

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 16

ARRÊT DU 08 SEPTEMBRE 2020

(n° /2020, 12 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° **RG 19/06635** - N° **Portalis 35L7-V-B7D-B7TE3**

Décision déferée à la Cour : Jugement du 24 Janvier 2019 -Tribunal de Commerce de PARIS - RG n° 2018003280

APPELANTE:

BINTEL LTD SA

Société de droit Emirati

Immatriculée au RCS de la Zone Franche Jebel Ali sous le numéro OF 3214

Ayant son siège social: JEBEL ALI FREE ZONE - Dubaï (EMIRATS ARABES UNIS)

Prise en la personne de ses représentants légaux

Représentée par Me (), avocat au barreau de PARIS, toque

Ayant pour avocat plaidant Me (), avocat au barreau de PARIS, toque:

INTIMEE :

BELGACOM INTERNATIONAL CARRIER SERVICES

Société anonyme de droit belge

Immatriculée au RCS de Bruxelles sous le numéro 0866 977 981

Ayant son siège social: Boulevard du Roi Albert II - 27 B-1030 Bruxelles (BELGIQUE)

Prise en la personne de ses représentants légaux

Représentée par Me (), avocat au barreau de PARIS, toque ;, Ayant pour avocat plaidant

Me (),, avocats au barreau de paris, toque

COMPOSITION DE LA COUR :

En application :

- de l'article 4 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19;

- de l'ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale et aux contrats de syndic de copropriété, notamment ses articles 1^{er} et 8 ;

- de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 modifiée relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période ;

L'affaire a été retenue selon la procédure sans audience, les avocats y ayant consenti expressément;

La cour composée comme suit en a délibéré :

François ANCEL, Président
Fabienne SCHALLER, Conseillère
Laure ALDEBERT, Conseillère

ARRÊT :

- Arrêt contradictoire
- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.
- signé par François ANCEL, Président et par Clémentine GLEMET, Greffière à qui la minute a été remise par le magistrat signataire.

I. FAITS ET PROCÉDURE

Faits :

1. La société BINTEL est une société de droit émirati, établie à Dubaï, actionnaire majoritaire de la société USAN GABON (ci-après "USAN") qui est un opérateur de téléphonie mobile exploitant sous la dénomination commerciale « AZUR GABON ».
2. La société BELGACOM INTERNATIONAL CARRIER SERVICES (ci-après "BICS") est une société de droit belge, spécialisée dans le domaine des télécommunications filaires et notamment, le transport de communications d'un pays à un autre.
3. En 2009, les sociétés USAN et BICS se sont rapprochées afin de nouer un partenariat pour la fourniture mutuelle de services de transport de voix entrant et sortant du Gabon qui s'est matérialisé par la signature d'un contrat de fourniture de services opérateur ("*Carrier Service Agreement*", ci-après "le CSA") par lequel la société BICS s'engageait à fournir à la société USAN des services de transport de voix de ses clients sur les réseaux internationaux auxquels la société BICS a accès et la société USAN à fournir à la société BICS des services de transport de voix de ses clients sur son réseau gabonais, ledit partenariat prévoyant une compensation entre les factures réciproques.
4. Le **contrat** CSA prévoyait qu'afin de garantir l'exécution de ses obligations, la société Usan s'assurerait que sa société mère, la société Bintel, émettrait une lettre de confort inconditionnelle en faveur de la société Belgacom.
5. Le 1er octobre 2009, la société BINTEL a signé un document intitulé "*parent company guaranty*" en faveur de la société BICS qui a été annexé au CSA en appendix 1. Le 2 octobre 2009 pour Usan et les 7 et 8 janvier 2010 pour BICS, le CSA était signé par les parties, faisant référence à la lettre signée par Bintel le 1er octobre 2009.
6. Le 28 mai 2014, les sociétés Usan et BICS ont signé un avenant au CSA aux termes duquel la société Usan s'est engagée à verser la somme de 1 000 000 euros sur un compte séquestre.
7. Suite à des impayés, la société BICS a suspendu la fourniture de son service le 14 octobre 2016. Le 7 novembre 2016, les sociétés BICS et USAN se sont rapprochées et ont signé un plan d'apurement aux termes duquel il était convenu que la société USAN paie la somme de 3 886 883,83 euros en plusieurs échéances.
8. Le plan d'apurement n'ayant pas été respecté, les parties se sont à nouveau rapprochées et ont signé un avenant au CSA le 14 décembre 2016.
9. En l'absence de règlement à compter du mois de février 2017, la société BICS a adressé à la société Usan une mise en demeure le 27 février 2017, qui est demeurée sans effet.

