Jugement commercial XV N° 1195 / 2014

Audience publique du mercredi, douze novembre deux mille quatorze.

Numéro 159 098 du rôle

Composition :

Robert WORRÉ, Premier juge-président ;
Jacqueline KINTZELÉ, juge ;
Steve KOENIG, juge ;
Sandra MANGEN, greffière.

E n t r e :

Monsieur **A.)**, sans état connu, demeurant à **(…)** (Royaume-Uni), **(…)**,

élisant domicile en l'étude de Maître Antoine MEYNIAL, avocat, demeurant à Luxembourg,

demandeur, comparant par Maître Antoine MEYNIAL, avocat susdit,

et :

la société anonyme **MIRET S.A.**, établie et ayant son siège social à L-2227 Luxembourg, 16, Avenue de la Porte Neuve, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 69.213,

défenderesse, comparant par Maître Pol THIELEN, avocat, en remplacement de Maître Guy LOESCH, avocat, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Faits :

Par exploit de l'Huissier de Justice suppléant Véronique REYTER, en remplacement de l'Huissier de Justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette, en date du 31 décembre 2013, le demandeur a fait donner assignation au défendeur à comparaître le vendredi, 17 janvier 2014 à 9.00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire, Bâtiment CO, 1er étage, salle CO1.01, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit exploit d'huissier ci-après reproduit :

L'affaire fut inscrite sous le numéro 159 098 du rôle pour l'audience publique du 17 janvier 2014 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale.

La cause fut renvoyée devant la quinzième chambre.

L'affaire fut utilement retenue à l'audience du 7 octobre 2014 lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

Maître Antoine MEYNIAL, mandataire de la partie demanderesse, donna lecture de l'assignation introductive d'instance ci-avant reproduite et exposa les moyens de sa partie.

Maître Pol THIELEN, mandataire de la partie défenderesse, répliqua et exposa ses moyens.

Sur ce, le tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour le

jugement qui suit :

Par exploit de l'huissier de justice suppléant Véronique REYTER en remplacement de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette du 31 décembre 2013, **A.)** a fait donner assignation à la société anonyme MIRET S.A. à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour voir l'entendre condamner à lui payer la somme de 497.626,13 EUR à titre de dommages et intérêts pour le préjudice subi par le requérant suite à la rupture contractuelle imputable à la partie défenderesse ayant agi notamment en violation de l'article 2 du contrat de mandat d'administrateur, mais également en violation de l'article 3 du contrat de services, respectivement suite à la faute commise par cette dernière en ayant cruellement failli à son devoir de conseil et de diligence tant envers la société C& K Capital, qu'envers ses actionnaires, dans la rédaction des contrats d'émission d'emprunt obligataire. Il sollicite encore la condamnation de la défenderesse au paiement d'une indemnité de procédure de 2.500.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, ainsi que l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

Le requérant base sa demande sur l'article 1147 du Code civil en raison de la violation par la défenderesse de ses obligations contractuelles et sur l'article 37-3 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

A l'appui de sa demande, il expose avoir décidé, ensemble avec **B.)**, de procéder à la constitution d'une société anonyme de droit luxembourgeois, dénommée C&K Capital S.A. dont le but était l'acquisition d'une filiale établie au Royaume-Uni dénommée Food Secret Ltd et de financer le développement d'une chaîne de restauration rapide. A cet effet, le requérant et **B.)** ont conclu en janvier 2008 un contrat de domiciliation, un contrat de prestation de services et un contrat de mandat d'administrateur avec la Sella Bank Luxembourg S.A., dont les droits et responsabilités en relation avec ces contrats ont été repris, suite à une scission, par l'actuelle défenderesse. En vue du financement de cette opération, les deux actionnaires ont souscrit, chacun à concurrence de 50%, à l'émission par la société C&K Capital d'un premier emprunt obligataire de 1.000.000.- EUR, puis, en octobre 2008, à l'émission d'un second emprunt obligataire pour

600.000.- EUR, tandis qu'un troisième emprunt obligataire de 900.000.- EUR a été souscrit en mars 2009 par le requérant seul, ces fonds ayant à chaque fois fait l'objet d'un prêt du même montant accordé par la société C&K Capital à sa filiale.

