Jugement commercial XV No. 724 / 13

Audience publique du mercredi, huit mai deux mille treize.

Numéro 130010 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 à responsabilité limitée **SOC1) s.à r.l.**, établie et ayant son siège social à L-**(...)**, représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro **(...)**,

élisant domicile en l'étude de Maître Albert MORO, avocat, demeurant à Luxembourg,

demanderesse, aux termes de l'exploit de l'Huissier de Justice suppléant Gilles HOFFMANN, en remplacement de l'Huissier de Justice Carlos CALVO de Luxembourg, en date du 27 avril 2010,

comparant par Maître Sébastien SCHMITZ, avocat, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître Albert MORO, avocat susdit,

e t :

la société de droit des Îles Vierges Britanniques **SOC2) LIMITED**, établie et ayant son siège social à **(...)** (Îles Vierges Britanniques), représentée par représentant légal actuellement en fonctions, numéro **(...)**,

défenderesse, aux fins du prédit exploit Gilles HOFFMANN,

comparant par Maître Jean-Luc SCHAUS, avocat, en remplacement de Maître Pierre THIELEN, avocat, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Le Tribunal :

Ouï la partie demanderesse par l'organe de son mandataire Maître Sébastien SCHMITZ, avocat, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître Albert MORO, avocat constitué, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Ouï la partie défenderesse par l'organe de son mandataire Maître Jean-Luc SCHAUS, avocat, en remplacement de Maître Pierre THIELEN, avocat constitué, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 23 janvier 2013.

Madame la Vice-Présidente Karin GUILLAUME entendue en son rapport à l'audience du 13 mars 2013.

Par exploit de l' huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN du 27 avril 2010, la SARL **SOC1)** a donné assignation à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale selon la procédure civile à la société de droit des British Virgin Islands **SOC2)** LIMITED, ci- après « **SOC2)** », pour s'entendre condamner à lui payer le montant de 13.508.634,23 EUR, arrêté à la date du 15 juillet 2009, avec les intérêts contractuellement fixés, sinon les intérêts légaux, ainsi qu'une indemnité de procédure de 15.000 EUR sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

SOC1) S.A., qui s'est vu transférer les créances de **BANQUE1)** suite à la scission de la Banque en date du 10 juillet 2009, expose qu'au cours du premier trimestre de l'année 2006 la Banque a conclu avec **SOC2)** (dont les bénéficiaires économiques sont les Consorts **A)** un contrat intitulé Secured Investment Line Agreement aux termes duquel elle mettait à disposition de **SOC2)** une ligne de crédit de 40.000.000 EUR à des fins d'investissements.

Ce contrat permettait la participation de **SOC2)** dans un prêt à obligations accordé par la société de droit de l'île de Man **SOC4)** à une société **SOC3)**.

En date du 8 avril, la ligne de crédit consentie à **SOC2)** fut portée à 200.000.000 EUR par un nouveau SILA remplaçant le premier.

Suivant l'article 9.6 du SILA, la valeur Lombard des investissements était à maintenir à un niveau équivalent à au moins 100 % de toutes les sommes redues à la banque.

Suite à la crise financière de 2008, la Banque a émis en date du 12 février 2009 un margin call (appel à couverture) à l'égard de **SOC2)** pour un montant de 12.962.068,00 EUR afin de rétablir le niveau de couverture prévu dans le SILA.

SOC2) a laissé passer le délai sans faire de paiement et sans formuler de protestations contre le margin call.

En date du 30 avril 2009 la Banque a alors formellement notifié à **SOC2)** la résiliation du SILA avec effet immédiat et la déchéance du terme.

Ce courrier n'a pas fait non plus l'objet de protestations et la dette aurait été reconnue par le débiteur dans un courrier du 4 mai 2009.

La compétence du présent tribunal est donnée sur base d'une clause attributive de juridiction contenue dans le SILA.

La défenderesse demande en premier lieu au Tribunal de surseoir à statuer en application de l'article 28 (1) du Règlement (CE) N44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, faisant valoir que le présent litige s'inscrit dans toute une série de différends et de litiges entre les bénéficiaires économiques de **SOC2)**, les frères **A)** et l'ancienne **BANQUE1)** respectivement les entités lui ayant succédé (**SOC1)** SARL et **BANQUE2)**.

Elle conteste avoir reconnu sans réserve sa dette et fait plaider que le margin call du 12 février 2009 aurait été irrégulier, alors que le changement de valeur de l'investissement dans **SOC4)** était sans incidence sur le fonctionnement des SILA, et que dès le départ, le portefeuille de la défenderesse ne remplissait pas le critère Lombard contractuellement prévu.

Le « margin call »du 12 février 2009 équivaudrait dès lors à un changement unilatéral des conditions d'évaluation du portefeuille de la défenderesse.