Procédure :

10. Le 16 mai 2017, la société BICS a assigné en référé les sociétés USAN et BINTEL devant le tribunal de commerce de Paris.

11. Par ordonnance du 8 septembre 2017, le président du tribunal de commerce de Paris s'est déclaré compétent pour connaître du litige, a condamné la société USAN à payer à la société BICS les sommes de 2.200.000€ outre les intérêts au taux contractuel de 1,5% à compter du 15 mai 2017 et de 200.000€, à titre de pénalité de retard et a dit qu'il n'y avait lieu à référé quant à la condamnation de la société BINTEL, cette question relevant du fond.

12. Par arrêt rendu le 21 juin 2018, la cour d'appel de Paris a confirmé cette ordonnance de référé.

13. Par acte en date du 14 décembre 2017, la société BICS a assigné au fond la société BINTEL devant le tribunal de commerce de Paris, qui, par jugement du 24 janvier 2019,

- s'est déclaré territorialement compétent ;
- a constaté la validité de la garantie ;
- a condamné la société à payer à la société la somme de 2.269.839,20 euros, outre les intérêts au taux contractuel de 1,5 % par mois, soit 862.112,65 euros, arrêtés au 15 novembre 2017, le solde étant à calculer jusqu'au jour du règlement ;
- débouté la société de sa demande d'expertise ;
- ordonné l'exécution provisoire.

14. La société BINTEL a interjeté appel dudit jugement par déclaration du 23 mars 2019.

15. La mise en état pour l'instruction du dossier a été faite suivant le protocole relatif à la procédure devant la présente chambre en date du 7 février 2018, accepté par les parties conformément à son article 4.1.

16. L'ordonnance de clôture a été prononcée le 2 juin 2020.

17. Les avocats ont accepté que la procédure soit suivie sans audience, faisant application des dispositions prises en application de la loi 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 et de l'article 8 de l'ordonnance n°2020-304 du 25 mars 2020. La composition du délibéré et la date de mise à disposition de la décision, fixée au 8 septembre 2020, ont été transmises aux avocats par un avis transmis au RPVA le 23 juin 2020.

II. PRÉTENTIONS DES PARTIES

18. Dans ses dernières conclusions communiquées par voie électronique le 1er avril 2020, la société BINTEL demande à la Cour, au visa du règlement européen CE/44/2001, des articles 27 et suivants des *Jebel Ali Free Zone Companies Implementing Regulations 2016* du 23 mai 2016, de l'article 2021 du Code civil belge et de l'article 771 du code de procédure civile, de :

- La déclarer recevable et bien fondée en son appel et
- Infirmer le jugement du Tribunal de commerce de Paris en date du 24 janvier 2019 en toutes ses dispositions.

A titre principal :

- DECLARER le tribunal de commerce de Paris incompétent pour connaître les demandes de la société BICS ;

A titre subsidiaire :

- DIRE ET JUGER que la demande de condamnation à son encontre sur le fondement de sa garantie au titre de la lettre de confort est irrecevable en l'état de l'invalidité de la Lettre de Confort et du bénéfice de discussion à son profit ;

A titre infiniment subsidiaire :

- DIRE ET JUGER que l'existence de la prétendue dette de la société USAN à l'égard de la société BICS n'est pas suffisamment établie, et que son montant est en tout état de cause inexactement établi en l'état de prestations de services au crédit de la société USAN et en déduction constante de ladite dette ;

En conséquence :

- REJETER les demandes, fins et conclusions de la société BICS à son encontre

En tout état de cause :

- DÉSIGNER tel expert qu'il lui plaira avec pour mission de :

