

Jugement commercial 2020TALCH02/01058

Audience publique du vendredi, vingt-quatre juillet deux mille vingt.

Numéro TAL-2019-04696 du rôle

Composition :

Anick WOLFF, 1^{ère} vice-présidente ;
Steve KOENIG, 1^{er} juge ;
Marlene MULLER, juge ;
Claude ROSENFELD, greffier.

Entre :

la société de droit des Bermudes **SOC1.) FUND LIMITED**, établie et ayant son siège social à (...), (...), (...), Bermuda, représentée par ses directeurs actuellement en fonctions ;

partie demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Véronique REYTER d'Esch-sur-Alzette, en date du 7 décembre 2018,

comparant par Maître Didier SCHÖNBERGER, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

et :

1. la société anonyme **SOC2.) SECURITIES SERVICES (LUXEMBOURG) SA**, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...);

partie défenderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Véronique REYTER d'Esch-sur-Alzette, en date du 7 décembre 2018,

comparant par la société anonyme Arendt & Medernach SA, établie et ayant son siège social à L-2082 Luxembourg, 41A, avenue J.F. Kennedy, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 186371, représentée aux fins des présentes par Maître François KREMER, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

2. la société de droit bermudien **SOC2.) BANK BERMUDA LIMITED**, établie et ayant son siège social à (...), (...), Bermuda, représentée par son organe représentatif actuellement en fonctions ;

3. la société de droit bermudien **SOC2.) SECURITIES SERVICES (BERMUDA) LIMITED**, établie et ayant son siège social à (...), (...), Bermuda, représentée par son organe représentatif actuellement en fonctions ;

parties défenderesses aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Véronique REYTER d'Esch-sur-Alzette, en date du 7 décembre 2018,

comparant par la société anonyme Arendt & Medernach SA, établie et ayant son siège social à L-2082 Luxembourg, 41A, avenue J.F. Kennedy, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 186371, représentée aux fins des présentes par Maître Paul MOUSEL, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

4. la société **SOC2.) Bank Plc**, public limited company constituée et existant sous les lois du Royaume-Uni, établie et ayant son siège social au (...), (...), (...), Royaume-Uni, immatriculée au Companies House sous le numéro (...), représentée par ses représentants légaux actuellement en fonctions sinon par qui de droit, agissant par sa succursale luxembourgeoise, **SOC2.) Bank Plc**, établie au (...), L-(...), représentée par son comité de direction actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...)

partie défenderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Véronique REYTER d'Esch-sur-Alzette, en date du 7 décembre 2018,

comparant par la société anonyme Arendt & Medernach SA, établie et ayant son siège social à L-2082 Luxembourg, 41A, avenue J.F. Kennedy, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 186371, représentée aux fins des présentes par Maître François KREMER, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

5. la société de droit bermudien **SOC3.) (BERMUDA) LIMITED**, établie et ayant son siège social à (...), (...), Bermuda, représentée par son organe représentatif actuellement en fonctions ;
6. la société de droit bermudien **SOC2.) Institutional Trust Services (Bermuda) Limited**, établie et ayant son siège social à (...), (...), Bermuda, représentée par son organe représentatif actuellement en fonctions ;

parties défenderesses aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Véronique REYTER d'Esch-sur-Alzette, en date du 7 décembre 2018,

comparant par la société anonyme Arendt & Medernach SA, établie et ayant son siège social à L-2082 Luxembourg, 41A, avenue J.F. Kennedy, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 186371, représentée aux fins des présentes par Maître Paul MOUSEL, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg.

Le Tribunal :

Procédure

Par exploit d'huissier de justice du 7 décembre 2018, la société de droit bermudien **SOC1.)** FUND LIMITED (ci-après « **SOC1.)** ») a fait donner assignation à la société anonyme **SOC2.)** SECURITIES SERVICES (LUXEMBOURG) SA, à la société de droit bermudien **SOC2.)** BANK BERMUDA LIMITED, à la société de droit bermudien **SOC2.)** SECURITIES SERVICES (BERMUDA) LIMITED, à la société de droit britannique **SOC2.)** BANK PLC, agissant par sa succursale luxembourgeoise **SOC2.)** BANK PLC, à la société de droit bermudien **SOC3.)** (BERMUDA) LIMITED et à la société de droit bermudien **SOC2.)** INSTITUTIONAL TRUST SERVICES (BERMUDA) LIMITED à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile.

La clôture de l'instruction sur la question de la *cautio judicatum solvi* est intervenue le 17 juin 2020.

