

Jugement commercial 2022TALCH02/00087

Audience publique du vendredi, quatorze janvier deux mille vingt-deux.

Numéro TAL-2021-01228 du rôle

Composition :

Anick WOLFF, 1^{ère} vice-présidente ;
Tania CARDOSO, juge ;
Ines BIWER, juge ;
Paul BRACHMOND, greffier.

Entre :

- 1) La société anonyme de droit panaméen **SOC1.) SA**, établie et ayant son siège social à (...), (...), République de Panama, représentée par son ou ses représentants légaux dûment habilité(s) à la représenter actuellement en fonctions, immatriculée au Registro Publico de Panama sous le numéro (...)

- 2) La société anonyme de droit panaméen **SOC2.) SA**, établie et ayant son siège social à (...), (...), République de Panama, représentée par son ou ses représentants légaux dûment habilité(s) à la représenter actuellement en fonctions, immatriculée au Registro Publico de Panama sous le numéro (...)

élisant domicile en l'étude de Maître Thibault CHEVRIER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

parties demanderesses, comparant par Maître Thibault CHEVRIER, avocat à la Cour, susdit ;

et :

la société anonyme **SOC3.) SA**, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son ou ses représentants légaux dûment habilité(s) à la représenter actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...)

partie défenderesse, comparant par la société en commandite simple BONN STEICHEN & PARTNERS, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 2, rue Peternelchen, Immeuble C2, représentée par Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour,

demeurant à Howald, représentant la société BONN STEICHEN & PARTNERS préqualifiée, aux fins de la présente procédure.

F a i t s :

Par exploit de l'huissier de justice suppléant Christine KOVELTER, en remplacement de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg, en date du 3 février 2021, les parties demanderesses ont fait donner assignation à la partie défenderesse à comparaître le vendredi 12 février 2021 à 9h00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire, Plateau du Saint-Esprit, Bâtiment CO, salle CO.1.01, 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 TAL-2021-01228 du rôle pour l'audience publique du 12 février 2021, devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale et refixée à l'audience publique du 2 décembre 2021, lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

Maître Thibault CHEVRIER donna lecture de l'assignation et exposa ses moyens.

Maître Fabio TREVISAN 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 :

Faits

Le 28 juillet 2015, les sociétés anonymes de droit panaméen **SOC1.)** SA (ci-après « **SOC1.)** ») et **SOC2.)** SA (ci-après « **SOC2.)** ») ont souscrit conjointement des *Profit Participation Loan Notes (A)* et des *Profit Participation Loan Notes (B)* pour le montant de 129.000.000,- USD, respectivement 32.800.000,- USD (ci-après « PPLN A et B »), émises par la société anonyme **SOC3.)** SA (ci-après « **SOC3.)** »).

Les PPLN A et B ont été soumises à des conditions générales datées également au 28 juillet 2015 (ci-après les « CG »).

Par courrier du 16 décembre 2019, les demanderesses ont donné instruction au *Paying Agent* de **SOC3.)** de demander le remboursement anticipé des PPLN A et B en application de l'article 3. d. ii) 2) des CG stipulant que :

« Upon giving no less than 45 (forty five) Business Days and no more than a 60 (sixty) Business Days' notice to the Issuer in the form set out in Schedule 2 (the "Notice of Redemption of the Noteholder(s)"), the Noteholder(s) through the Paying Agent, shall be entitled to request to the Board the redemption of all or part of their Notes A [B] on the Redemption Date.

In case of two or more Noteholders, the redemption of the Notes A [B] shall be requested on the basis of a resolution approved by the Noteholders' meeting (Declaration could alternatively be released by the Noteholder(s)), on a simple majority basis ».

Cette demande de remboursement a été notifiée par le *Paying Agent* à **SOC3.)** en date du 28 janvier 2020.

Le 21 février 2020, **SOC3.)** a contesté la demande en remboursement anticipé en se basant sur des *Amendments to the Terms and Conditions of Profit Participating Loan*

Notes (A) [B] du 22 janvier 2018 (ci-après les « Amendements ») stipulant dans leur article 3.1. ce qui suit :

« *Substitution. The provisions set forth in this Section 3 expressly revoke the Section 3(d) of the Terms and Conditions (related to redemption hypothesis), which shall be invalid and without effects as of the Effective Date* ».

Procédure

Par exploit d'huissier de justice du 3 février 2021, **SOC1.)** et **SOC2.)** ont fait donner assignation à **SOC3.)** à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale.