Qu'il serait encore irrégulier pour ne pas avoir été autorisé par les administrateurs nommés par le tribunal, alors que la Banque se trouvait à ce moment dans une procédure de sursis de paiement.

Au vu de ces arguments elle estime que la Banque, qui aurait mis abusivement fin au contrat liant les parties, devrait être déboutée de sa demande en justice.

La défenderesse conclut à se voir allouer une indemnité de procédure de 15.000 EUR.

La demanderesse estime qu'il n'y aurait pas lieu de surseoir à statuer en l'absence de toute précision sur des procédures pendantes et sur leur connexité éventuelle avec le présent litige.

Quant au fond elle conteste les moyens de la défenderesse faisant valoir qu'elle n'aurait jamais renoncé à son droit d'exiger un niveau de couverture conforme à la valeur Lombard contractuellement prévue, se basant sur les dispositions de l'article 9.6 du SILA.

La partie défenderesse demande encore dans des conclusions en réplique qu'il soit sursis à l'exécution des poursuites sur base de l'article 1244 du Code civil.

Elle conteste en tout état de cause encore les intérêts conventionnels réclamés par la demanderesse sur le principal, faisant valoir que ceux-ci ne sauraient survivre à la résiliation du contrat et qu'il y aurait lieu de faire jouer les intérêts légaux.

La partie demanderesse s'oppose à tout sursis à exécution, au motif que les conditions de l'article 1244 alinéa 2 du Code civil ne seraient pas données et maintient sa demande en condamnation aux intérêts conventionnels, alors qu'elle est d'avis que certaines clauses du contrat survivent à sa résiliation, sous peine pour ces clauses de perdre tout intérêt.

La demande, introduite en la forme et les délais requis et non autrement critiquée à cet égard, est à déclarer recevable en la forme.

1) Quant à la demande de sursis à statuer :

La demanderesse, invoquant l'article 28 (1) du règlement (CE) no 44/2001 du conseil du 22 décembre 2000 relatif à la compétence judiciaire la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, demande à ce qu'il soit sursis à statuer en attendant le déroulement de la procédure de liquidation de la structure d'investissement **SOC4)** en cours à l'île de Man.

La partie demanderesse objecte cependant à bon droit que l'île de Man fait partie des territoires qui échappent à la Convention de Bruxelles et ne sont pas soumis non plus au règlement 44/2001 (cf. Compétence et exécution des jugements en Europe règlement 44/2001, Convention de Bruxelles et de Lugano 4ème édition Hélène Gaudemet-Tallon LGDJ no 62).

Par ailleurs, le fait que le véhicule d'investissement **SOC4)** soit actuellement en liquidation à l'île de Man et que la demanderesse cherche à faire valoir ses droits dans ce contexte ne l'empêche nullement de se procurer un titre contre **SOC2)** alors que cette dernière pourra imputer sur sa dette toutes récupérations faites par la demanderesse sur les montants devant revenir à **SOC2)** dans la liquidation.

Ce moyen est partant à écarter.

2) Quant à la régularité du « margin call » :

La défenderesse fait valoir que la Banque ne saurait tirer argument de la perte de valeur de l'investissement dans **SOC4)** pour faire un appel de marge, alors que la ligne de crédit consentie par les SILA serait sans rapport avec l'investissement dans **SOC4)**, (ce qui est en contradiction totale avec les développements contenus dans ses derniers corps de conclusions suivant lesquels le prêt n'aurait été contracté par elle que dans le seul but de participer à l'opération financière mise en place par la banque aux travers du véhicule d'investissement **(...)** et ajoute que dès le départ son portefeuille n'aurait pas rempli le critère Lombard initialement prévu !!!

Elle déduit de ce fait qu'il y aurait eu modification tacite des SILA en ce qui concerne l'article 9.6 relatif aux marges de couvertures et que dès lors le fait pour **SOC1)** d'exiger des garanties équivaudrait à un changement unilatéral des conditions contractuelles.

C'est cependant à juste titre que la demanderesse réplique que les renonciations ne se présument pas et qu'elle n'a jamais expressément renoncé à l'article 9.6 du SILA lui permettant d'exiger une couverture de 100 % des engagements de la défenderesse.

La jurisprudence luxembourgeoise retient en effet que puisque la marge de couverture est stipulée dans l'intérêt de la banque, le client ne saurait tirer aucun droit du défaut de la banque de l'exiger.

Les arguments tirés de l'article 9.6, à savoir que la valeur Lombard ne s'appliquerait qu'aux actifs gagés, et que la Banque n'aurait pas donné le choix à **SOC2)** lors de l'appel de marge entre apporter de nouveaux fonds ou réaliser les actifs gagés, ne méritent aucun développement puisqu'il est constant en cause que le **SOC2)** n'a donné aucun titre ou actif en garantie du crédit lui consenti.