Le requérant reproche à la défenderesse d'avoir inséré, de sa propre initiative et sans l'accord des actionnaires, dans les conditions d'émission des emprunts obligataires une clause permettant aux obligataires de demander le remboursement anticipé desdits emprunts à des échéances extrêmement brèves, sans prévoir également cette possibilité dans les contrats de prêt sous-jacents conclus entre la société C&K Capital et sa filiale, estimant que les administrateurs de la société C&K Capital mis à disposition par la défenderesse auraient dû refuser de signer ces contrats obligataires contraires à l'intérêt de cette société. Il fait valoir que cette différence des modalités de remboursement, contraire à la logique financière de l'opération et à une bonne pratique du droit, serait constitutive d'une erreur professionnelle dans le chef de la défenderesse qui aurait cruellement failli à son devoir de diligence et de conseil tant envers la société C&K Capital, qu'envers ses actionnaires, alors qu'elle aurait permis à **B.)** de demander le remboursement anticipé de ses obligations à la société C&K Capital sans que celle-ci puisse réclamer le remboursement du prêt accordé à sa filiale, ce qui aurait contraint le requérant, afin d'éviter la faillite de sa société, de négocier le rachat des obligations de **B.)** et lui aurait causé un préjudice important.

La société MIRET soulève en premier lieu l'irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité à agir du requérant en l'absence de préjudice individuel réparable, alors que son préjudice allégué ne serait que la répercussion du préjudice social subi par la société C&K Capital pour trouver son origine dans l'impossibilité de cette dernière de rembourser de manière anticipée ses emprunts obligataires. En ordre subsidiaire, la demande serait encore irrecevable au motif que le requérant resterait en défaut de caractériser un préjudice personnel distinct.

Quant au fond, elle conteste toute responsabilité dans son chef, précisant que le requérant ne saurait réclamer réparation du préjudice prétendument subi par la société C&K Capital en raison d'une violation des obligations contractuelles envers cette société, alors qu'elle ne serait pas partie à l'instance. Elle fait valoir que le requérant ne saurait fonder sa demande sur une prétendue violation du contrat de mandat d'administrateur, auquel la défenderesse ne serait pas partie, ni sur les dispositions de la loi de 1993 sur le secteur financier qui édicteraient de simples règles de conduite ne pouvant pas servir de fondement à une action en responsabilité contractuelle. Elle réfute ensuite toute violation de ses obligations de conseil et de diligence telles qu'elles résultent du contrat de prestation de service envers le requérant et souligne l'absence de lien de causalité entre ces prétendues violations et le préjudice invoqué par ce dernier, d'autant plus qu'il était bénéficiaire de la clause de remboursement anticipé dont il aurait d'ailleurs fait usage.

La société MIRET fait encore valoir que le requérant, en sa qualité de professionnel, ne pouvait ignorer les conditions d'émission des emprunts obligataires auxquelles il a souscrites à trois reprises, alors qu'il aurait reçu copie desdites conditions lesquelles auraient également été analysées par son conseiller financier et que les actionnaires auraient en octobre 2008, en connaissance de cause et aux mêmes conditions, demandé l'émission d'un deuxième emprunt obligataire. En application de la clause limitative de responsabilité figurant dans le contrat de services qui serait parfaitement licite, il incomberait en outre au requérant d'apporter la preuve d'une faute grave ou intentionnelle dans le chef de la banque, ce qu'il resterait en défaut de faire.

La défenderesse souligne ensuite l'absence de preuve d'un préjudice indemnisable, alors que le rachat transactionnel des obligations souscrites par **B.)** aurait été profitable au requérant et que les frais de procédures légales et honoraires d'avocats, pour lesquels ni le lien avec ce litige, ni leur paiement par le requérant ne seraient prouvés, risqueraient d'entraîner une double indemnisation dans le chef de ce dernier. Elle précise enfin que les actionnaires auraient en juillet 2009, à un moment où la prétendue problématique des emprunts obligataires était connue par ces derniers, accordé plaine décharge aux administrateurs de la société C&K Capital, ce qui confirmerait l'absence de faute professionnelle commise par la défenderesse. Estimant avoir été assignée à la légère, alors que le litige trouverait sa source dans une mésentente entre actionnaires, elle réclame à titre reconventionnel une indemnité de procédure de 5.000.- EUR.