Prétentions et moyens des parties

SOC1.) et **SOC2.)** demandent, sous le bénéfice de l'exécution provisoire, de voir :

- constater que **A.)** n'avait pas le pouvoir de signer les Amendements des CG au nom et pour le compte de **SOC2.)**,
- constater que conformément à l'article 11. b. des CG, leur modification requiert le consentement conjoint de **SOC1.)** et **SOC2.)**,
- constater que les Amendements des CG ne sont pas valides et dès lors inopposables aux demanderesses,
- constater que les parties demanderesses ont valablement notifié la demande de remboursement anticipé des PPLN A et B, partant,
- condamner **SOC3.)** à payer aux parties demanderesses le montant de 161.800.000,- USD, augmenté des intérêts légaux à compter du 28 janvier 2020, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde.

Les demanderesses réclament par ailleurs une indemnité d'un montant de 5.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et la condamnation de la partie défenderesse au paiement des frais et dépens de l'instance.

A l'appui de leur prétentions, **SOC1.)** et **SOC2.)** font valoir que conformément à l'article 3.d.ii) 2) des CG, elles seraient en droit de réclamer le remboursement anticipé des PPLN A et B. Le prix de remboursement serait en outre régi par l'article 3.a. à 3.c. des CG.

SOC1.) et **SOC2.)** contestent les Amendements invoqués par **SOC3.)** et précisent n'en avoir pris connaissance que fin 2019.

Les demanderesses font encore valoir que les Amendements ne seraient pas valides, faute de pouvoir de signature dans le chef de la personne qui les aurait signés pour le compte de **SOC2.)**. En effet, conformément à l'article 11.b. des CG, le consentement conjoint des porteurs des PPLN A et B serait requis pour toute modification desdits CG.

Or, selon l'acte de constitution de **SOC2.)**, le pouvoir d'engager la société serait réservé aux seuls administrateurs de celle-ci. Dans la mesure où un certain **A.)** aurait signé les Amendements pour le compte de **SOC2.)**, celui-ci ne disposant d'aucun pouvoir de signature, **SOC2.)** n'aurait pas été valablement engagée.

Le consentement conjoint des porteurs des PPLN A et B ferait dès lors défaut, de sorte que les CG n'auraient pas pu être valablement modifiées par les Amendements.

Face aux arguments de **SOC3.)**, les demanderesse font valoir qu'à défaut de *Power of Attorney* donné à **A.)**, une ratification ne serait valable que si les actes à ratifier y seraient identifiés. La ratification invoquée par la défenderesse ne comporterait néanmoins aucune précision quant aux actes visés et manquerait dès lors clairement de précision. Elle ne serait en conséquence pas valable et ne pourrait pas engendrer d'engagement dans son chef.

En invoquant cette ratification, la défenderesse mettrait en outre en place un schéma frauduleux qu'il y aurait lieu d'écarter conformément à l'adage *Fraus Omnia Corruptit*.

SOC3.) conclut au rejet de la demande de **SOC1.)** et **SOC2.)**.

La défenderesse fait valoir que par les Amendements auraient conduit à la modification des CG, notamment par la suppression de l'article 3.d., prévoyant la possibilité pour **SOC1.)** et **SOC2.)** de demander un remboursement anticipé des PPLN A et B, de sorte que la demande devrait être déclarée non fondée.

Contrairement aux arguments des parties demanderesse, les statuts de **SOC2.)** prévoiraient explicitement que son conseil d'administration pourrait nommer des représentants en leur conférant des pouvoirs spéciaux.

Dans ce contexte, **SOC2.)** aurait établi une procuration au nom de **A.)** en date du 8 février 2013, conférant à celui-ci pouvoir pour la représenter. Une déclaration du 17 septembre 2018 du bénéficiaire économique de **SOC2.)** attesterait en outre que **A.)** aurait toujours agi comme mandataire de la société et que tous les actes réalisés par lui auraient été ratifiés. Finalement, l'ensemble des membres du conseil d'administration de **SOC2.)** aurait signé en date du 12 mars 2019 un acte ratifiant ainsi tous les actes accomplis par **A.)**.

Les Amendements auraient partant indéniablement été approuvés tant par **SOC1.)** que par **SOC2.)**, de sorte que la suppression de la clause 3.d. des CG aurait été valablement décidée.

