Arrêt commercial

Audience publique du vingt-six novembre deux mille huit.

Numéro 33087 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

X.), *administrateur de sociétés, disant demeurer* ***(…),***

appelant *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette du 25 octobre 2007,*

comparant par Maître Véronique DE MEESTER, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme SOC.1.) S.A.*, anciennement* ***SOC.1'.)*** *S.A., établie et ayant son siège social à L-****(…)****, inscrite au Registre de Commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B* ***(…)****, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit GLODEN,*

comparant par Maître François KREMER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

La société **SOC.1.)** S.A., anciennement **SOC.1'.)** S.A., a, en date du 17 juillet 2003, conclu un contrat de prêt intitulé *« Convertible Loan agreement »* avec la société **SOC.2.)** S.A.. Aux termes du contrat la société **SOC.1.)** S.A. a mis à la disposition de la société **SOC.2.)** S.A. un prêt à intérêts d'un montant de 1.750.000 € dont l'échéance avait été initialement fixée au 31 juillet 2004.

Suivant lettre du 4 juin 2003, la société de droit des Iles Vierges Britanniques **SOC.3.)** LTD a accordé à la société **SOC.1.)** S.A. une garantie à première demande.

Dans la lettre de garantie, la société **SOC.3.)** LTD et l'actionnaire de celle-ci, **X.)**, ont fait la déclaration suivante :

*« We, GTI and its shareholder Mr. **X.)**, hereby jointly declare in good faith that we will ensure that GTI will maintain sufficient assets to honour its potential obligations as a result of the issurance of this guarantee. »*

Le prêt n'ayant pas été remboursé à l'échéance reportée du 30 juin 2006, la société **SOC.1.)** S.A. a, suivant exploit du 19 septembre 2006, assigné la société **SOC.3.)** LTD et **X.)** à comparaître par ministère d'avocat à la Cour devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour s'y entendre condamner solidairement, sinon in solidum, à lui payer le montant en principal de 1.750.000 €, intérêts conventionnels et légaux en sus.

Par jugement du 13 juillet 2007, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, disant siéger en matière commerciale, suivant la procédure civile et statuant par défaut à l'égard des parties défenderesses, a déclaré la demande fondée et a condamné la société **SOC.3.)** LTD et **X.)** solidairement à payer à la société **SOC.1.)** S.A. la somme de 1.918.284,47 €, avec les intérêts légaux à partir d'une mise en demeure du 3 juillet 2006 jusqu'à solde et a dit que le taux d'intérêts sera majoré de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la signification du jugement.

La société **SOC.1.)** S.A. a recherché en première instance la responsabilité de la société **SOC.3.)** LTD et de **X.)** pour avoir manqué à l'obligation de résultat, souscrite dans la lettre du 4 juin 2003, qui s'analyse en une lettre d'intention, de s'assurer que la société **SOC.3.)** LTD soit en possession d'actifs suffisants pour honorer ses engagements envers la société **SOC.1.)** S.A..

Par exploit du 25 octobre 2007, **X.)** a relevé appel du jugement du 13 juillet 2007 et demande en ordre principal à la Cour de déclarer l'acte introductif de première instance de la société **SOC.1.)** S.A. nul.

L'appelant oppose en premier lieu la nullité de l'exploit d'assignation du 19 septembre 2006 au motif que société **SOC.1.)** S.A., tout en sachant que son domicile se trouve au **(…)**, a sciemment, en vue de le léser, fait signifier l'acte introductif d'instance au numéro **(…)**, à **(…)**, lieu de passage éphémère où il ne séjourne que rarement.

La société **SOC.1.)** S.A., seule intimée, réplique que le domicile, sinon la résidence de **X.)** se trouve bien au n° **(…)** à **(…)** et que la signification a donc été régulière.

L'huissier français ayant conformément à l'article 7 du règlement (CE) N° 1348/2000 du Conseil du 29 mai 2000 procédé à la signification conformément à la législation française, législation de l'Etat requis, la régularité de la signification doit s'apprécier conformément aux dispositions de la loi française.

Il est vrai qu'il est admis par la jurisprudence française que la signification à une adresse autre que le domicile réel, domicile réel connu de celui qui fait procéder à la signification, constitue un acte de mauvaise foi dans le chef de l'auteur de la signification et entraîne l'annulation de la signification (cf. C.A. Aix-en-Provence, 18 octobre 1985, D. 1986, inf.rap. p.221).

