Jugement commercial XV No. 1472 / 12

Audience publique du mercredi, dix-neuf décembre deux mille douze.

Numéro 136066 du rôle

Composition :

Karin GUILLAUME, Vice-Présidente ;
Marc WAGNER, Premier juge ;
Robert WORRE, Premier juge ;
Sandra MANGEN, greffière.

E n t r e :

la société de droit islandais **BQUE.1.) hf.**, anciennement **« BQUE.1'.) hf. »**, établie et ayant son siège social à IS-**(…)** (Islande), **(…)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par ses organes légaux actuellement en fonctions, inscrite auprès du registre islandais sous le numéro **(…)**,

élisant domicile en l'étude de Maître Marc KLEYR, avocat, demeurant à Luxembourg,

demanderesse, aux termes d'un exploit de l'Huissier de Justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette en date du 20 janvier 2011,

comparant par Maître Henry DE RON, avocat, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître Marc KLEYR, avocat susdit,

e t :

Monsieur **A.)**, sans état connu, demeurant à CH-**(…)** (Suisse), **(…)**,

défendeur, aux fins du prédit exploit Jean-Claude STEFFEN,

ayant constitué avocat à la Cour en la personne de Maître Ferdinand BURG, avocat, demeurant à Luxembourg, qui ne s'est pas présenté à l'audience.

Le Tribunal :

Ouï la partie demanderesse par l'organe de son mandataire Maître Henry DE RON, avocat, en remplacement de Maître Marc KLEYR, avocat constitué, demeurant tous les deux à Luxembourg.

La partie défenderesse fit défaut à l'audience de ce jour.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 21 novembre 2012.

Madame la Vice-Présidente Karin GUILLAUME entendue en son rapport à l'audience du 5 décembre 2012.

Par exploit de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette du 20 janvier 2011, la société de droit islandais **BQUE.1.)** hf. a fait donner assignation à **A.)** à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière civile, pour l'entendre condamner à lui payer la somme de 6.000.000.- euros avec les intérêts au taux conventionnel de 7,5% à partir du 28 février 2009 jusqu'à solde, sinon avec les intérêts de retard au taux de l'article 5 de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard, à partir du 28 février 2009, sinon à partir de la mise en demeure du 11 mars 2009, sinon à partir du jour de la demande en justice, jusqu'à solde.

Elle sollicite encore une indemnité de procédure de 10.000.- euros, l'exécution provisoire du présent jugement sans caution, ainsi que la condamnation de la partie défenderesse à tous les frais et dépens de l'instance.

La société de droit islandais **BQUE.1.)** hf. expose à l'appui de sa demande :

-avoir conclu avec la société à responsabilité limitée (luxembourgeoise) **SOC.1.)** un contrat de cession d'actions par le biais duquel elle a vendu à celle-ci 28.154.- actions détenues dans le capital de la société **SOC.2.)** SICAV-FIS,

-que le prix de vente des actions en cause convenu a été divisé en un montant fixe de 3.000.000.- euros et un montant variable additionnel se situant entre 0 et 3.000.000.- euros en fonction de la valeur **SOC.2.)** au 30 juin 2012,

-que les stipulations contractuelles prévoiraient que dans l'hypothèse d'un défaut de paiement de la part de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** de la première tranche du prix, le montant variable du prix de vente serait à fixer à 3.000.000.- euros,

-que comme la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** n'aurait pas respecté ses engagements et serait tombée en faillite, **A.)**, en sa qualité de garant devrait payer les montants redus.

A.) dans ses conclusions notifiées le 8 novembre 2011 :

-se rapporte à prudence de justice quant à la compétence territoriale du tribunal de céans,
-oppose le moyen de la caution judiciaire,
-conclut à la nullité de l'assignation introductive d'instance, respectivement à l'irrecevabilité de la demande pour :

- défaut de qualité et d'intérêt à agir dans le chef de la requérante,
- indication inexacte du représentant légal de la partie demanderesse,
- défaut de preuve que la décision d'introduire la présente demande ait valablement être prise d'après la loi islandaise par l'organe compétent de la société.

Il annonce vouloir conclure en détail, quant au fond, le moment venu.
Dans ses conclusions en réplique, la société de droit islandais **BQUE.1.)** hf. conclut au rejet des moyens soulevés.

Suite à une injonction de conclure adressée à **A.)** restée sans effet, la clôture de l'instruction a été prononcée.

<u>Quant au moyen de la caution judiciaire</u>

A.), qui affirme ne pas connaître la requérante, demande que celle-ci, personne morale dont le siège social est établi en Islande, fournisse, en application de l'article 257 du Nouveau code de procédure civile, une caution judiciaire destinée à couvrir les frais et les dommages et intérêts éventuels auxquels elle pourrait être condamnée.