Par ailleurs, **SOC3.)** précise qu'en tout état de cause, en application de l'article 2.a des CG, suivant lequel « *Payment and repayment under the Notes A [B] will be subject to*

availability of funds coming from the payments and repayments under the Investment », tout remboursement des *Notes* serait soumis à la condition préalable que **SOC3.)** ait reçu des fonds suffisants provenant « de son seul et unique investissement ».

Or, dans la mesure où **SOC3.)** ne disposerait à l'heure actuelle pas de fonds disponibles provenant de l'investissement, les conditions des CG ne seraient pas remplies et la demande de **SOC1.)** et **SOC2.)** devrait être déclarée non fondée.

A titre reconventionnel, **SOC3.)** demande à voir condamner solidairement, sinon *in solidum*, **SOC1.)** et **SOC2.)** au paiement de dommages et intérêts à hauteur de 20.000,- EUR pour procédure abusive et vexatoire, ainsi que d'une indemnité évaluée à 30.000,- EUR au titre des honoraires d'avocat à sa charge pour la défense de ses intérêts.

Elle sollicite enfin une indemnité de procédure d'un montant de 20.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Motifs de la décision

Les demandes qui ont été introduites dans les forme et délai de la loi sont à dire recevables.

I. La demande de SOC1.) et SOC2.)

En vertu de l'article 58 du Nouveau Code de procédure civile, « [i]l incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ». Dans le même sens, l'article 1315 du Code civil dispose que « [c]elui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

Pour justifier le bien-fondé de leur demande, **SOC1.)** et **SOC2.)** se basent sur les PPLN A et B signés entre parties, ainsi que sur les CG qui s'y rattachent, et plus précisément leur article 3.d.

Au vu de l'argumentation de **SOC3.)**, tendant à écarter l'application de l'article 3.d. des CG en invoquant des Amendements prétendument approuvés par parties, le tribunal analysera en premier lieu la validité et l'opposabilité de ceux-ci.

Conformément à l'article 11.b. des CG, toute modification implique le consentement conjoint des *Noteholders*, soit **SOC1.)** et **SOC2.)**.

Il est constant en cause que **A.)** a signé les Amendements au nom et pour le compte de **SOC1.)** et de **SOC2.)**. S'il n'est pas contesté que **A.)** avait le pouvoir d'engager **SOC1.)**, il est contesté qu'il pouvait valablement représenter **SOC2.)**.

Pour prouver la validité des Amendements, **SOC3.)** se base sur les éléments suivants :

- une procuration établie par **SOC2.)** au profit de **A.)** en date du 8 février 2013,
- une déclaration du bénéficiaire économique de **SOC2.)** du 17 septembre 2018,
- un acte de ratification du conseil d'administration de **SOC2.)** du 12 mars 2019.

i) *La procuration du 8 février 2013*

Le tribunal constate que par procuration spéciale signée par devant notaire, il a été donné mandat à **A.)** « *pour qu'il représente sans exception, dans toutes les relations et activités bancaires dans lesquelles elle est partie ou intéressée, aussi bien au niveau national qu'à l'étranger, pouvant par conséquent exécuter, à titre d'exemple mais sans toutefois être limités, les actes énumérés ci-dessous : (...). DEUXIÈMEMENT : Dans l'exercice de ce mandat, le mandataire peut remettre et signer tout document ou privé, avec toutes les clauses, accords, conditions et formalités nécessaires. TROISIÈMEMENT : Ce pouvoir restera en vigueur et valable pendant deux ans à compter d'aujourd'hui. QUARTIÈMEMENT : L'intervention directe de la société mandante n'entraînera pas la révocation tacite de la présente Procuration, qui doit être considérée comme étant en vigueur et valable jusqu'à la date indiquée ci-dessus par toute Banque ou bureau où elle est présentée, tant que sa révocation, modification ou renonciation n'a pas été notifiée par écrit. (...)* ».

Il convient partant de constater qu'hormis le fait que la procuration semble se limiter explicitement aux relations et activités bancaires, sa validité est en tout état de cause arrivée à échéance deux ans après sa signature, soit en date du 8 février 2015.

SOC3.) ne saurait en conséquence justifier le pouvoir de signature de **A.)** et dès lors la validité des Amendements par ladite procuration.

ii) *La déclaration du bénéficiaire économique de SOC2.) du 17 septembre 2018*

Par déclaration publique du 17 septembre 2018, **B.)**, bénéficiaire économique de **SOC2.)**, déclare que **A.)** « *a toujours agi en qualité de mandataire, conformément à mes consignes, raison pour laquelle je ratifie par la présente tous les actes pratiqués par lui dans le cadre de son mandat* ».

