égal au montant des impayés.
(cf op.cit. No 1021)

Il s'en déduit que la demande en indemnisation de SOCIETE1.) à l'encontre de SOCIETE3.) est à déclarer fondée à hauteur du montant en principal et intérêts des factures impayées.

La lettre de patronage étant, d'après son contenu, à considérer comme accessoire du « Co-Promotership Agreement » de sorte que l'engagement de SOCIETE3.) et la responsabilité contractuelle qui en découlent se rattachent intimement au contrat de base, il échet de procéder par condamnation de SOCIETE3.) et SOCIETE2.) in solidum au paiement à SOCIETE1.) du montant réclamé avec les intérêts légaux à partir du 24.12.2008 jusqu'à solde.

La demande de SOCIETE1.) en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile est à déclarer fondée alors qu'il paraît inéquitable de laisser à sa charge l'entièreté des frais exposés non compris dans les dépens.

Le Tribunal évalue ex aequo et bono les frais exposés non compris dans les dépens au montant de 2.000 euros.

Eu égard à l'issue du litige, SOCIETE3.) et SOCIETE2.) sont à débouter de leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS :

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, onzième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement;

reçoit la demande en la forme,

rejetant l'offre de preuve par l'audition de témoins formulée par la société de droit allemand SOCIETE2.) mbH,
déclare la demande en paiement fondée à l'encontre de la société de droit allemand SOCIETE2.) mbH,
déclare la demande en indemnisation fondée à l'encontre de la société de droit allemand SOCIETE3.) AG,

partant condamne la société de droit allemand SOCIETE2.) mbH et la société de droit allemand SOCIETE3.) AG in solidum à payer à la société anonyme SOCIETE1.) S.A. le montant de 1.208.693,18 € avec les intérêts légaux à partir du 24.12.2008 jusqu'à solde,

déclare sans objet la demande en validation de saisie-arrêt pour autant que dirigée contre la société de droit allemand SOCIETE3.) AG,

valide la saisie-arrêt pratiquée par la société anonyme SOCIETE1.) S.A. à l'encontre de la société de droit allemand SOCIETE2.) mbH pour le montant de 1.208.693,18 € entre les mains de la société d'investissement à capital variable SOCIETE4.) et la société anonyme SOCIETE1.) S.A.,

partant dit que les sommes dont la société d'investissement à capital variable SOCIETE4.) et la société anonyme SOCIETE1.) S.A. se reconnaîtront ou seront jugés débiteurs envers la partie saisie la société de droit allemand SOCIETE2.) mbH, seront par elles versées entre les mains de la partie requérante, en déduction et jusqu'à concurrence du prédit montant,

condamne la société de droit allemand SOCIETE3.) AG et la société de droit allemand SOCIETE2.) mbH à payer à la société anonyme SOCIETE1.) S.A. le montant de 2.000 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile,

déboute la société de droit allemand SOCIETE3.) AG et la société de droit allemand SOCIETE2.) mbH de leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne la société de droit allemand SOCIETE2.) mbH et la société de droit allemand SOCIETE3.) AG à tous frais et dépens de l'instance.