SOC2) fait encore valoir que le courrier de margin call 12 février 2009 de la Banque serait irrégulier alors qu'il n'aurait été signé que par le managing director et un senior credit manager et non par les administrateurs désignés par le tribunal dans le cadre de la procédure de sursis de paiement ouverte contre **BANQUE1)**, alors qu'aux termes de l'article 60-2 du 5 avril 1993 sur la surveillance du secteur financier « l'autorisation écrite des administrateurs est requise, à peine de nullité, pour tous les actes et décisions de l'établissement ». Elle se réfère encore au jugement du tribunal d'arrondissement du 31 octobre 2008 qui a précisé que seuls les actes de pure gestion journalière inférieurs à 3.000 EUR ne sont pas soumis à l'autorisation judiciaire.

Il relève cependant du bon sens le plus élémentaire, que seuls les actes augmentant les engagements de l'établissement soumis à une procédure de sursis de paiement ou aboutissant à un dessaisissement de fonds sont soumis à autorisation. L'appel de marge contenu dans le courrier du 12 février 2009, qui vise au contraire à obtenir des garanties pour un engagement existant en exécution d'un contrat préexistant, s'intègre dans une saine gestion journalière (Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si c'est précisément pendant la période du sursis judiciaire qu'un retour à une pratique plus soucieuse des intérêts de l'établissement bancaire a remplacé les pratiques peu orthodoxes antérieures).

Il résulte de ces développements que l'appel de marge du 29 février 2009 était parfaitement régulier et que devant le défaut pour **SOC2)** d'y faire droit dans les 4 jours (Article 9.2 du SILA), la Banque était en droit de résilier le contrat, rendant immédiatement exigibles les sommes redues (Article 9.3 du SILA).

Il est dès lors oiseux de s'étendre sur les développements des parties relatifs au caractère reconnu ou non de la dette.

3) Quant à la demande de sursis à exécution :

Aux termes de l'article 1244 du Code civil, les juges peuvent, en considération de la position du débiteur et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en l'état.

La défenderesse fait valoir que comme elle n'a été constituée que dans l'unique but de participer dans la transaction **(...)**, elle n'a pas d'autres actifs que ses créances envers **(...)** dans le cadre de l'investissement **PROJET1)**. Partant au vu du fait que ces fonds seraient actuellement bloqués dans la structure **(...)** en raison d'une mauvaise structuration de la transaction entraînant une dispute entre les créanciers, elle ne serait actuellement pas en mesure de rembourser sa dette.

Les délais de paiement sont des moyens exceptionnels et facultatifs que la loi permet d'octroyer pour venir en aide à un débiteur malheureux en reportant ou en échelonnant le paiement de la dette. Ces moyens doivent être utilisés avec modération, le principe étant que le débiteur doit exécuter l'obligation immédiatement, sauf le cas où un terme est fixé par la loi ou la convention entre parties (Cour d'appel, 25 octobre 2006, n° 31036 du rôle). Le juge doit avoir égard à la situation des parties et peut octroyer les délais de grâce au débiteur malheureux et de bonne foi (René DEKKERS, Précis de droit civil belge, Tome II, n° 468). Le débiteur malheureux est celui qui éprouve des difficultés réelles et sérieuses à s'acquitter de ses engagements immédiatement sans

que ces difficultés relèvent de la force majeure, ou qui subirait un préjudice sérieux à le faire pour des raisons plus ou moins indépendantes de sa volonté (Juris-Classeur civil, articles 1235 à 1248, fasc. 40, n° 88).

En l'espèce eu égard à l'ancienneté de la dette et à la mauvaise foi du débiteur qui fait feu de tout bois pour se soustraire à ses obligations, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande.

La défenderesse n'ayant de son propre aveu pas d'autres actifs que ses créances dans **SOC4)**, refuser d'accorder un titre à **SOC1)** S.A. reviendrait à compromettre ses chances de récupérer les fonds par elle prêtés.

Il résulte de l'ensemble des considérations exposées que la demande, telle que reformulée dans les conclusions du 20 novembre 2012, est à déclarer fondée pour le montant de 12.973.821,04 EUR arrêté au 30 avril 2009.

4) Quant aux intérêts conventionnels réclamés sur le montant redû :

La défenderesse, qui relève qu'après avoir dans un premier temps demandé un taux d'intérêt de 175 points de base au-dessus du taux du marché interbancaire du 29 juin 2009 la demanderesse conclut en date du 9 décembre 2009 à ce que le taux du marché interbancaire soit majoré de sept points, estime qu'il s'agirait d'une demande nouvelle irrecevable en raison du principe de l'immutabilité du litige.