- convoquer les parties ;
- se rendre sur place afin d'examiner l'ensemble des équipements employés aux fins de comptabilisation des prestations fournies réciproquement entre USAN et BICS, et retracer l'historique des prestations;
- se faire communiquer tous documents nécessaires à l'établissement de sa mission en particulier des pièces contractuelles, les factures et, le cas échéant, se faire aider par tous sachants;
- constater et décrire le procédé utilisé par BICS;
- indiquer si ce procédé relève d'une non-conformité aux documents contractuels, ou aux règles de l'art, ou d'une utilisation frauduleuse ; - donner son avis sur la sincérité des relevés de prestations réciproquement fournis;
- donner son avis sur les préjudices subis le cas échéant par USAN; - faire le compte entre les parties ;
- fournir d'une façon générale tous éléments techniques ou de faits de nature à permettre au Tribunal de se prononcer sur le quantum constituant le solde au passif ou à l'actif d'USAN;

- ORDONNER un sursis à statuer en l'attente du dépôt du rapport de l'expert ;

- CONDAMNER la société BICS à lui payer la somme de 5 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

- CONDAMNER la société BICS à tous les dépens.

19. Dans ses dernières conclusions communiquées par voie électronique le 21 novembre 2019, la société BICS demande à la Cour, au visa du droit belge, de l'article 1134 ancien du code civil, de l'article 700 du code de procédure civile, de :

- DÉCLARER l'appel de la société BINTEL mal fondé ;

- REJETER l'intégralité des demandes, fins et conclusions de la société Ltd

En conséquence,

- CONFIRMER en toutes ses dispositions le jugement n°2018003280 rendu le 24 janvier 2019 par le Tribunal de Commerce de Paris

Et y ajoutant,

- CONDAMNER la société au paiement d'une somme de 5.000 € au titre des frais irrépétibles en cause d'appel,

- CONDAMNER BINTEL aux entiers dépens dont distraction au bénéfice de la SELARL PELLERIN- DE MARIA-GUERRE.

III- MOYENS DES PARTIES ET MOTIFS DE LA DÉCISION

A. Sur la compétence du tribunal de commerce de Paris

20. La société BINTEL fait valoir à titre principal que le tribunal de commerce de Paris est incompétent au motif que la lettre de confort ne contient aucune clause attributive de compétence, qu'elle est soumise au droit belge, qu'en application du code de droit international privé belge et du Règlement européen CE/44/2001, la compétence est déterminée par référence au lieu d'établissement du défendeur et à la nature du contrat.

21. Elle indique qu'elle est une société de droit émirati, établie et exerçant son activité à Dubaï aux Emirats Arabes Unis et que par ailleurs, le litige ne présente aucun lien de rattachement, même indirect, avec le territoire français et ne saurait par conséquent être soumis à la compétence du tribunal de commerce de Paris, rappelant que :

- La société USAN est une société de droit gabonais établie et exerçant son activité à Libreville au Gabon;
- La société BICS est une société de droit belge établie à Bruxelles (en Belgique);
- Les services prévus au titre du CSA sont principalement fournis au Gabon, et ne présentent aucun lien avec le territoire français.

22. Elle conteste toute indivisibilité entre le contrat de services opérateurs conclu entre les sociétés BICS et USAN et la lettre de confort, et s'oppose à l'extension de la clause attributive de compétence du premier à la seconde.

23. La société BICS indique en réponse qu'en application de l'article 4 du Règlement CE/44/2001, il y a lieu d'appliquer la loi française et non belge pour déterminer la juridiction compétente, et que c'est à juste titre que le tribunal de commerce a retenu sa compétence issue du choix des parties.

24. Elle fait valoir que la clause attributive de compétence stipulée à l'article 13 du contrat de services opérateurs conclu entre les sociétés BICS et USAN est opposable à la société BINTEL qui l'a expressément acceptée, la lettre de confort et le contrat de services opérateurs formant un ensemble contractuel indivisible en ce qu'ils participent d'une même opération économique, que les parties avaient souhaité les rendre interdépendants et indivisibles, et la lettre de confort faisant référence au contrat de services opérateurs liant les sociétés BICS et USAN.