Remarque préliminaire

Par courrier daté du 10 octobre 2014, le mandataire de **A.)** a communiqué quatre pièces supplémentaires afin de justifier les éléments à l'origine du préjudice invoqué, à savoir le non remboursement des emprunts obligataires à leurs échéances par C&K Capital et la cessation des activités de restauration rapide de Food Secret n'ayant pas pu rembourser son prêt à C&K Capital.

Le mandataire de la société MIRET ne s'est pas opposé à la communication desdites pièces en cours de délibéré.

Si l'instruction d'une affaire en matière commerciale exposée oralement à l'audience est en principe terminée au moment où elle est prise en délibéré afin d'assurer le respect du principe du contradictoire, il convient cependant de relever qu'à l'audience du 7 octobre 2014, le mandataire de **A.)** s'était, de l'accord du tribunal, réservé le droit de verser des pièces supplémentaires à l'appui de sa demande, lesquelles peuvent dès lors être prises en considération.

Motifs de la décision

La société MIRET soulève l'irrecevabilité de la demande au motif que le préjudice allégué par **A.)** ne constituerait pas un préjudice individuel dans son chef mais uniquement la répercussion du préjudice social subi par la société C&K Capital qui aurait dès lors seule qualité à agir. Elle fait également valoir que les fautes alléguées seraient sans rapport avec les obligations contractuelles incombant à la défenderesse dans le cadre du contrat de services, seul document contractuel liant les parties.

Pour qu'une responsabilité contractuelle puisse être engagée, il ne suffit pas que le dommage ait été causé à l'occasion de l'exécution d'un contrat, il faut encore qu'il résulte de l'inexécution d'une obligation principale ou accessoire engendrée par le contrat à charge de l'un des contractants.

En l'espèce, il est constant que **A.)** et la société MIRET étaient contractuellement liés du fait de la signature en date du 7 janvier 2008 du contrat de services conférant à la défenderesse la mission de constituer, de domicilier et d'assurer la gestion administrative et comptable de la société C&K Capital et en particulier d'assurer les services définis à l'article 2 dudit contrat.

Si, parmi les services définis sous le point 2.2 figure la mise à disposition des administrateurs nécessaires au fonctionnement de la société, la société MIRET n'est cependant pas partie au contrat de mandat d'administrateur conclu directement entre, d'une part, **A.)** et **B.)** en qualité de mandants, et, d'autre part, les trois administrateurs en qualité de mandataires, qui devront accomplir « *leurs fonctions que sur les instructions écrites des mandants* » (article 2 dudit contrat), de sorte que toute éventuelle violation de ce contrat pourrait uniquement être reprochée aux administrateurs de la société C&K Capital, qui ne sont cependant pas parties à l'instance, mais ne sauraient fonder une action en responsabilité contractuelle contre la défenderesse.

Or, à côté de la preuve de l'existence d'un contrat de services liant les parties, **A.)** doit également établir que le dommage allégué résulte de l'inexécution d'une obligation contractuelle à charge de la défenderesse.

En l'occurrence, le requérant reproche à la défenderesse un manquement à son obligation de conseil et de diligence dans le cadre de la rédaction des emprunts obligataires et du loan agreement et plus particulièrement de ne pas avoir agi conformément à l'article 3 du contrat de services, à savoir au meilleur intérêt de la société C&K Capital.

La société MIRET fait valoir que le contrat de services ne contiendrait aucun obligation de conseil en matière d'emprunts obligataires à sa charge de sorte que les reproches invoqués ne sauraient fonder une action en responsabilité contractuelle.

Si la rédaction des modalités et conditions régissant l'emprunt obligataire ne figure pas dans la liste des services à prester énumérés à l'article 2 dudit contrat, l'article 2.11 prévoit néanmoins la possibilité de prester les autres services dont les parties auront convenu par écrit.

Or, il résulte des échanges de courriels versés en cause (pièces 1 et 2 de la farde de Maître Loesch) que la défenderesse a bien fourni la documentation relative au premier emprunt obligataire et au prêt à accorder à la filiale anglaise à **A.)**, de sorte que les parties avaient nécessairement convenu de ce service supplémentaire, la signature desdits documents ayant d'ailleurs figuré à l'ordre du jour du premier conseil d'administration de la société C&K Capital tenu en date du 8 janvier 2008.

