

Jugement civil no 30 / 2013 (XVIIe chambre)

Audience publique du mercredi, vingt-trois janvier deux mille treize.

Numéro 137345 du rôle

Composition:

Marie-Anne MEYERS, premier juge -président,
Charles KIMMEL, premier juge,
Paul LAMBERT, juge délégué,
Pascale HUBERTY, greffier assumé.

E n t r e

la société anonyme de droit luxembourgeois **SOC.1.)** S.A. SPF (« **SOC.1.)** »), immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B (...), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 1^{er} avril 2011,

comparant par Maître Albert MORO, avocat, assisté de Maître Claude EISCHEN, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

e t

1) la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois **SOC.2.)** S.à r.l. (« **SOC.2.)** »), immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B (...), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

2) **A.)**, sans état connu, demeurant en Suisse, CH-(...),

défendeurs aux fins du prédit exploit HOFFMANN,

comparant par Maître Ferdinand BURG, avocat, demeurant à Luxembourg, qui ne s'est pas présenté à l'audience.

Le Tribunal

Vu l'ordonnance de clôture du 19 décembre 2012.

Entendu le rapport fait conformément à l'article 226 du nouveau code de procédure civile.

Entendu la société anonyme de droit luxembourgeois **SOC.1.)** S.A. SPF (« **SOC.1.)** »), par l'organe de Maître Claude EISCHEN, avocat constitué.

Par contrat intitulé « *Share Purchase Agreement* » du 11 décembre 2008, la société anonyme **SOC.1.)** a vendu à la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** les actions ordinaires qu'elle détenait dans la société d'investissement à capital variable – fonds d'investissement spécialisé **SOC.3.)** SICAV-FIS moyennant le prix de 2.500.000 euros.

Le 18 décembre 2008, ces mêmes parties ont conclu un avenant au prédit contrat dit « *Amendment to the Share Purchase Agreement* ». Conformément aux termes de l'article 4 de cet avenant, deux garanties ont été conclues en date du même jour, l'une par **A.)** et l'autre par la société **SOC.2.)**.

Par exploit d'huissier de justice du 1^{er} avril 2011, la société anonyme **SOC.1.)** a fait donner assignation à la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** et à **A.)** à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour les défendeurs s'entendre condamner solidairement, sinon in solidum, sinon individuellement mais chacun pour le tout à lui payer le montant de 1.500.000 euros, avec les intérêts légaux à partir du 31 janvier 2010, sinon du 2 mars 2010, sinon du 25 février 2011, sinon du 3 mars 2011, date des mises en demeure, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde. La demanderesse a requis une indemnité de procédure de 5.000 euros.

A l'appui de sa demande, la société **SOC.1.)** expose que le prix des actions qu'elle a vendues à la société **SOC.2.)** était payable en deux tranches, dont le montant de 1.000.000 euros était payable au jour du « *closing* », soit le 19 décembre 2008 et le montant de 1.500.000 euros était dû en date du 31 janvier 2010. Elle indique que le premier montant a été payé le 3 février 2009, mais que la somme de 1.500.000 euros n'a pas été réglée dans le délai convenu.

Suivant lettre recommandée du 2 mars 2010 envoyée à la société **SOC.2.)**, dont copie à **A.)**, la société **SOC.1.)** a requis le paiement de la somme de 1.500.000 euros. En l'absence d'un paiement intervenu, la société **SOC.1.)** a par courrier du 25 février 2011 mis en demeure **A.)** et par courrier du 3 mars 2011, elle a mis en demeure la société **SOC.2.)**. Elle conclut qu'il y a lieu à contrainte judiciaire car les parties défenderesses refusent de se libérer.

Les parties défenderesses se rapportent à prudence de justice quant à la recevabilité de la demande en la pure forme. Au fond, elles font valoir qu'il ne s'agit pas d'une simple cession de titres dans le cadre de laquelle l'acquéreur ne respecte pas son obligation de paiement, mais qu'il s'agit d'une affaire complexe au motif qu'elle n'est