Sur ce,

25. Le litige met en présence une société de droit belge, demanderesse à l'action, et une société de droit émirati, défenderesse, ayant son siège dans la zone libre de Jebel Ali à Dubaï, dont la responsabilité est recherchée en sa qualité de société mère, garante de sa filiale gabonaise pour l'exécution d'un contrat de prestation de services de télécommunications conclu entre la filiale gabonaise et la société belge, ledit contrat contenant une clause attributive de juridiction en faveur des tribunaux de Paris.

26. La cour est ainsi en présence d'un litige à caractère international qui relève, pour les juridictions françaises saisies, du champ d'application du Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

qui sont applicables en la cause, s'agissant d'une action judiciaire engagée en mai 2017 devant une juridiction française (ci-après "le Règlement").

27. En application de l'article 6 de ce Règlement, "*si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un Etat membre, la compétence est dans chaque Etat membre, réglée par la loi de cet Etat membre, sous réserve de l'application de l'article 18 § 1, de l'article 21§2 et des articles 24 et 25.*"

28. Ce sont donc les règles françaises de compétence internationale qui s'appliquent, sous réserve de l'application de l'article 25 dudit règlement, relatif aux clauses attributives de compétence, aux termes duquel si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un Etat membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet Etat membre, ou si elle ne respecte pas l'une des conditions de forme énumérées par les points a), b) et c) de ce même article. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties.

29. En l'espèce, la validité de la clause attributive de juridiction en faveur des juridictions françaises contenue dans l'article 13 du contrat CSA qui lie la société BICS à la société Usan n'est pas contestée, la société Bintel soutenant simplement qu'elle ne lui est pas opposable, ladite clause figurant dans le contrat liant sa filiale Usan à la société belge BICS, et non dans la lettre de garantie signée par la société Bintel au bénéfice de la société BICS, faisant l'objet du présent litige et dont la validité est contestée par la société Bintel.

30. Concernant l'opposabilité de la clause attributive de compétence, il résulte des pièces versées aux débats que même si la lettre litigieuse, intitulée « *parent company guarantee-appendix 1* » n'a pas été signée par les mêmes parties que le contrat CSA, elle est annexée au contrat CSA et ledit contrat prévoit expressément que ce document fera partie intégrante du CSA : « *The present cover page, the General Terms and Conditions, Annex A (Product Plans Prices), Annex B (Technical Specifications), Appendix 1 (Parent Company Guarantee), constitute the entire agreement between the Parties (hereafter referred to as "the Agreement")* », traduit par les parties en français « Cette première page, les conditions générales, l'annexe A (plans de produits, prix), l'annexe B (spécifications techniques) et l'appendice 1 (garantie de la société mère) constituent l'intégralité du Contrat conclu entre les Parties (dénommé ci-après "le Contrat"). »

31. De plus, aux termes de ce document intitulé « *parent company guarantee – appendix 1* », il est rappelé que cette garantie conditionne la signature du contrat principal. En effet, les parties ont précisé au §1 que : « *In consideration of the Beneficiary providing telecommunications services under an agreement styled as Carrier Services Agreement signed on October 1st, 2009 (the « Agreement »), the Guarantor unconditionally agrees to pay to due date, within 15 calendar days of the demand, the invoices owed to the Beneficiary by the Company, if the Company has not paid Beneficiary in accordance with the terms of the agreement* » (traduit par les parties par « En contrepartie de la prestation par le Bénéficiaire des services de télécommunication prévue par un contrat intitulé Contrat de Prestation de Services de Télécommunication conclu le 1er octobre 2009 (ci-après « le Contrat »), le Garant s'engage, de manière inconditionnelle, à payer à la date d'échéance, dans les 15 jours civils suivants toute demande, les factures dues au Bénéficiaire par la Société, si cette dernière n'a pas réglé celles-ci au Bénéficiaire conformément aux conditions prévues par le Contrat »). Il est également expressément précisé que « *The Guarantor also agrees to pay undisputed monies owed to the Beneficiary by the Company, pursuant to the Agreement, if the Company has not paid Beneficiary in accordance with the terms and conditions of the Agreement* » (traduit par « le Garant s'engage également à verser toutes les sommes non contestées dues au Bénéficiaire par la Société en vertu du Contrat, si ladite Société n'a pas réglé ces sommes au Bénéficiaire conformément aux

conditions et modalités prévues par le Contrat »), ce qui démontre la parfaite connaissance et l'acceptation, par la société mère, des conditions et des termes du CSA, sans aucune limitation ou exclusion.