Vu la loi du 20 juin 2020 portant 1° prorogation de mesures concernant - la tenue d'audiences publiques pendant l'état de crise devant les juridictions dans les affaires soumises à la procédure écrite, - certaines adaptations de la procédure de référé exceptionnel devant le juge aux affaires familiales, - la suspension des délais en matière juridictionnelle, et - d'autres modalités procédurales, 2° dérogation temporaire aux articles 74, 75, 76 et 83 de la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat, 3° dérogation temporaire aux articles 15 et 16 de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat, et 4° modification de l'article 89 de la loi modifiée du 8 mars 2017 sur la nationalité luxembourgeoise (Journal officiel A523 du 24 juin 2020)

- Les mandataires des parties ont été informés par bulletin du 29 juin 2020 de la composition du tribunal.
- Aucune des parties n'a sollicité à plaider oralement.
- Maître Didier SCHÖNBERGER, Maître Paul MOUSEL et Maître François KREMER ont déposé leurs fardes de procédure au greffe du tribunal.
- L'affaire a été prise en délibéré à l'audience du 1^{er} juillet 2020 par le président du siège.

Prétentions et moyens des parties

SOC2.) BANK BERMUDA, **SOC2.)** SECURITIES SERVICES (BERMUDA), **SOC3.)** (BERMUDA) et **SOC2.)** INSTITUTIONAL TRUST SERVICES BERMUDA

Les parties défenderesses demandent au tribunal d'ordonner à **SOC1.)** la consignation du montant total de 5.972.976,24 EUR (soit 1.493.244,06 EUR pour chacune des parties) à titre de caution judiciaire sur base de l'article 257 du Nouveau Code de procédure civile.

Elles font valoir que dans son acte introductif d'instance, **SOC1.)** sollicite la condamnation des parties assignées à lui payer le montant total de 1.160.082.341,63 USD, ce qui correspondrait (avec un taux de change de 1 EUR = 1,10 USD) à 1.276.090.575,79 EUR. Le montant prévisible des émoluments estimé provisoirement par les parties assignées s'élèverait à la somme de 1.493.244,06 EUR pour chacune d'elles, à laquelle s'ajouteraient encore des frais de traduction, de signification et autres indemnités et dépens, de sorte que la demande à fournir caution serait à dire fondée pour le montant réclamé.

SOC2.) SECURITIES SERVICES (LUXEMBOURG) et SOC2.) BANK PLC, agissant par sa succursale luxembourgeoise SOC2.) BANK PLC

Elles demandent à voir ordonner qu'**SOC1.)** consigne la montant total de 2.986.488,12 EUR (soit 1.493.244,06 EUR pour chacune des parties) à titre de caution judiciaire sur base de l'article 257 du Nouveau Code de procédure civile. Ces montants seraient justifiés eu égard aux montant réclamés par **SOC1.)** dans son acte introductif d'instance, à savoir 1.276.090.575,79 EUR.

SOC2.) SECURITIES SERVICES (LUXEMBOURG) étant une société anonyme de droit luxembourgeois, elle serait autorisée à soulever l'exception de caution judiciaire.

SOC2.) BANK PLC fonde sa demande sur l'article 1^{er} de la Constitution qui dispose que tous les Luxembourgeois sont égaux devant la loi. Aux vœux des principes d'égalité et de non-discrimination, elle serait autorisée à bénéficier des dispositions relatives à la caution judiciaire, dans la mesure où un défendeur de nationalité luxembourgeoise et un défendeur de nationalité étrangère, assigné au Luxembourg à travers sa succursale également établie au Luxembourg se trouveraient dans une situation comparable et seraient confrontés au même risque de non-recouvrement. **SOC2.) BANK PLC** donne encore à considérer que son risque de non-recouvrement consiste en des frais et émoluments, et notamment en frais de traduction en langue anglaise, dans la mesure où la partie demanderesse l'a assignée à Luxembourg à travers sa succursale et non pas directement en Angleterre.

Par ailleurs, si **SOC2.) BANK PLC** avait été assignée en Angleterre, elle aurait pu réclamer à **SOC1.)** une « *security cost* », l'équivalent de la caution judiciaire, option dont elle serait actuellement dépourvue.

Le refus d'ordonner à **SOC1.)** de fournir caution au profit de **SOC2.) BANK PLC** serait une violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « CEDH ») qui interdit de façon générale toute discrimination, exigeant que des personnes dans des situations comparables doivent recevoir un traitement comparable.

Les parties défenderesses font finalement valoir que l'exception *cautio judicatum solvi* peut être invoquée en matière commerciale et concluent au bien-fondé de leur demande respective.

SOC1.)