que l'une des procédures multiples pendantes relatives à l'acquisition de la société **SOC.3.)** par la société **SOC.2.)**. Elles exposent que la cession des titres de la société **SOC.3.)** par la société **SOC.1.)** (représentant 33,33% du capital **SOC.3.)**) n'est que le corollaire indissociable de la cession des titres de la société **SOC.3.)** par la société **SOC.4.)** (actuellement la société **SOC.4'.)**) (représentant 66,66% du capital **SOC.3.)**). Elles affirment que dans le cadre de la cession totale des titres de la société **SOC.3.)**, les parties ont conclu encore d'autres contrats, à savoir un contrat de prêt entre les sociétés **SOC.2.)** et **SOC.4.)** aux termes duquel la société **SOC.2.)** s'est engagée à reprendre un prêt de 123.000.000 euros que la société **SOC.3.)** avait dans les livres de **SOC.4.)**, ainsi que des gages sur titres, des garanties, etc. Elles font valoir que le défaut d'inexécution d'un contrat de cet ensemble de contrats, voire des difficultés rencontrées dans l'un des contrats de cet ensemble de contrats, ont des répercussions sur les autres contrats de cet ensemble de contrats interdépendants. En l'espèce, elle soutient que la société **SOC.2.)** se voit confrontée à d'énormes difficultés dans le cadre de l'exécution du contrat de cession des titres conclu avec la société **SOC.4.)** (dénonciation du contrat de prêt avec appel aux différentes garanties). La société **SOC.2.)** invoque ainsi l'exception d'inexécution à l'encontre de la société **SOC.1.)**, alors qu'il tomberait sous le sens que l'inexécution des obligations contractuelles par la société **SOC.4.)** a comme conséquence que la société **SOC.2.)** est en droit de ne pas exécuter les siennes à l'égard de la société **SOC.1.)**.

Les parties défenderesses font en outre valoir que les appels en garantie à leur égard n'ont pas été valablement faits, étant donné que le courrier recommandé a été adressé à une autre adresse que celle prévue au contrat. Elles estiment que les garanties ne constituent pas des garanties à première demande, mais tout au plus des cautionnements, et qu'elles sont dès lors en droit d'invoquer l'exception d'inexécution. En ordre subsidiaire et eu égard aux faits, elles soutiennent que l'appel à garantie est abusif et a été fait en violation de l'article 1134 du code civil et de l'article 6-1 du code civil. La société **SOC.2.)** conteste pour sa part encore la validité de la garantie, compte tenu du fait qu'elle n'est pas tiers par rapport à l'obligation garantie.

Les parties défenderesses concluent dès lors au débouté de la demande et elles sollicitent l'allocation d'une indemnité de procédure de 15.000 euros.

Quant au moyen de l'exception d'inexécution

La société **SOC.2.)** et **A.)** invoquent l'exception d'inexécution à l'égard de la société **SOC.1.)** pour une inexécution imputable à la société **SOC.4.)** dans le cadre d'un autre contrat.

L'exception d'inexécution suppose essentiellement des obligations réciproques, l'une n'ayant pas été exécutée alors qu'elle aurait dû l'être. Deux conditions doivent donc impérativement être réunies : une condition de réciprocité entre deux obligations et une condition d'inexécution préalable ou concomitante de la part du débiteur de l'excipiens. La condition de réciprocité s'oppose ainsi que, en présence d'une pluralité de débiteurs, l'exception d'inexécution peut être soulevée par l'un des débiteurs en cas de manquement par un autre à ses propres obligations (Répertoire Dalloz de droit civil, v° Exception d'inexécution, n°32 et 47).

L'exception d'inexécution ne peut plus jouer faute d'interdépendance entre les

obligations lorsque celles-ci ont pris naissance dans des contrats conclus entre les mêmes parties mais différents par leur objet. De même l'exception ne peut jouer si les obligations nées de contrats distincts mais interdépendants font naître des obligations entre des parties distinctes (Jurisclassuer, Code civil, App. Art.1184, Fasc.10, n°39).

Même à supposer qu'il existe un ensemble contractuel interdépendant entre les parties au litige et la société **SOC.4.**), ce qui est contesté par la partie demanderesse, il faut constater que les parties défenderesses ne soulèvent pas une inexécution dans le chef de la demanderesse.

Tel qu'il résulte des développements qui précèdent l'exception d'inexécution doit être opposée au débiteur de l'excipiens qui n'exécute pas son obligation.

En effet, l'exception d'inexécution est un moyen défensif et comminatoire par lequel le créancier menacé d'inexécution n'exécute pas ses propres engagements. L'exception d'inexécution crée une situation d'attente et de pression dont l'issue demeure incertaine : elle remplit pour le créancier une fonction de garantie en faisant pression sur le débiteur, dans le but de parvenir à l'exécution complète des obligations (Jurisclassueur, op.cit., n°8).