Ce service devait partant, conformément à l'article 3 dudit contrat, être fourni en prenant notamment soin qu'il ne soit pas préjudiciable aux meilleurs intérêts de la société, sous réserve d'exclusion de tout droit à dommages et intérêts en cas d'instruction reçue de la part du client (dont le requérant) qui s'avérerait être contraire à ce principe.

Or, le requérant reproche précisément à la défenderesse d'avoir rédigé une documentation financière contraire aux intérêts de la société C&K Capital et sans avoir obtenu d'instruction en ce sens, tandis que la société MIRET réfute la prétendue ignorance par le requérant des détails du financement.

Sans préjudice quant au bien-fondé des reproches formulés, ceux-ci, pour autant qu'ils visent directement la défenderesse et non pas les administrateurs de la société C&K Capital, entrent partant dans le champ contractuel liant les parties.

Afin de justifier sa qualité à agir, **A.)** doit cependant également établir que sa demande tend à la réparation d'un préjudice distinct de celui de la société et des autres actionnaires, la recevabilité d'une telle action en responsabilité étant soumise à l'allégation de ce préjudice personnel et la jurisprudence impose au demandeur de caractériser ce préjudice distinct.

La requérant se prévaut en l'occurrence d'un préjudice global de 497.626,13 EUR composé comme suit :

- 225.000.- EUR au titre de la transaction avec son associé ;
- 22.330,44 EUR au titre d'intérêts au taux légal sur la somme de 225.000.- EUR pour la période du 29.11.2010 au 30.09.2013 ;
- 240.295,69 au titre de frais de procédures légales ;
- 10.000.- EUR au titre d'honoraires d'avocats.

Concernant le premier poste, **A.)** expose que cette transaction par laquelle il a racheté les actions et obligations de **B.)**, qui avait décidé de ne plus poursuivre son partenariat avec le requérant, avait été rendue nécessaire afin d'éviter la faillite de la société C&K Capital qui se trouvait dans l'impossibilité de faire face à la demande de remboursement anticipé de ses obligations qui lui avait été adressée par **B.)**, puisqu'elle ne pouvait demander en même temps le remboursement de son prêt à sa filiale anglaise.

C'est partant dans le but de sauver son investissement initial dans la société C&K Capital en reprenant à son compte des obligations à hauteur de 800.000.- EUR que le requérant a procédé à cet arrangement transactionnel avec son ancien partenaire.

Cette dépense, que le requérant qualifie de préjudice, a dès lors été effectuée afin d'éviter une faillite de la la société C&K Capital, partant la perte de la valeur de ses actions détenues dans le capital de cette société.

Or, les préjudices subis à titre de perte de la valeur des parts détenues dans le capital d'une société par les associés constituent non un dommage propre à chaque associé, un préjudice spécial, distinct, indépendant du préjudice social, mais un dommage subi par la société elle-même. Le dommage causé à l'actionnaire n'est que le « corollaire » de ce préjudice social (Cass. com., 26 janvier 1970, no 67-14.787, Cass. com., 18 juillet 1989, no 87-20.261, Cass. com., 1er avril 1997, no 94-18.912).

Cette partie du préjudice allégué ne saurait partant s'analyser en préjudice personnel du requérant permettant de fonder une action en responsabilité contre la société MIRET et ce d'autant plus que le caractère certain et partant indemnisable de ce prétendu préjudice n'est pas établi.

En effet, il résulte de l'examen de cette transaction que le montant transactionnel payé par **A.)** s'analyse en réalité en un investissement intéressant, alors qu'une dépense de 225.000.- EUR lui a permis d'acquérir des obligations d'une valeur nominale de 800.000.- EUR émises par la société C&K Capital et une dépense supplémentaire d'un EUR lui a permis de s'approprier les 992 actions dans le capital de cette dernière, partant de devenir l'actionnaire unique de cette entité et de réunir entre ces mains, soit directement, soit indirectement, l'ensemble des obligations émises et d'avoir partant la main sur le financement de cette société.

Cet arrangement transactionnel a partant permis au requérant de prendre, à moindre coût, le contrôle de la société C&K Capital et de son financement, de sorte que les prétendus manquements reprochés à l'actuelle défenderesse, à les supposer établis, n'auraient en principe plus dû entraver le financement de l'opération envisagée, alors qu'il suffisait au requérant de ne pas faire appel à la clause de remboursement anticipé des emprunts obligataires.