Il est cependant de jurisprudence constante que le contrat judiciaire ne s'oppose pas aux demandes incidentes telles qu'elles sont prévues aux articles 53 et 481 du Nouveau code de procédure civile, parmi lesquelles les demandes additionnelles par lesquelles le demandeur augmente ou étend sa demande initiale.

La demande en augmentation du taux d'intérêt de 7 % sur base de l'article 7.3 du contrat d'ouverture de crédit entre parties est partant recevable.

La partie défenderesse fait encore plaider que puisque le contrat a été résilié unilatéralement en date du 30 avril 2009, la demanderesse ne pourrait plus invoquer l'article 7.3. du contrat pour se voir allouer un taux d'intérêt supérieur de 7 points au taux du marché interbancaire.

C'est cependant à juste titre que la partie défenderesse objecte que certaines clauses du contrat ont pour objet de règlementer les conséquences de l'inexécution par l'une des parties au contrat de ses obligations et qu'il est de l'essence même du contrat qu'elles lui survivent, faute de quoi elles perdraient tout leur sens.

La demanderesse peut dès lors valablement invoquer l'article 7.3. du contrat.

La défenderesse fait ensuite valoir que l'article 7.3. du contrat, imposant un taux d'intérêt supérieur de 7 points au taux du marché interbancaire, serait à considérer comme une clause pénale au sens de l'article 1226 du Code civil, au motif qu'il excéderait manifestement le coût de réparation du dommage réellement subi par l'emprunteur en raison des retards de paiement.

Il a cependant été jugé que l'une des caractéristiques essentielles de la clause pénale étant son caractère forfaitaire fixé d'avance par les parties et que dès lors la fixation

d'un taux d'intérêt sur le principal d'un prêt redu ne saurait être considérée comme une clause pénale (cf. Responsabilité civiles des Personnes Privées et Publiques, 2ème édition, p. 521 à 642 et les références y citées).

A titre tout à fait superfétatoire il échet de relever que la majoration de 7 points n'a rien d'excessif puisque la loi du 18 avril 2004 sur les délais de paiement et intérêts de retard la consacre en matière de créances commerciales.

Il échet partant de faire droit à la demande et de faire courir sur les montants redus un taux d'intérêt de 8,625 % (soit le « base rate » applicable pour avril 2009 de 1,625 + 7 à compter du 30 avril 2009).

5) Quant à la demande tendant à la capitalisation des intérêts :

La demanderesse réclame dans ses conclusions notifiées le 20 juillet 2012 la capitalisation des intérêts redus par le défendeur depuis le 30 avril 2009 sur base de l'article 1154 du Code civil, faisant valoir que la notification de ces conclusions vaudrait signification au sens de l'article 1154.

Aux termes de cet article, les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière.

La sommation judiciaire peut être remplacée par tout acte équivalent, tel par exemple, le dépôt de conclusions au greffe, à la condition toutefois que ces conclusions attirent spécialement l'attention du débiteur sur la capitalisation des intérêts (Revue régionale de droit, 77/1996, nos 9 ss.).

Les tribunaux ne disposent d'aucun pouvoir d'appréciation de l'opportunité de l'anatocisme, dès lors qu'elle a été sollicitée, la capitalisation des intérêts a lieu sans qu'il y ait lieu de former une nouvelle demande ou de procéder à l'établissement d'un arrêté de compte à l'expiration de chaque période annuelle (Cass. 2e.civ., 28 février 1996 Bull,civ.II no 46).

Il échet partant de faire droit à la demande et d'ordonner la capitalisation des intérêts échus et dus pour au moins un an, ce à partir de la demande, soit le 20 juillet 2012, et ensuite année par année.

Au vu des circonstances de la cause et des innombrables moyens non justifiés invoqués par **SOC2)** pour se soustraire à la demande, il y a lieu de dire la demande de **SOC1)** s.à r.l. en allocation d'une indemnité de procédure fondée à concurrence de 5.000 EUR auxquels le tribunal évalue les frais exposés non compris dans les dépens.

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 commerciale selon la procédure civile, statuant contradictoirement, après avoir entendu le juge de la mise en état en son rapport oral,

déclare la demande recevable,

dit qu'il y n'y a pas lieu de surseoir à statuer,

dit la demande fondée,

condamne la société **SOC2)** LIMITED à payer à la société à responsabilité limitée **SOC1)** la somme de 12.973.821,04 EUR, avec les intérêts conventionnels au taux de 8,625% à compter du 30 avril 2009 et avec la capitalisation des intérêts année par année à partir du 20 juillet 2012,

condamne encore la société **SOC2)** LIMITED à payer à la société à responsabilité limitée **SOC1)** la somme de 5.000 euros à titre d'indemnité de procédure,

dit non fondée la demande de la société **SOC2)** LIMITED en obtention d'une indemnité de procédure et en **déboute**,

condamne la société **SOC2)** LIMITED à tous les frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de Maître Albert MORO, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.