La partie demanderesse conclut au rejet des demandes de **SOC2.) BANK BERMUDA**, de **SOC2.) SECURITIES SERVICES (BERMUDA)**, de **SOC3.) (BERMUDA)**, de **SOC2.) INSTITUTIONAL TRUST SERVICES BERMUDA** et de **SOC2.) BANK PLC** basées sur l'article 257 du Nouveau Code de procédure civile pour être irrecevables, sinon non fondées. Dans la mesure où le siège social des parties défenderesses ne se trouverait pas au Luxembourg, elles ne seraient pas autorisées à se prévaloir des dispositions relatives à la fourniture d'une caution judiciaire qui n'offriraient des garanties qu'aux justiciables luxembourgeois.

Plus particulièrement, en ce qui concerne la succursale luxembourgeoise de **SOC2.) BANK PLC**, celle-ci est dépourvue de la personnalité juridique et ferait en fait partie de l'entité

britannique, partant d'un justiciable étranger, de sorte que sa demande relative à la fourniture d'une caution judiciaire serait également à dire irrecevable, sinon non fondée.

En ordre subsidiaire, **SOC1.)** sollicite la réduction des montants réclamés à titre de caution judiciaire à de plus justes proportions. En effet, la fourniture de celle-ci ne devrait pas constituer un obstacle insurmontable à l'accès à la justice. La juridiction saisie d'une telle demande conserverait par ailleurs toute latitude quant au montant à fixer.

Motifs de la décision

L'article 257 du Nouveau Code de procédure civile, tel qu'il a été modifié par la loi du 13 mars 2009, dispose que :

« (1) En toutes matières, les personnes, physiques ou morales, autres que celles visées au premier paragraphe, demandeurs principaux ou intervenants étrangers, sont tenues, si le défendeur le requiert, avant toute exception, de fournir caution de payer les frais et dommages-intérêts auxquels elles peuvent être condamnées.

Le défendeur peut requérir que caution soit fournie, même pour la première fois, en cause d'appel, s'il est intimé.

(2) 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 de l'Union européenne,*
- *d'un Etat membre du Conseil de l'Europe, ou*
- *d'un Etat avec lequel le Luxembourg est lié par une convention internationale qui stipule la dispense d'une telle caution. »*

L'article 258 du même code ajoute :

« (1) Le jugement, qui ordonne la caution, fixe la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle est fournie.

Il peut aussi remplacer la caution par toute autre sûreté.

(2) Le demandeur est dispensé de fournir la caution :

- *s'il consigne la somme fixée,*
- *s'il justifie que ses immeubles, situés au Luxembourg, sont suffisants pour assurer le paiement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, ou*
- *s'il fournit un gage conformément à l'article 2041 du Code civil.*

(3) Au cours de l'instance, à la demande d'une partie, le tribunal peut modifier l'importance de la somme ou la nature de la sûreté fournie. »

En considération de l'alinéa second de l'article 257 du Nouveau Code de procédure civile, il y a lieu de déterminer si les Îles des Bermudes font partie d'un Etat membre de l'Union européenne.

La détermination du territoire des Etats membres se fait par le renvoi du droit interne de ces Etats.

Comme les territoires ultra-marins britanniques (British Overseas Territories), c'est-à-dire les Pays et territoires d'Outre-mer (PTOM figurant à l'annexe IV (actuellement annexe II) du traité UE) associés britanniques, ne font juridiquement pas partie intégrante du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et de l'Irlande du Nord (Dalloz Répertoire de droit communautaire Territoire communautaire § 42 et JCL, Europe Traité, Fasc. 470 n° 71 et Fasc. 473), la partie demanderesse, domiciliée aux Îles des Bermudes, n'a pas son siège social sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un Etat du Conseil de l'Europe.

Il convient encore de relever que les Îles des Bermudes ne sont pas non plus liées avec le Luxembourg par une convention internationale qui stipule la dispense d'une caution judiciaire, de sorte que la partie demanderesse peut en principe se voir opposer l'exception *cautio judicatum solvi*.

Le but poursuivi par l'exigence d'une caution judiciaire est de prémunir le justiciable luxembourgeois et les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne, domiciliés au Luxembourg, 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 ; Cour, 5 novembre 2014, n° 38403 du rôle).

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 (Cour, 12 février 2003, n° 25.302 du rôle ; Cour, 1er février 2012, n° 36.932 du rôle).

SOC2.) BANK BERMUDA, SOC2.) SECURITIES SERVICES (BERMUDA), SOC3.) (BERMUDA) et SOC2.) INSTITUTIONAL TRUST SERVICES BERMUDA ont leur siège social aux Îles des Bermudes et n'ont donc pas qualité pour exiger une caution judiciaire de la part d'**SOC1.)**.

