ARRET CIVIL - EXEQUATUR

Audience publique du dix-sept octobre deux mille treize

Numéro 37973 du rôle.

Composition:

M. Étienne SCHMIT, président de chambre;
Mme Astrid MAAS, premier conseiller;
Mme Monique FELTZ, conseiller;
M. Alain BERNARD, greffier.

Entre:

Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant à L-1473 Luxembourg, 27, rue Jean-Baptiste Esch, agissant en sa qualité de curateur de **la société anonyme SOC1.) S.A.**, ayant eu son siège social à L-(…), déclarée en état de faillite suivant jugement du 17 août 2012 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg,

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 14 octobre 2011,

comparant par Maître Yann BADEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

et:

la société à responsabilité limitée SOC2.) S.A.R.L., établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil de gérance,

intimée aux fins du prédit acte BIEL,

comparant par Maître François KREMER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL:

1. La procédure suivie

Par ordonnance du 1er septembre 2011, un vice-président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg a déclaré exécutoire au Luxembourg une sentence arbitrale du 26 avril 2011, rendue à Paris sous le no 16687/ND par un arbitre suivant le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale, dans l'affaire opposant la société SOC2.) sàrl (SOC3.) suivant le contrat-cadre entre parties) et la société SOC1.) S.A..

Le 23 septembre 2011, la société SOC2.) a fait signifier cette ordonnance à la société SOC1.).

Le 14 octobre 2011, la société SOC1.) a régulièrement formé appel contre l'ordonnance d'exequatur.

2. Le moyen de la société SOC1.)

La société SOC1.) soutient que la sentence arbitrale aurait appliqué les articles 16.2 et 16.4 du contrat-cadre conclu entre parties. Ces clauses seraient à considérer comme léonines, frappées de nullité par l'article 1855 du code civil luxembourgeois. Or, la prohibition des clauses léonines serait essentielle à l'existence des sociétés et, dès lors, absolue et d'ordre public.

La sentence arbitrale qui a condamné la société SOC1.) à régler un montant à SOC3.), fondée sur des dispositions conventionnelles nulles au regard de l'article 1855 du code civil, serait contraire à l'ordre public luxembourgeois. En application de l'article V 2 de la Convention de New York, l'exequatur devrait être refusé à la sentence arbitrale, étant donné que sa reconnaissance et son exécution seraient contraires à l'ordre public luxembourgeois.

La société SOC1.) conclut à l'annulation sinon à la réformation de l'ordonnance d'exequatur et au refus de l'exequatur.

La société SOC1.) explique qu'elle a conclu, le 11 octobre 2006, un contrat-cadre avec SOC3.) en vue de la réalisation d'un projet immobilier, notamment par la société luxembourgeoise SOC4.) sàrl qu'elles auraient constituée le 29 novembre 2006. Le contrat-cadre serait à considérer comme pacte d'actionnaires qui, ensemble avec les statuts de la société SOC4.), déterminerait les termes et conditions du partenariat de la société SOC1.) et de SOC3.).

En leurs qualités d'associés, la société SOC1.) et SOC3.) seraient tenus notamment d'assumer « *conjointement et solidairement tout risque de perte encouru dans le Projet de résidence CC.* ».

Cependant, « *le fait pour SOC3.) de devoir assumer conjointement et solidairement tout risque de perte encouru dans le Projet de résidence CC. avec*

son associé paraît absent du mécanisme mis en place dans la mesure où ce risque est totalement exclu par l'application combinée des articles 16.2 et 16.4 du Contrat Cadre.
En effet, en appliquant ces deux dispositions, tout risque de perte encouru dans le Projet de résidence CC. incombe automatiquement et exclusivement à SOC1.), car en toutes circonstances, SOC3.) est garanti de récupérer non seulement l'intégralité de son investissement dans la joint-venture mais aussi la majoration d'un rendement significatif de 6.500.000 EUR et ceci, quelle que soit la situation financière de la joint-venture. »

« …, *la combinaison de ces deux dispositions permet à SOC3.) de s'affranchir de toute contribution aux pertes par rapport aux investissements consentis dans la joint-venture luxembourgeoise, non seulement sous forme de prêts mais aussi et surtout sous la forme de capital*. »

3. La position de SOC3.)

SOC3.) conclut à la confirmation de l'ordonnance d'exequatur.

Elle considère que la « *prohibition des clauses léonines édictée par l'article 1855 du Code civil ne constitue pas un élément essentiel de l'ordre moral, politique ou économique luxembourgeois. Il ne s'agit en effet pas là d'une interdiction qui constituerait une valeur fondamentale ou essentielle de l'ordre juridique du Luxembourg*. »

Le moyen tiré de l'ordre public ne serait donc pas fondé.