Or, l'article 13 des statuts de **SOC2.)** prévoit que « *Les affaires de la société seront administrées et dirigées par le Conseil d'administration. Sous réserve des dispositions de la loi et des dispositions des présents statuts, le Conseil d'administration aura le contrôle absolu et la gestion complète des activités de la société et, à cet effet, il pourra sans limitation : UN. Représenter la société dans toutes les négociations avec des tiers, par l'intermédiaire de l'un de ses Administrateurs, et faire tout ce qui est nécessaire pour la représentation et la défense des actifs, droits et intérêts de la société, judiciairement ou*

à l'amiable. DEUX. Nommer des fonctionnaires, des directeurs ou des représentants et des mandataires généraux ou spéciaux, à la fois en République du Panama et dans tout autre pays. TROIS. Disposer, céder, transférer, renoncer, grever, hypothéquer et louer partiellement ou entièrement les propriétés et droits de la société, ainsi que consentir des obligations ».

Il s'avère dès lors que seul le conseil d'administration, respectivement un représentant nommé par lui à cet effet, a le pouvoir de représenter et d'engager **SOC2.**) La déclaration de **B.)** est par conséquent sans pertinence en l'espèce alors que celui-ci n'est en tout état de cause pas habilité à engager la société, respectivement à ratifier des actes accomplis par un tiers au nom de **SOC2.**)

iii) *L'acte de ratification du 12 mars 2019*

Par acte de ratification du 12 mars 2019, les directeurs du conseil d'administration de **SOC2.)** ont ratifié « *tous les actes accomplis au nom de la Société par Monsieur A.) (...)* de février 2015 à ce jour, sans aucune limitation ».

Comme soulevé ci-avant, les statuts de **SOC2.)** permettent au conseil d'administration de nommer un représentant, de sorte qu'il y a lieu d'analyser si ladite ratification est susceptible de valider les actes accomplis par **A.)**.

Les questions relatives au fonctionnement de la société constituent le domaine par excellence de la loi de la société (Encyclopédie Dalloz, Droit international privé V° Sociétés No 101).

Ainsi, l'appréciation des pouvoirs au sein d'une société relève de la loi nationale à laquelle la société est soumise (Cass. com. 9.3.93 Bull. civ. IV no 94 ; Cass. com. 9.9.91 Bull. civ. IV no 123 ; Encyclopédie Dalloz op. + loc. cit. no 104).

Il est admis que le contenu de la loi étrangère étant une question de fait, la charge de la preuve de la loi étrangère incombe en principe au demandeur dont la prétention est soumise à la loi étrangère (Cour, 12 février 2014, n° 39606 du rôle).

Il appartient à la partie qui prétend qu'une convention est soumise à une loi étrangère de rapporter la preuve du contenu de la loi étrangère. A défaut de rapporter une telle preuve, il y a lieu de se référer au droit luxembourgeois qui a vocation à s'appliquer en tant que loi du for saisi.

En l'espèce, si **SOC3.)** invoque le principe de l'application du droit panaméen, force est de constater que ni les demanderesses, ni la défenderesse ne rapportent la preuve du contenu de la loi panaméenne qui serait en principe applicable, de sorte qu'il y a lieu d'appliquer la loi luxembourgeoise.

Conformément à l'article 1998, alinéa 2 du Code civil, le mandant n'est en principe tenu de ce qui a pu être fait au-delà des pouvoirs donnés au mandataire que pour autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. On s'accorde à reconnaître que la ratification du mandant valide non seulement les actes accomplis par le mandataire au-delà des limites de son mandat, mais aussi ceux que ce dernier a accomplis sans mandat ou en vertu d'un mandat nul. En effet, le mandataire qui excède les limites de son mandat n'a pas plus de pouvoir que celui qui agit sans mandat ou en vertu d'un mandat nul; dans les deux cas, celui qui a agi n'a que la qualité d'un gérant d'affaires et tous les actes d'un gérant d'affaires peuvent être ratifiés par le géré, voire le « mandant » (Jurisclasseur articles 1991 à 2002 fasc.2, v. mandat, fasc. G. no 45).