Quant à la demande de **SOC2.) BANK PLC**, il y a lieu d'admettre que si l'article 41 du Nouveau Code de procédure civile permet d'assigner une société civile ou commerciale aussi bien devant la juridiction du lieu de son siège social que devant celle du lieu où elle a une succursale ou agence, toujours est-il que l'assignation reste dirigée contre ladite société et non pas contre la succursale, dépourvue de personnalité juridique.

Il s'ensuit que **SOC2.) BANK PLC**, qui est domiciliée au Royaume-Uni, n'a pas non plus qualité pour exiger une caution judiciaire. Le fait qu'elle ait une succursale luxembourgeoise

n'y change rien, cette qualité n'étant pas à assimiler ou comparable à celle de national ou résident luxembourgeois (TAL, 4 décembre 2014, n° 162932 du rôle).

Partant, seule **SOC2.)** SECURITIES SERVICES (LUXEMBOURG) qui est un justiciable domicilié au Luxembourg et assigné par une personne morale étrangère, peut réclamer la fourniture d'une caution judiciaire à **SOC1.)** ; sa demande y afférente est dès lors à dire fondée en principe.

En l'occurrence, **SOC2.)** SECURITIES SERVICES (LUXEMBOURG) conclut à voir ordonner à **SOC1.)** de fournir caution pour le montant de 1.493.244,06 EUR en se référant aux éventuels frais et émoluments auxquels la partie demanderesse pourra être condamnée suivant les règles de la procédure civile, notamment au droit proportionnel estimé à 1.276.249,18 EUR.

SOC1.) demande la réduction de la caution judiciaire à de plus justes proportions.

Le juge doit arbitrer le montant possible des frais et dommages-intérêts dont la caution garantira le paiement. Les dépens comprennent les frais du procès lui-même, les honoraires de l'avocat n'entrent pas dans les dépens (cf. Encyclopédie Dalloz Procédure civile et commerciale V. Caution judicatum solvi nos 36 et 38).

En matière commerciale, l'avoué au profit duquel la distraction des dépens sera prononcée ne peut prétendre qu'à la liquidation des dépens telle qu'elle découle de l'article 50 du règlement grand-ducal du 21 mars 1974 concernant les droits et émoluments alloués aux avoués et aux avocats.

Les articles 6 et 14 de la CEDH n'interdisent pas purement et simplement d'exiger de l'étranger demandeur qu'il fournisse une caution mais impliquent qu'il faut rechercher si, dans son application concrète, le mécanisme de la *cautio judicatum solvi* constitue une entrave au libre accès à la justice.

Afin d'éviter que la caution judiciaire à fournir par la partie demanderesse ne constitue un obstacle insurmontable à l'accès en justice, il y a lieu de fixer la caution judiciaire au montant de 50.000,- EUR, ce montant permettant à la partie défenderesse de couvrir les premiers frais engendrés par l'exécution d'une éventuelle condamnation de la partie demanderesse aux frais et dépens de la présente instance.

La demande de **SOC2.)** SECURITIES SERVICES (LUXEMBOURG) est à dire fondée pour le prédit montant et aussi longtemps que ce montant n'aura pas été consigné, la procédure ne pourra progresser que sur sa seule demande.

Par ces motifs

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, selon la procédure civile, statuant contradictoirement,

rejette le moyen de la caution judiciaire de la société de droit bermudien **SOC2.)** BANK BERMUDA LIMITED, de la société de droit bermudien **SOC2.)** SECURITIES SERVICES (BERMUDA) LIMITED, de la société de droit britannique **SOC2.)** BANK PLC, agissant par sa succursale luxembourgeoise **SOC2.)** BANK PLC, de la société de droit bermudien **SOC3.)** (BERMUDA) LIMITED et de la société de droit bermudien **SOC2.)** INSTITUTIONAL TRUST SERVICES (BERMUDA) LIMITED,

dit fondée la demande de la société anonyme **SOC2.)** SECURITIES SERVICES (LUXEMBOURG) SA en fixation d'une caution judiciaire,

ordonne à la société de droit bermudien **SOC1.)** FUND LIMITED de fournir la caution de l'étranger et de consigner le montant de 50.000.- EUR (cinquante mille euros) à la caisse de consignation,

dit pour droit qu'à défaut de versement de ce montant, le jugement ne pourra intervenir à sa demande,

réserve tous autres moyens, demandes et droits des parties, ainsi que les frais et dépens de l'instance.