Il résulte du «certificate of Incorporation» (pièce n°7 de M^{e} Kleyr) du registre des entreprises islandais que «**BQUE.1.)** hf.» constitue la nouvelle dénomination sociale de la société **BQUE.1'.)** hf. en faveur de laquelle **A.)** a conclu un engagement.

Aux termes du paragraphe 2 de l'article 257 du Nouveau code de procédure civile, *«aucune caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts résultant d'un procès ne peut être exigée des personnes, physiques ou morales, qui ont leur domicile ou leur résidence sur le territoire d'un Etat membre du Conseil de l'Europe»*.

Comme l'Islande fait partie du Conseil de l'Europe, le moyen de la caution judiciaire est par conséquent à rejeter.

Par ailleurs, le but poursuivi par l'exigence d'une caution judiciaire est de prémunir le justiciable luxembourgeois contre les pertes pécuniaires que peut lui faire subir, par un procès sans fondement, un étranger (personne physique ou morale) qui n'offre pas les garanties au Luxembourg pour assurer le paiement des dommages-intérêts et des frais auxquels il serait condamné par une juridiction luxembourgeoise et qui pourrait échapper à l'exécution du jugement parce qu'il pourrait disparaître sans que l'on puisse suivre sa trace ou parce que la loi de son pays ne reconnaît pas les jugements rendus au Luxembourg (cf. Exposé des motifs, Doc. parl. N°5837).

Le législateur a entendu uniquement statuer sur les rapports entre Luxembourgeois et étrangers et non sur ceux des étrangers entre eux. Son but a été d'établir une sorte d'équilibre ou d'égalité judiciaire entre un Luxembourgeois attaché au sol de sa patrie par les liens qui l'y retiennent et l'étranger toujours suspect de fuite. Or, si le débat se meut entre deux étrangers, la condition est égale pour chacun d'eux et la caution judiciaire n'a plus aucune raison d'être. Exiger du demandeur étranger en faveur du défendeur étranger une garantie créerait, au lieu de compenser des positions inégales, au profit du second une sûreté qu'il ne présente pas lui-même (cf. Cour 12 février 2003, n°25.302 du rôle).

Il s'ensuit que le défendeur, qui réside actuellement en Suisse n'a pour le surplus pas qualité pour exiger une caution judiciaire.

Quant à la compétence territoriale

A.) se rapporte à prudence de justice quant à la compétence territoriale du tribunal de céans.

Il ne soulève dès lors aucun moyen concret.

Le fait de se rapporter à prudence de justice ne constitue pas une contestation.

Néanmoins à supposer que par cette formulation type et générale, le défendeur entende contester la compétence territoriale des juridictions luxembourgeoises, force est de constater que le tribunal de céans est bien territorialement compétent au vu de la clause attributive de juridiction figurant (article 6) au contrat de garantie *(Guarantee Agreement)*.

Quant au défaut d'intérêt ou de qualité à agir

A.) affirme ne pas connaître la requérante et que celle-ci resterait en défaut de prouver sa qualité à agir et son intérêt à agir. La demande serait partant irrecevable.

Comme déjà précisé ci-dessus, il résulte du «certificate of Incorporation» (pièce n°7 de M^{e} Kleyr) du registre des entreprises islandais que «**BQUE.1.)** hf.» constitue la nouvelle dénomination sociale de la société **BQUE.1'.)** hf. en faveur de laquelle **A.)** a conclu un engagement.

L'intérêt à agir peut se définir comme le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action est susceptible de procurer au plaideur. Dire d'une personne qu'elle a intérêt à agir, c'est dire que la demande formée est susceptible de modifier, en l'améliorant, sa condition juridique.

A qualité pour agir toute personne qui a un intérêt personnel au succès ou au rejet d'une prétention.

Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame a un intérêt à agir en justice et donc qualité pour le faire (cf. Juris-Classeur de procédure civile, fascicule 126-3, n°14 et ss.).

La qualité pour agir constitue ainsi pour le sujet de droit l'aptitude à saisir la justice dans une situation donnée (cf. Enc. Dalloz, Procédure civile et commerciale, v° Action, n° 61).

La qualité n'est donc pas une condition particulière de recevabilité lorsque l'action est exercée par celui-là même qui se prétend titulaire du droit, car, en principe le fait de se prétendre titulaire d'un droit confère nécessairement le pouvoir de saisir la justice afin d'en obtenir la sanction. (cf. Cour 23 octobre 1990, P.28, p.70).