A cet égard, il est intéressant de noter qu'il ressort d'un courrier de la société C&K Capital du 12 juin 2009 que tous les souscripteurs des emprunts obligataires avaient à ce moment demandé le remboursement anticipé, partant y compris le requérant qui pourtant aujourd'hui dénonce l'insertion de cette clause dans les emprunts obligataires dont il avait fait lui-même usage.

L'existence même d'un préjudice du fait de la dépense effectuée dans le cadre de l'arrangement transactionnel n'est dès lors pas établi.

Par ailleurs, si le requérant met aujourd'hui en avant le fait que son investissement n'aurait plus aucune valeur et justifie son préjudice par la cessation des activités de restauration rapide de la filiale anglaise Food Secret et le non-remboursement des emprunts obligataires à leur échéance par la société C&K Capital, il ne justifie en rien le caractère direct de ce prétendu préjudice, à savoir son lien de causalité direct avec les prétendues inexécutions contractuelles reprochées à la défenderesse.

Dans ces conditions, le mise en compte d'intérêts sur cette somme ne saurait davantage justifier la recevabilité de la présente action en responsabilité.

Concernant les préjudices annexes consistant en divers frais de procédures légales et d'honoraires d'avocats, un constat similaire s'impose.

Ainsi, il résulte de l'examen des factures versées à l'appui de cette demande qu'elles ont toutes été adressées soit à la société C&K Capital, soit à Sofin Consult ou à **C.)**, employée par Sofin Consult, les deux ayant agi comme conseils dans le cadre de l'opération litigieuse, et portent sur des services juridiques divers apportés à la société C&K Capital ou à une entité dénommée Freesia Consulting.

Il ne résulte d'aucun élément soumis à l'appréciation du tribunal que ces frais ont été effectivement réglés par le requérant.

Par ailleurs, ces divers frais, à supposer qu'ils soient restés à la charge définitive du requérant, trouvent leur cause non pas dans l'inexécution par la défenderesse de ses obligations contractuelles, mais constituent en réalité la contrepartie financière de divers services d'assistance juridique réalisés par des tiers en faveur des sociétés C&K et Freesia Consulting, pour lesquels il n'est nullement établi qu'ils ont un lien direct et exclusif avec le présent litige.

Comme pour les autres préjudices, **A.)** est dès lors resté en défaut d'alléguer et de caractériser un préjudice personnel, direct et certain résultant de l'inexécution d'une obligation contractuelle à charge de la défenderesse et partant de justifier sa qualité à agir sur le fondement contractuel invoqué.

Compte tenu des développements qui précèdent, la demande de **A.)** basée sur la responsabilité contractuelle doit être déclarée irrecevable.

Au vu de l'issue du litige, la demande en obtention d'une indemnité de procédure de 2.500.- EUR formulée par **A.)** à l'encontre de la société MIRET est à rejeter, alors qu'une partie qui est déboutée de ses prétentions, et qui de ce fait est à condamner aux frais et dépens de l'instance, ne saurait bénéficier des dispositions de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

La demande de la société MIRET en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile est en revanche à déclarer fondée, alors qu'il paraît inéquitable de laisser à charge de la partie défenderesse 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.- EUR.

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

Les jugements rendus en matière commerciale sont exécutoires par provision de plein droit, le tribunal n'ayant pas besoin de l'ordonner, mais moyennant caution. L'exécution provisoire n'a donc besoin d'être ordonnée que lorsqu'elle doit avoir lieu sans caution ou justification de solvabilité suffisante dans les cas autorisés par l'article 567 du Nouveau Code de procédure civile, à savoir, lorsqu'il y a titre non attaqué ou condamnation précédente dont il n'y a pas appel.

Comme l'exécution provisoire du présent jugement sans caution n'est pas sollicitée en l'espèce, le tribunal n'a pas à statuer sur ce point.

PAR CES MOTIFS

le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

reçoit la demande principale en la pure forme ;

la **déclare** irrecevable ;

dit la demande de **A.)** sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile non fondée,

partant, en **déboute**,

dit fondée la demande de la société anonyme MIRET S.A. en obtention d'une indemnité de procédure jusqu'à concurrence du montant de 2.000.- EUR,

partant **condamne A.)** à payer à la société anonyme MIRET S.A. le montant de 2.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

condamne A.) à tous les frais et dépens de l'instance.