Subsidiairement, SOC3.) soutient que le contrat-cadre ne contiendrait pas de clauses léonines. La clause critiquée « *ne prévoit ni le paiement d'une indemnité forfaitaire contre renonciation aux bénéfices, ni le remboursement de son apport à SOC3.) au moment de la dissolution de la société SOC4.), …* »
Les apports des associés seraient visés par la prohibition des clauses léonines. Or « *le prix payé à l'associé à l'occasion d'une cession de parts n'affecte en rien les apports …, puisque le sort de ces apports ne sera réglé qu'à la dissolution de la société et non pas au moment d'une éventuelle cession de parts entre associés.* »

SOC3.) soutient également qu'en cas de promesse d'achat de parts, la qualification de clause léonine est exclue :
« *Lorsque la clause est contenue dans un contrat séparé du pacte social et qu'elle ne fait qu'organiser, moyennant un prix librement convenu, une transmission de droits sociaux*. » et :
« *Lorsque l'option de vente stipulée en faveur d'un des associés ne peut être exercée qu'à l'expiration d'un certain délai et pendant un temps limité*. »

En l'espèce, les clauses litigieuses ne feraient pas partie de l'acte constitutif de la société SOC4.), mais seraient contenues dans un acte séparé, à savoir le contrat-cadre. SOC3.) ne pourrait lever l'option de vente qu'en cas de manquement de SOC1.) à ses obligations, et elle serait tenue de le faire dans un délai de six mois à compter du manquement.

4. Le cadre juridique

Suivant l'article V, paragraphe 2, de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance de l'exécution de sentences arbitrales étrangères :
« *La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate :*
…
b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays. »

L'article 1855 du code civil dispose :
« *La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, est nulle.*
Il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans la société par un ou plusieurs des associés. »

L'accord-cadre conclu entre la société SOC1.) et SOC3.) a la teneur suivante :
« …
16. CHANGEMENT DE CONTROLE / VIOLATION PAR SOC1.)

16.1 Chacun des événements suivants constituera un « Cas de défaut par SOC1.) » :
(a)
…

(f)
…

16.2 Sous réserve de tout droit ou recours à sa disposition, dans l'éventualité d'un Cas de défaut de SOC1.) :

(a) les Administrateurs présentés par SOC1.) cesseront d'avoir le droit de vote lors des réunions du Conseil d'administration de chaque Société, et le consentement de SOC1.) concernant les Sujets réservés ne sera plus exigé ;
(b) SOC3.) aura le droit de résilier l'Accord de gestion du Projet au nom de CREA ou de veiller à ce que CREA résilie l'Accord de gestion du Projet, et SOC3.) aura le droit, au nom de CREA, d'engager un remplaçant pour mener à bien le Projet selon les conditions que SOC3.) jugera appropriées. SOC3.) aura le droit de modifier les Statuts de JV Luxembourg de sorte que ceux-ci reflètent, en ce qui concerne le champ d'application des droits et obligations des actionnaires y afférents, la réglementation légale prévue par le droit luxembourgeois ;
(c) SOC3.), en contrepartie du paiement d'un euro à SOC1.) (dont la réception est reconnue par les présentes), pourra exercer l'une ou l'autre des deux options suivantes :

(i) une option de vente de toutes les Actions détenues et du Prêt de SOC3.) (l' «Investissement de SOC3.) ») à SOC1.) (« Option de vente en cas de défaut ») ; ou

(ii) une option d'achat correspondant à la vente par SOC1.) de toutes les Actions qu'elle détient et du Prêt de SOC1.) (l' « Investissement de SOC1.) ») à SOC3.) (« Option d'achat en cas de Défaut »).

Aux fins du présent article, l'Option de vente en cas de défaut et l'Option d'achat en cas de défaut seront appelées collectivement les « Options en cas de défaut ».

16.3 SOC3.) aura le droit d'exercer l'une quelconque des Options en cas de défaut qui sont à sa disposition pendant la période de six (6) mois commençant à la date de survenance d'un Cas de défaut de SOC1.) (la « Période d'option en cas de défaut ») moyennant notification écrite à SOC1.) (la « Notification de défaut »).

16.4 La contrepartie payable pour l'Investissement de SOC3.) sera d'un montant égal au Montant de l'investissement de SOC3.) plus 6 500 000 (six millions cinq cent mille) euros (le « Prix d'exercice de l'option en cas de défaut de SOC3.) ») moins les montants déjà distribués à SOC3.) et/ou SOC3.) Finance sous forme de Disponibilités en vertu de l'article 13.

16.5 La contrepartie payable pour les Actions de l'option SOC1.) sera d'un montant égal au Montant de l'Investissement de SOC1.) moins les montants déjà distribués à SOC1.) sous forme de Disponibilités en vertu de l'article 13 en dehors de l'éventualité où le Cas de défaut serait tel qu'indiqué dans l'article 16.1(c) ou 16.1(d), auquel cas un montant additionnel de 150 000 (cent cinquante mille) euros devra être déduit du Montant de l'Investissement de SOC1.) (le « Prix d'exercice de l'option en cas de défaut de SOC1.) »).