32. Enfin, aux termes de l'avenant au CSA du 14 décembre 2016, les sociétés Usan et BICS ont rappelé qu'« en application de l'article 5 du CSA susmentionné, la société Bintel Ltd, société régie par le droit de Dubaï et actionnaire majoritaire d'Azur Gabon à hauteur de 76% (760 actions sur 1000), s'est portée caution solidaire et indivisible des engagements d'Azur Gabon découlant du CSA. Bintel est ci-après dénommée la « Caution » ».

33. Il résulte de tous ces éléments qu'il s'agit de deux conventions intimement liées, l'une conditionnant la seconde et vice versa, les deux constituant « *le Contrat* », comme stipulé en préambule du CSA. Ainsi, il n'y aurait pas de « *parent company guarantee – appendix 1* » signée par la société Bintel si le contrat principal (le CSA) signé entre les sociétés BICS et USAN n'existait pas, et le CSA n'aurait pas été signé si la lettre de garantie n'avait pas été accordée par la société mère, de sorte que leur existence et exécution ne se justifient que par l'économie de l'opération globale dans laquelle elles s'intègrent. Ces deux actes peuvent ainsi être qualifiés d'ensemble contractuel indivisible, auquel la société Bintel est partie.

34. De plus, la lettre de garantie prend le soin de préciser qu'elle est soumise au droit belge, mais ne précise rien quant à la juridiction compétente en cas de litige. Or, le CSA contient une clause claire et suffisamment large pour couvrir tous les litiges facilement déterminables relatifs au « Contrat » et qui précise le droit applicable d'une part, et le choix de la juridiction française d'autre part : « *article 13 – Disputes. The Agreement and the relationship of the Parties in connection with the subject matter of the Agreement shall be governed by and determined in conformity with French law. Any dispute shall be brought before Paris courts.* » (traduit en français par les parties « Le Contrat et les relations entre les Parties concernant l'objet de ce dernier seront régis et définis conformément au droit français. Tout litige sera porté devant les tribunaux de Paris. »).

35. Il en résulte clairement que les parties ont entendu englober les deux contrats dans une opération unique, ce qui a pour effet de rendre opposable la clause attributive de juridiction contenue dans le Contrat (« the Agreement ») à toutes les parties, y compris à la société Bintel qui en avait accepté expressément les « termes et conditions » et en avait dès lors connaissance. La clause attributive de juridiction portant sur « tout litige » et faisant référence au « Contrat » (the Agreement) défini au §1 du CSA et visé dans la lettre de garantie, la clause attributive de juridiction est dès lors opposable à la société Bintel.

36. La validité de la clause attributive de juridiction n'étant pas contestée, c'est dès lors à juste titre que les premiers juges ont retenu la compétence des juridictions françaises pour connaître du présent litige. La décision entreprise sera confirmée sur ce point.

B. Sur la validité de la lettre et sur ses effets

37. La société BINTEL soutient que la lettre est nulle car elle a été signée par son directeur technique (“*Chief Operating Officer*”) qui n'a pas le pouvoir de représenter la société, qu'aux termes des articles 27 et suivants de la loi spécialement applicable aux sociétés implantées dans la zone franche de Jebel Ali aux Émirats Arabes Unis (*Jebel Ali Free Zone Companies Implementing Regulations 2016*), seul le Directeur Général de la société est légalement habilité à la représenter à l'égard des tiers, qu'en outre la lettre est nulle car elle ne précise ni la durée, ni le montant exact de son engagement.

38. La société Bintel soutient qu'à la supposer valable, la “lettre de confort” n'est pas un cautionnement solidaire, tant au regard du droit français que du droit belge. Elle expose que le terme “cautionnement solidaire” n'est utilisé ni dans le CSA, ni dans la lettre et qu'elle ne contient aucune disposition prévoyant un cautionnement solidaire. Elle en conclut

qu'elle ne peut être condamnée sur le fondement de la dette alléguée de la société USAN.