En l'espèce, la société de droit islandais **BQUE.1.)** hf. affirme qu'**A.)** se serait engagé à payer, à première demande, toutes sommes redues par la société à responsabilité limitée **SOC.1.)**, dont il est l'associé unique. Il est actionné en cette qualité.

La banque a dès lors certainement intérêt et qualité pour agir en justice.

Le fait de savoir si **A.)** est effectivement redevable en qualité de caution des dettes de cette société, donc l'existence effective du droit invoqué, est non pas une question de recevabilité de la demande, mais uniquement une des conditions de son succès au fond, ou, en d'autres termes, de son bien-fondé (cf. Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, tome I, n°221).

En effet, le bien-fondé du droit invoqué ne se vérifie pas lors de l'appréciation de la recevabilité de la demande.

Il s'ensuit que le moyen est à écarter.

Quant au moyen de l'indication inexacte du représentant légal de la partie demanderesse dans l'exploit d'assignation

A.) conclut encore à la nullité de l'acte introductif d'instance pour ne pas indiquer le représentant légal exact de la partie demanderesse.

Il conteste qu'une société «hf» de droit islandais soit représentée en justice par son conseil d'administration.

Les questions de procédure sont soumises à la loi du for. Notamment les règles qui président à la structure et au déroulement d'un procès, les questions qui relèvent de la théorie de l'action en justice, en tant qu'elles intéressent directement la tenue du procès sont régies par la loi du tribunal.

Le juge doit donc examiner au regard de sa propre loi quelles sont les exigences qu'il peut requérir de la part d'une partie demanderesse au regard de la désignation de son représentant en justice.

Force est de constater que ni l'article 153 du Nouveau code de procédure civile (qui a d'ailleurs uniquement trait aux actes d'huissier), ni aucune autre disposition légale ou réglementaire n'exige l'indication de l'organe qualifié pour représenter une personne morale en justice (cf. Cour d'appel 23 mai 2001, n°23.825 du rôle ; Cass. 2 avril 2009, n°2622 du registre).

Il est vrai néanmoins que pour certaines formalités, d'une nature et d'une importance telle que leur défaut ne permettrait plus à l'acte de remplir sa fonction, leur omission peut être sanctionnée par la nullité, même si ces formalités ne sont imposées par aucun texte et même, a fortiori, sans qu'un texte légal n'édicte la sanction de la nullité à l'égard de leur omission.

Le projet de loi sur la mise en état en matière de procédure civile contentieuse et portant modification de certaines dispositions du Code de procédure civile prévoyait initialement également d'exiger l'indication par la partie demanderesse de l'organe qui la représente.

Cependant, adoptant une proposition en ce sens du Conseil d'Etat qui ne voyait aucune utilité à ce que l'organe qui représente une société doive être indiqué dans les actes de procédure (cf. documents parlementaires n°3771-5 p.15 et 19), la commission juridique de la Chambre des députés a estimé qu'*«il n'y a pas lieu de mentionner l'organe qui représente la société dans un acte d'huissier»* (cf. le rapport

de cette commission du 3 juillet 1996, documents parlementaires n°3771-9 p.18). Par la suite, cette exigence ne fut effectivement pas reprise dans la loi du 11 août 1996 ayant modifié profondément les dispositions légales applicables à la rédaction des exploits d'huissier, et notamment l'article 61 du Code de procédure civile devenu par la suite l'article 153 du Nouveau code de procédure civile.

Il est vrai que dans le passé certaines décisions de justice ont cru pouvoir s'appuyer sur l'article 163 du même code, qui concerne cependant la question de savoir par quel organe sont assignées certaines parties défenderesses, pour justifier une nullité (de fond) de l'exploit introductif d'instance dans l'hypothèse d'un défaut ou d'une erreur dans l'indication de l'organe qualifié pour représenter une société en justice.

Cette position ne peut, au vu notamment des travaux préparatoires de ladite loi du 11 août 1996, écartant expressément l'exigence de l'indication du représentant légal, et des arrêts récents de la Cour de cassation, plus être soutenue aujourd'hui.

Ainsi, le défaut d'indication de l'organe représentant une société en justice ou une indication erronée de l'organe représentatif, ne peuvent aujourd'hui être qualifiés comme absence d'une formalité substantielle voire comme nullité et n'entraînent donc pas la nullité de l'exploit introductif d'instance (cf. Cass. 2 avril 2009, n°2622 du registre ; Trib. d'arr. Lux. 1er décembre 2010, n°111.689 du rôle ; Cour d'appel 19 janvier 2011, n°36.147 du rôle), étant encore précisé que les exploits pour ou contre une société sont valablement faits au nom de la société seule (cf. Cass. 15 novembre 2001, n°1826 du registre).