16.6 En cas d'exercice de l'Option de vente en cas de défaut, SOC3.) devra vendre et SOC1.) devra acheter l'Investissement de SOC3.) au Prix d'exercice de l'option en cas de défaut de SOC3.).

16.7 En cas d'exercice de l'Option d'achat en cas de défaut, SOC1.) devra vendre et SOC3.) devra acheter l'Investissement de SOC1.) au Prix d'exercice de l'option en cas de défaut de SOC1.).

… »

5. L'appréciation de la Cour

L'article V, paragraphe 2, de la Convention de New York permet de refuser l'exequatur à une sentence arbitrale dont l'exécution serait contraire à l'ordre public du pays du lieu d'exécution.

L'exclusion de l'exécution par le recours à l'ordre public n'est cependant justifiée qu'en cas d'atteinte à un principe fondamental de l'ordre juridique de l'Etat

requis, par la violation d'une règle de droit essentielle ou d'un droit fondamental dans l'ordre juridique de cet Etat.

Dans sa sentence arbitrale et notamment aux points 48 à 72, l'arbitre retient que SOC1.) a manqué à une obligation contractuelle. Aux points 92 à 102, et plus particulièrement au point 99, l'arbitre relève qu'en cas de manquement de la société SOC1.), les parties ont convenu du prix de l'option pour manquement à payer en cas de vente de SOC3.) (default put option).

Dans ses conclusions (v. notamment les points 192, 193, 203 et 204), l'arbitre note qu'en raison du manquement de la société SOC1.), SOC3.) était en droit d'exercer son option de vente, que la société SOC1.) n'a pas respecté le contrat en refusant d'acheter l'investissement SOC3.), et fixe le montant du dommage causé au montant du prix de l'option.

Ainsi que le soutient la société SOC1.), la sentence arbitrale a donc fait application des clauses 16.2 et 16.4 du contrat-cadre.

La Cour constate que ces clauses ont été appliquées en raison d'un manquement contractuel de la société SOC1.).

Il est exact qu'en raison du prix convenu par les parties, à régler par la société SOC1.), au cas où SOC3.) exerce l'option de vente « *de toutes les Actions détenues et du Prêt de SOC3.)* » à la société SOC1.), la société SOC1.) sera tenue de payer à SOC3.) un montant correspondant à l'investissement de SOC3.) (actions et prêt) ainsi qu'un montant additionnel de 6.500.000.- euros, dont à déduire les montants distribués à SOC3.) en application du contrat (article 13), de sorte que SOC3.) récupère ses fonds.

Cependant, ces clauses jouent, et ont été appliquées en l'espèce, dans l'hypothèse d'un manquement de l'associé SOC1.). Elles prévoient la transmission des parts de SOC3.) et le prix que SOC3.) touchera, dans cette hypothèse du manquement.

Ces clauses ne s'appliquent pas en cours de vie sociale et en cas de dissolution de la société, si aucun manquement de la société SOC1.) n'est constaté ou tant qu'aucun manquement n'est constaté.

Ces clauses ne peuvent donc pas être considérées comme donnant la totalité des bénéfices à un associé ni comme immunisant les investissements d'un associé.

La sentence arbitrale n'ayant pas fait application de clauses léonines au sens de l'article 1855, le moyen tiré de la contrariété à l'ordre public n'est pas fondé.

L'appel de la société SOC1.) est à rejeter.

Il est dès lors sans intérêt pour la solution du litige d'examiner si l'exécution d'une sentence arbitrale ayant appliqué une clause léonine au sens du droit luxembourgeois heurterait l'ordre public luxembourgeois.

6. Les indemnités de procédure

La société SOC1.) perdant le procès et devant supporter les dépens, sa demande d'une indemnité formée sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile n'est pas justifiée.

Il n'est pas établi qu'il soit inéquitable de laisser à charge de la société SOC2.) l'intégralité des sommes qu'elle a exposées qui ne sont pas comprises dans les dépens.

De toute manière, il n'est établi ni au vu d'une pièce relative au paiement d'acomptes ni au vu d'un mémoire d'honoraires ni au vu de la nature de l'affaire que la société SOC2.) ait exposé, ainsi qu'elle l'affirme, le montant de 10.000.- euros.

Sa demande d'une indemnité formée sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile n'est donc pas fondée.

PAR CES MOTIFS:

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière d'exequatur, statuant contradictoirement, sur le rapport de M. Étienne SCHMIT, président de chambre,

déclare l'appel recevable mais non fondé,

rejette les demandes formées sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile,

dit que la société SOC1.) S.A, en faillite, doit supporter les dépens, et ordonne la distraction des dépens au profit de Maître François KREMER.

La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par M. Étienne SCHMIT, président de chambre, en présence de M. Alain BERNARD, greffier.