39. Elle fait valoir qu'en tout état de cause, si la lettre devait être qualifiée de cautionnement, elle ne pourrait être mise en œuvre en raison du bénéfice de discussion existant à son profit, et auquel elle n'a pas renoncé, en application de l'article 2021 du code civil belge, lequel dispose: « *La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires.* »

40. La société BICS indique en réponse que la loi émiratie de 2016 (*Jabel Ali Free Zone Companies Implementing Regulations 2016*) n'est pas applicable à la lettre signée en 2009 et qu'elle ne régit pas les sociétés *offshores* de type *Limited* dont la société BINTEL fait partie. Elle rappelle que selon la loi de 2003 qui s'applique « *une personne agissant sous l'autorité expresse ou implicite d'une société offshore peut faire, modifier ou décharger un contrat ou signer un acte au nom de la société offshore de la même manière que si le contrat était fait, modifié ou déchargé ou l'acte signé par une personne physique* », de sorte que la lettre avait pu être valablement passée par le Directeur des opérations de groupes (“*Chief Operating Officer*”) au nom et pour le compte de la société BINTEL. De plus, la lettre ayant été remise par la société USAN à la suite de la signature du contrat de services opérateurs et prévoyant expressément que « *l'exécution de la présente garantie est faite conformément à ses habilitations et a été dûment autorisée* », la société BICS pouvait légitimement croire que le “*Chief Operating Officer*” avait le pouvoir de souscrire au nom et pour le compte de la société BINTEL.

41. La société BICS indique que la société BINTEL s'est engagée de manière inconditionnelle à payer les factures ou montants dus et impayés à leur échéance par la société USAN, de sorte qu'elle peut être qualifiée d'engagement de payer la dette d'autrui ou de « *constitut* ».

42. Enfin, la société BICS indique que l'objet de la lettre est déterminable, conformément au droit belge et que l'engagement de la société Bintel n'excède pas celui de la société USAN. Elle expose de plus que le droit belge n'impose pas de préciser dans la lettre de garantie une durée de l'engagement du garant à laquelle serait subordonnée la validité de la garantie.

43. Elle conteste tout droit de discussion comme condition de mise de oeuvre de la garantie car le droit belge prévoit que la garantie inconditionnelle est un « *engagement principal et autonome qui ne laisse pas au promettant le bénéfice de discussion et de division, mais dont l'objet et le quantum sont cependant empruntés à l'obligation garantie* ». Elle ajoute qu'elle a valablement mis en oeuvre la garantie de la société BINTEL.

Sur ce,

44. Tout d'abord, il y a lieu de noter que l'intitulé exact de la lettre litigieuse (appelée aussi lettre de confort, ou lettre de garantie) est « *parent company guarantee – appendix 1* ». La validité de ladite lettre étant contestée au regard de la capacité de la personne signataire, de la durée et de l'objet de cette lettre, cette question doit être tranchée avant d'apprécier les effets de ladite lettre.

Sur la capacité de représenter la société BINTEL,

45. Il n'est pas contesté que c'est le droit émirati qui s'applique pour apprécier la capacité

de conclure des actes au nom et pour le compte d'une société émirati, la société Bintel étant une société de type Offshore enregistrée dans la zone franche JEBEL ALI de Dubaï, soumise aux « *Jebel Ali Free Zone Authority Offshore Companies Régulations 2018* » applicables aux sociétés offshores établies en zone franche et remplaçant les dispositions prises par la même autorité aux mêmes fins en 2003, ces éléments résultant de la lettre d'opinion établie par un cabinet d'avocat émirati, le cabinet Steering Legal, produite par la société BICS et non contredite par la société Bintel, qui ne fournit aucune opinion sur le droit émirati.

46. Le contrat et la lettre litigieux ayant été signés en 2009, et les « *Jebel Ali Free Zone Authority Companies Implementation Regulations 2016* » invoqués par la société Bintel n'étant pas applicables aux sociétés offshores et ne s'appliquant pas temporellement, c'est à juste titre que les premiers juges ont fait application des dispositions susrappelées de 2003, reprises en 2018 par les « *Jebel Ali Free Zone Authority Offshore Companies Régulations 2018* » et qui prévoient que « *A person acting under the express or implied authority of an Offshore Company may make, vary or discharge a contract or sign an instrument on behalf of the Offshore Company in the same manner as if the contract were made, varied or discharged or the instrument signed by a natural person* » qui peut être traduit par : « Une personne agissant sous l'autorité expresse ou implicite d'une société offshore peut conclure, modifier ou résilier un contrat ou signer un instrument au nom de la société offshore de la même manière que si le contrat était conclu, modifié ou résilié ou l'instrument signé par une personne physique. ».