Il appartient à celui qui entend lier le prétendu mandant, malgré l'absence de mandat, de prouver la ratification de l'acte par ledit mandant. Deux conditions doivent être réunies pour que la ratification soit valable : la connaissance par le mandant de l'acte conclu par le mandataire en dehors de ses pouvoirs, et la volonté certaine du mandant de fournir *a posteriori* son consentement à l'acte passé par le mandataire.

Force est de constater que **SOC2.)** avait la volonté de ratifier des actes accomplis par **A.)**, et ce malgré l'absence de mandat ou de procuration dans son chef. Il n'est en outre pas contesté que celui-ci a agi au nom et pour le compte de **SOC2.)** entre février 2015, soit depuis la fin de validité de la procuration, jusqu'au 12 mars 2019, date de la ratification.

Par ailleurs, il ne ressort d'aucun élément du dossier que la ratification se limiterait à d'autres actes accomplis par **A.)**, tel qu'invoqué par les demanderessees.

Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de constater que les Amendements ont été valablement signés par **A.)** au nom de **SOC2.)**, de sorte qu'ils ont été conclus en conformité avec les CG.

Dans la mesure où l'article 3.1. des Amendements supprime l'article 3.d. des CG avec effet à la date de leur signature, soit le 22 janvier 2018, il convient de constater que la demande en remboursement de **SOC1.)** et **SOC2.)**, basée sur ledit article, est à déclarer non fondée.

II. La demande de **SOC3.)**

A titre reconventionnel, **SOC3.)** réclame une indemnité pour procédure abusive et vexatoire pour un montant de 20.000,- €.

L'exercice d'une action ne dégénère en faute, pouvant donner lieu à des dommages et intérêts, que s'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi ou, au moins une erreur grossière équipollente au dol ou si le demandeur a agi avec une légèreté blâmable.

Il convient de sanctionner, non pas le fait d'avoir exercé à tort une action en justice ou d'y avoir résisté injustement, puisque l'exercice d'une action en justice est libre, mais uniquement le fait d'avoir abusé de son droit en commettant une faute indépendante du seul exercice des voies en justice et de recours.

Une telle preuve n'est cependant pas rapportée en l'espèce, de sorte qu'il y a lieu de déclarer cette demande non fondée.

SOC3.) demande encore à se voir indemniser à hauteur de 30.000,- EUR au titre des frais engendrés par les honoraires d'avocat sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Par arrêt du 9 février 2012, la Cour de cassation a retenu que les frais non compris dans les dépens, donc également les honoraires d'avocat, constituent un préjudice réparable et peuvent être remboursés sur base de la responsabilité pour faute des articles 1382 et 1383 du Code Civil.

Il appartient cependant à cet égard à la partie demanderesse de rapporter la preuve de son préjudice en produisant les notes d'honoraires et les paiements qui seraient en relation causale avec le présent litige.

Cette preuve n'ayant pas été rapportée en l'espèce, il y a lieu de débouter **SOC3.)** de sa demande de ce chef.

III. Les demandes accessoires

Les demanderesses réclament l'allocation d'une indemnité de procédure à hauteur de 5.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile. Cette demande est à déclarer non fondée, alors qu'il est de principe que la partie qui succombe ne saurait bénéficier de ces dispositions.

Au vu de l'issue du litige la demande de **SOC3.)** à se voir allouer une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile est à dire fondée pour le montant de 1.500,- EUR.

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

SOC2.) et **SOC1.)** succombant à l'instance, elles sont à condamner aux frais et dépens de l'instance.

Par ces motifs :

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

reçoit les demandes principale et reconventionnelle en la forme,

dit la demande des sociétés anonyme de droit panaméen **SOC1.)** SA et **SOC2.)** SA non fondée,

dit non fondée la demande de la société anonyme **SOC3.)** SA en obtention d'une indemnité pour procédure abusive et vexatoire,

dit non fondée la demande de la société anonyme **SOC3.)** SA en remboursement des frais et honoraires d'avocat,

dit non fondée la demande des sociétés anonyme de droit panaméen **SOC1.)** SA et **SOC2.)** SA en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

dit fondée la demande de la société anonyme **SOC3.)** SA en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile jusqu'à concurrence de 1.500,- EUR,

condamne les sociétés anonyme de droit panaméen **SOC1.)** SA et **SOC2.)** SA à payer chacune à la société anonyme **SOC3.)** SA, le montant de 750,- EUR à titre d'indemnité de procédure,

condamne les sociétés anonyme de droit panaméen **SOC1.)** SA et **SOC2.)** SA *in solidum* au frais et dépens de l'instance.