En vertu de l'article 655 du C.P.C. français, lorsqu'après avoir effectué toutes les recherches nécessaires, l'huissier de justice ne peut procéder à une signification à personne, la copie de l'acte peut être délivrée à domicile, ou, à défaut, à résidence.

L'absence de son domicile du destinataire de l'acte rend impossible la signification à personne (cf. Cass. 2e civ. 28 mars 1984 ; Bull.civ. II, n° 56).

La seule obligation qui pèse sur l'huissier de justice est de faire une tentative de signification à personne en se rendant au domicile du destinataire ; il n'a pas l'obligation, en cas d'absence du destinataire, de se représenter au domicile ou de se présenter au lieu de travail (cf. 2 CA Toulouse, 29 juin 1994 ; Juris-Data n° 046293).

Le domicile est le lieu du principal établissement, c'est-à-dire le lieu d'habitation durable.

L'huissier français chargé en l'espèce de la signification de l'acte introductif a noté dans son procès-verbal du 27 septembre 2006 ce qui suit :

« … audit endroit :

- Personne ne répondant à mes appels après avoir vérifié la certitude du domicile du destinataire caractérisé par les éléments suivants :

- Confirmation du domicile par le gardien

la signification à personne, à domicile étant impossible, la copie du présent acte a été déposée en notre étude … »

Il se dégage à suffisance des dires du gardien de l'immeuble, dont on peut présumer qu'il connaît les personnes habitant l'immeuble et leurs habitudes, que le n° **(…)** à **(…)** était du moins au moment de la signification le lieu d'habitation durable de **X.)**.

Le fait que la société **SOC.1.)** S.A. ait en dates du 3 et du 24 juillet 2006 envoyé des courriers à la société **SOC.3.)** LTD en indiquant l'adresse de celle-ci en **(…)** et en précisant que les courriers sont faits à l'attention de **X.)**, n'établissent pas que le lieu d'habitation durable de **X.)** ait coïncidé avec l'adresse égyptienne de la société **SOC.3.)** LTD. **X.)** n'a d'ailleurs de sa part pas versé de pièces de nature à étayer son assertion que son habitation durable se situe en **(…)**.

Il faut donc bien admettre que le domicile de **X.)** s'est trouvé au n° **(…)** à **(…)** au moment de la signification.

La société **SOC.1.)** S.A. n'a donc pas pu commettre de fraude en indiquant le n° **(…)** à **(…)** pour faire la signification.

Puisque le domicile de **X.)** s'est bien trouvé à la prédite adresse, **X.)** n'est pas non plus fondé à opposer en deuxième lieu la nullité de l'exploit introductif au motif que ni son domicile, ni sa résidence ne se trouve à cette adresse.

L'huissier de justice a en l'occurrence agi d'une façon régulière en conservant l'acte dans son étude après avoir constaté l'existence du domicile au n° **(…)** à **(…)** et l'impossibilité de faire la signification à personne en raison de l'absence du destinataire.

Dans un ordre subsidiaire, **X.)**, disant qu'il n'est pas commerçant, conclut à l'incompétence du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale.

Il est vrai qu'il n'est pas établi que **X.)** soit commerçant. La qualité d'actionnaire ne confère en effet pas la qualité de commerçant.

Aurait-il d'ailleurs été commerçant, le tribunal d'arrondissement, qui en vertu de l'article 20 du N.C.P.C. a plénitude de juridiction en matière civile et commerciale, aurait quand-même pu connaître de la demande dirigée contre **X.)**.

Il s'ensuit que l'exception d'incompétence soulevée par **X.)** est à rejeter.

Dans un ordre plus subsidiaire, **X.)** fait valoir qu'il a, en tant qu'actionnaire, tout au plus pris un engagement moral de faire tout son possible, en toute bonne foi, afin que la société **SOC.3.)** LTD détienne

suffisamment d'actifs pour pouvoir, le cas échéant, honorer ses engagements.