En l'espèce, l'exception d'inexécution invoquée par les parties défenderesses ne remplit pas les caractéristiques ci-avant décrit, à défaut de ne pas être soulevée à l'égard du débiteur de l'obligation prétendument inexécutée.

Il s'ensuit que le moyen des parties défenderesses laisse d'être fondé.

Quant à la demande à l'égard de la société SOC.2.)

La société **SOC.1.)** précise dans ses conclusions que bien que la société **SOC.2.)** a également souscrit une garantie à première demande, elle exerce la présente action à l'égard de la société **SOC.2.)** principalement en sa qualité d'acquéreuse des titres et subsidiairement en sa qualité de garant.

Il résulte des stipulations du contrat du 11 décembre 2008 que la société **SOC.2.)** a acquis les actions de la société **SOC.3.)** moyennant le prix de 2.500.000 euros, payable en deux tranches, à savoir un « *Upfront Payment* » de 1.000.000 euros et un « *Deferred Purchase Price Payment* » de 1.500.000 euros (clause 3.1). Suivant avenant du 18 décembre 2008, la tranche de 1.500.000 euros était payable pour le 31 janvier 2010.

Il échet de rappeler que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et la partie contractante envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté est en droit de forcer l'autre à l'exécution de la convention (articles 1134 et 1184 du code civil).

La société **SOC.2.)** ne conteste pas autrement le non-paiement du prix de vente à l'échéance convenue, de sorte que la demande de la société **SOC.1.)** est fondée à son égard pour le montant réclamé de 1.500.000 euros.

Quant à la demande à l'égard d'A.)

A.) estime que la garantie souscrite par lui doit être qualifiée de cautionnement et non de garantie à première demande.

La question de la nature juridique de la garantie à première demande est à poser essentiellement par rapport au cautionnement. La fonction économique de la garantie est proche de celle du cautionnement ; elle est de procurer au bénéficiaire un débiteur solvable au cas de défaillance du premier obligé. Ils appartiennent l'un et l'autre à la catégorie des sûretés personnelles, mais leur nature juridique est profondément différente. A la différence de la caution qui s'oblige à payer la dette d'un débiteur principal, le garant s'oblige à exécuter une obligation qui lui est propre. L'obligation du garant est une obligation principale et indépendante alors que celle de la caution n'est que subsidiaire et accessoire. L'autonomie de l'engagement du garant et l'originalité de la garantie par rapport au cautionnement, ont un seul fondement, à savoir la volonté des parties qui s'exprime dans les termes des instructions du donneur d'ordre au banquier et dans les formules de lettres de garantie adressées par les garants aux bénéficiaires (Jurisclasseur, Banque – Crédit – Bourse, Fasc. 610, n°23 et 24).

Aux termes de l'article 1 de l'engagement pris par **A.)**, « *the Guarantor hereby irrevocably and unconditionally guarantees on the first written demand of **SOC.1.)** to pay to **SOC.1.)** any amount in Euro or in other currencies up to a maximum amount of EUR 2.500.000 (...)* ». Selon l'article 2 de cet engagement, la garantie est qualifiée de « *independent and autonomous* » et il y est prévu que le garant doit payer « *without protest, discussion or raising of exceptions relating inter alia to the underlying transaction* ».

Conformément aux conclusions de la société **SOC.1.)**, l'emploi de ces termes par les parties renvoie incontestablement à la qualification de la garantie à première demande.

Les parties défenderesses invoquent l'article 6 de la garantie pour conclure à un cautionnement.

L'article 6 in fine stipule que « *The Guarantor hereby agrees and declares that all sums of money which may not be recoverable from the Purchaser whether by reason of any legal limitation, disability or incapacity on or of the Purchaser or any other fact or circumstance and whether known to **SOC.1.)** or not shall nevertheless be recoverable from the Guarantor.* »

Conformément aux conclusions de la société **SOC.1.)**, cet article ne règle pas l'appel à la garantie (en exigeant que le créancier devrait d'abord se retourner contre le débiteur principal avant de faire appel à la garantie), mais il confirme l'autonomie de la garantie en stipulant que le garant doit payer en toute circonstance, même si pour les cas précis y énumérés, le débiteur principal ne paie pas.

Il faut ajouter que l'article 6 prévoit encore de manière claire que « **SOC.1.) shall not be obliged to make any demand to or take any action against the Purchaser before calling upon the Guarantee.** »

La sûreté personnelle conclue entre parties est dès lors à qualifier de garantie à première demande.