Il s'ensuit que ce moyen de nullité manque de substance et est à rejeter.

<u>Quant au moyen de nullité relatif à un défaut de pouvoir d'introduire la présente instance</u>

A.) conclut encore à la nullité de l'acte introductif d'instance pour défaut de preuve que la décision d'introduire la présente demande ait valablement été prise d'après la loi islandaise par l'organe compétent de la société.

Il estime qu'il appartiendrait à la requérante de prouver que la décision d'introduire la présente procédure aurait été prise valablement d'après la loi islandaise.

Cette opinion est erronée. Il appartient à celui qui invoque un moyen d'établir le bien-fondé de celui-ci. Cette preuve n'est pas rapportée.

Par ailleurs, il résulte encore de l'avis juridique versé par la requérante (pièce n°8 de Me Kleyr) que c'est bien, suivant le droit islandais, le conseil d'administration qui représente une société «hf.» en justice et que l'action en justice a valablement être engagée.

Il découle de l'ensemble des développements qui précèdent que la demande, régulièrement introduite dans les forme et délai légaux, est à déclarer recevable.

<u>Quant au fond</u>

A.) conteste les prétentions adverses sans fournir le moindre argument.

Il résulte des stipulations du contrat de garantie *(Guarantee Agreement)* qu'**A.)** s'est engagé à garantir l'exécution de toutes les obligations prises par la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** à l'égard de la requérante.

Il découle encore des explications fournies, des pièces versées et notamment des dispositions du *«Share Purchase Agreement»*, en particulier de son article 3, que la société à responsabilité limitée **SOC.1.)** redoit à la demanderesse la somme de 6 millions d'euros, représentant le prix de vente des actions de la société **SOC.2.)** SICAV-FIS. En raison du défaut de paiement de la société à responsabilité limitée **SOC.1.)**, le montant variable du prix de vente est de 3.000.000.- euro (article 3.4 du *«Share Purchase Agreement»*).

La requérante reconnaît avoir reçu la somme de 175.000.- euros en date du 15 décembre 2009.

Les intérêts au taux conventionnel de 7,5% sont à allouer, conformément aux articles 3.2.1, 3.2.2, 3.2.3, 3.4.2 et 3.4.3 du contrat en cause sur les montants spécifiés au dispositif du présent jugement à partir des dates y indiquées. Il ne résulte pas de ces articles que des intérêts de retard sont dus sur les sommes réclamées anticipativement.

La société de droit islandais **BQUE.1.)** hf. sollicite encore une indemnité de procédure de 10.000.- euros.

Cette demande est à rejeter, alors qu'au vu des stipulations relatives à la fixation de la part variable du prix de vente, il ne paraît pas inéquitable de laisser l'entièreté des frais non compris dans les dépens à charge de la requérante.

La demande de même nature de la part d'**A.)** (il sollicite 100.000.- euros à ce titre) est également à rejeter, alors qu'une partie qui est déboutée de ses prétentions et qui est de ce fait à condamner à tous les frais et dépens de l'instance ne saurait bénéficier des dispositions de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

La partie demanderesse conclut encore à l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir.

L'exécution provisoire sans caution ne peut être ordonnée que dans les cas autorisés par l'article 244 du Nouveau code de procédure civile, à savoir, lorsqu'il y a titre non attaqué, promesse reconnue ou condamnation précédente dont il n'y a pas appel.

Tel n'étant pas le cas en l'espèce, il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire du présent jugement sans caution.

P a r c e s m o t i f s :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, après avoir entendu le juge de la mise en état en son rapport oral,

déclare la demande recevable,

la **dit** fondée,

partant, **condamne A.)** à payer à la société de droit islandais **BQUE.1.)** hf. la somme de 5.825.000.- (cinq millions huit cent vingt-cinq mille) euros, avec les intérêts au taux conventionnel de 7,5%
-sur la somme de 1.500.000.- euros du 28 février 2009 au 30 juin 2009,
-sur la somme de 3.000.000.- euros du 30 juin 2009 au 15 décembre 2009,
-sur la somme de 2.825.000.- euros du 16 décembre 2009 au 29 juillet 2010,
-sur la somme de 5.825.000.- euros à partir du 29 juillet 2010 jusqu'à solde,

dit non fondées les demandes des parties en obtention d'une indemnité de procédure et en **déboute**,

dit qu'il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire du présent jugement sans caution,

condamne A.) à tous les frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de Maître Marc KLEYR, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.