Il estime que comme la contenance du patrimoine d'une société ne dépend pas uniquement du bon vouloir d'un de ses actionnaires, mais encore d'autres facteurs, son obligation souscrite dans la lettre d'intention du 4 juin 1983 est une obligation de moyens, obligation qui ne peut engager sa responsabilité que si la preuve d'une faute dans son chef, à l'origine de la violation de l'obligation est rapportée.

Il prétend que sa responsabilité ne saurait être engagée alors que d'un côté son obligation n'est pas venue à échéance, la preuve que la société **SOC.3.)** LTD ne dispose pas d''actifs suffisants pour faire face à ses obligations n'étant pas rapportée, et que d'un autre côté, à supposer que son obligation soit échue, la preuve d'une faute dans son chef n'est pas établie.

La société **SOC.1.)** S.A. réplique que l'obligation à charge de **X.)** est une obligation de résultat et que la responsabilité de **X.)** est engagée dès lors qu'il est établi que la société **SOC.3.)** LTD ne dispose plus d'actifs suffisants pour faire face à ses obligations.

Une personne souscrit une obligation de résultat lorsqu'elle promet ce résultat. La responsabilité de celui qui s'oblige est retenue si le résultat promis n'est pas obtenu, sauf en cas de force majeure.

En matière de lettres d'intention la conception large de l'obligation de résultat est consacrée par la Cour de cassation française.

En premier lieu, des obligations comportementales de faire ou de ne pas faire sont qualifiées d'obligations de résultat.

En second lieu, la qualification d'obligation de résultat s'impose lorsque le signataire assure le créancier de l'exécution de sa créance sans pour autant s'engager comme caution. (cf. JCL Banque V° Contrats – Distribution Fasc. 2850).

En l'occurrence, le terme « ensure », à traduire par assurer, utilisé dans la lettre d'intention traduit l'engagement ferme, sans faculté d'appréciation, de **X.)** de souscrire une obligation de faire, différente d'une obligation de payer directement à la société **SOC.1.)** S.A. la dette de la société **SOC.2.)** S.A. (cf. Cass. com. 16.11.2004 : JCPE 2005, 915, n° 11).

L'obligation souscrite par **X.)** de faire en sorte que la société **SOC.3.)** LTD dispose d'avoirs suffisants pour faire face à ses dettes est donc bien une obligation de résultat. Cette obligation est venue à échéance. Il ne fait en effet guère de doute que la société **SOC.3.)** LTD, mise en demeure sans résultat les 3 et 24 juillet 2006 d'exécuter sa garantie à première demande et rayée d'office du Registre des Sociétés des Iles

Vierges Britanniques le 1er novembre 2007, ne dispose plus d'avoirs pour faire face à ses dettes.

Par le simple fait d'avoir manqué à son obligation – obligation qui peut s'exécuter facilement et sans aléas par l'octroi d'un crédit – de faire en sorte que la société **SOC.3.)** LTD dispose d'avoirs suffisants pour faire face à ses obligations, **X.)** a engagé sa responsabilité contractuelle.

Il doit donc réparer le préjudice accru à la société **SOC.1.)** S.A. et qui est égal au montant du prêt non remboursé, intérêts en sus.

Dans un ordre de dernière subsidiarité, **X.)** avance qu'il ne saurait être considéré comme débiteur solidaire.

Il ressort du terme « jointly » que **X.)** s'est engagé solidairement avec la société **SOC.3.)** LTD.

Les contestations quant à l'engagement solidaire sont partant à rejeter.

Il ressort de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'appel de **X.)** n'est pas fondé.

X.), qui est à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, est à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

Il paraît inéquitable de laisser à charge de la société **SOC.1.)** S.A. les frais irrépétibles de l'instance d'appel.

La Cour fixe ex aequo et bono à 700 € l'indemnité de procédure pour l'instance d'appel devant revenir à la société **SOC.1.)** S.A. de la part de **X.)**.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

déclare l'appel recevable ;

le déclare non fondé ;

confirme le jugement entrepris ;

déboute **X.)** de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

déclare la demande de la société **SOC.1.)** S.A. en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel fondée pour un montant de 700 € ;

condamne **X.)** à payer à la société **SOC.1.)** S.A. une indemnité de procédure de 700 € pour l'instance d'appel ;

condamne **X.)** aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître François KREMER, avocat à la Cour qui la demande, affirmant avoir fait l'avance des frais et dépens.