Compte tenu du caractère autonome de la garantie à première demande, le moyen soulevé par **A.)** relatif à l'exception d'inexécution n'est pas fondé. A titre superfétatoire, il y a lieu de renvoyer aux développements faits ci-avant retenant que l'exception d'inexécution ne peut de toute façon pas être valablement soulevée, en l'absence d'une inexécution reprochée à la société **SOC.1.)**.

A.) fait ensuite valoir que l'appel à garantie n'a pas été adressé à l'adresse indiquée au contrat.

Suivant l'article 9 de la garantie, il est stipulé que « *all notices and correspondences to the Guarantor shall, unless otherwise specified in writing, be sent to : A.), (...).* »

La société **SOC.1.)** verse une enveloppe envoyée le 4 mars 2010 à la prédite adresse à (...) avec un autocollant dessus mentionnant « *pli non distribuable* » et la case « *boîte non identifiable* » est cochée.

La lettre du 25 février 2011 a été envoyée à **A.)** en Suisse à (...). Il s'agit de la même adresse à laquelle **A.)** a été assigné suivant exploit du 1^{er} avril 2011, qui lui a été d'ailleurs remis en mains propres à cette adresse.

Tel que le relève la société **SOC.1.)**, l'article 9 de la garantie ne prescrit pas une condition de validité de l'appel en garantie et aucune sanction n'est prévue lorsque la correspondance n'est pas envoyée à l'adresse y indiquée.

Il faut constater que l'appel en garantie a été envoyé le 25 février 2011 à une adresse où **A.)** a demeuré et il ne soulève même pas qu'il n'a pas eu connaissance de cet appel en garantie. Il n'invoque aucun grief résultant de l'envoi de l'appel à garantie à cette adresse.

Le moyen d'**A.)** de ce chef n'est donc pas fondé.

A.) fait valoir en dernier lieu que l'appel à la garantie est abusif.

A.) se contente de renvoyer aux faits qu'il a exposés pour conclure à un appel abusif à la garantie. Or les faits invoqués concernent exclusivement l'existence d'un ensemble contractuel et des fautes qu'aurait commises la société **SOC.4.)**.

A défaut d'un quelconque fait invoqué à l'encontre de la société **SOC.1.)**, il ne peut lui être reproché un abus dans le fait d'essayer d'obtenir le paiement du prix de vente des actions qu'elle a cédées en 2008 et de faire appel à la garantie.

En l'absence d'autres contestations et au vu de l'engagement pris par **A.)**, la demande de la société **SOC.1.)** est à déclarer fondée à son encontre.

En ce qui concerne la demande en condamnation solidaire, il faut constater que la société **SOC.1.)** n'invoque aucun fondement juridique à l'appui de cette demande.

Aucune clause de solidarité ne figure dans les différents contrats versés, et il n'est pas allégué que les parties défenderesses soient toutes les deux commerçantes, de sorte

qu'il y a lieu d'en conclure que les parties défenderesses ne sont pas engagées solidairement.

En présence de débiteurs d'obligations contractuelles distinctes, c'est-à-dire découlant de sources différentes, comme c'est le cas en l'espèce, la jurisprudence admet une responsabilité in solidum en matière contractuelle (cf. Philippe Malaurie & Laurent Aynès, Cours de droit civil, Tome VI Les obligations, p. 709 et 712).

Il s'ensuit qu'il y a lieu de condamner les parties défenderesses in solidum au paiement du montant de 1.500.000 euros, avec les intérêts légaux à partir de l'échéance du 31 janvier 2010 jusqu'à solde.

Eu égard à l'issue du litige, la demande des parties défenderesses en allocation d'une indemnité de procédure n'est pas fondée. Par contre la demande de la société **SOC.1.)** est fondée. Le tribunal évalue ex aequo et bono les frais exposés non compris dans les dépens au montant de 1.000 euros.

PAR CES MOTIFS

le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, dix-septième section, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 19 décembre 2012,

reçoit la demande en la forme,

la dit fondée,

partant condamne la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** et **A.)** in solidum à payer à la société anonyme **SOC.1.)** le montant de 1.500.000 euros, avec les intérêts légaux à partir du 31 janvier 2010 jusqu'à solde,

condamne la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** et **A.)** in solidum à payer à la société anonyme **SOC.1.)** une indemnité de procédure de 1.000 sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

dit non fondée la demande de la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** et d'**A.)** en allocation d'une indemnité de procédure,

partant en déboute,

la société à responsabilité limitée **SOC.2.)** et **A.)** in solidum aux frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de Maître Albert MORO, qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.