47. Le signataire de la lettre pour Bintel étant un cadre supérieur de la société Bintel et ladite lettre ayant été annexée au contrat CSA, lui-même signé par le directeur général de la société Usan Gabon qui s'est assuré, selon les termes de l'article 5.1 du CSA, que « sa société mère (Bintel Ltd) émettra une lettre de confort inconditionnelle en faveur de Belgacom ICS garantissant le paiement des obligations d'Usan Gabon à l'égard de Belgacom ICS », il en résulte que BICS a pu raisonnablement penser que ledit cadre agissait sous l'autorité expresse ou implicite de la société Bintel et était dès lors habilité à signer ladite lettre.

48. C'est à juste titre que les premiers juges ont retenu la capacité du signataire et rejeté la nullité invoquée à ce titre.

Sur la durée et le montant de l'engagement,

49. La lettre étant soumise au droit belge selon son article 8, c'est à l'aune de ce droit que la validité au fond de celle-ci doit être appréciée.

50. Il résulte des pièces versées aux débats et des consultations sur le contenu du droit belge produites par la société BICS et non contestées par la société Bintel que le montant de l'engagement du garant doit être déterminé ou déterminable pour être valablement consenti, et qu'il n'y a aucune exigence concernant la durée de l'engagement du garant.

51. En l'espèce, outre le fait que la société Bintel n'indique pas en quoi et sur quel fondement la durée et le montant de son engagement ne seraient pas conformes au droit belge, il résulte des termes mêmes de la lettre litigieuse que l'engagement de la société Bintel est limité au paiement des factures dues et impayées de sa filiale en exécution du CSA, et ce pour toute la durée de validité dudit contrat, ce qui le rend parfaitement déterminable, et dès lors valable au regard du droit belge.

52. C'est à juste titre que les premiers juges ont estimé que la nullité de la lettre litigieuse n'était pas encourue. Il y a lieu de confirmer la décision sur ce point.

Sur la nature et les effets de la lettre,

53. Il résulte des pièces versées aux débats et de la lettre litigieuse elle-même que les parties ont entendu l'intituler « *Garantie de la société mère* », cette dernière étant « le Garant » et la société BICS étant « le Bénéficiaire » de ladite garantie, le fait que les parties au CSA (la société Usan Gabon et la société BICS) la qualifient de lettre de confort dans ledit contrat étant sans incidence sur la qualification donnée par les parties dans l'acte lui-même.

54. De plus, dans le document intitulé « *addendum Carrier Services Agreement* » daté du 14 et du 22 décembre 2016 signé par la société Azur Gabon et la société BICS, les parties rappellent la teneur de l'engagement de la société Bintel, qui conditionnait la signature du CSA, à savoir « en application de l'article 5 du CSA susmentionné, la société Bintel s'est portée caution solidaire et indivisible des engagements d'Azur Gabon découlant du CSA. Bintel est ci-après dénommée la « Caution ».

55. Il n'est pas contesté par les parties que la garantie ainsi consentie est une sûreté personnelle, soumise selon le droit belge à la loi des parties, ces dernières étant libres de définir la teneur précise de leurs engagements.

56. Aux termes de l'article 1 de cette lettre, les parties ont prévu que «... *En contrepartie de la prestation par le Bénéficiaire des services de télécommunication prévus par un contrat intitulé Contrat de Prestation de Services de Télécommunication conclu le 1^{er} octobre 2009 – ci-après (le « Contrat »), le Garant s'engage, de manière inconditionnelle, à payer à la date d'échéance, dans les 15 jours civils suivant toute demande, les factures dues au Bénéficiaire par la Société, si cette dernière n'a pas réglé celles-ci au Bénéficiaire conformément aux conditions prévues par le Contrat. Le Garant s'engage également à verser toutes les sommes non contestées dues au Bénéficiaire par la Société en vertu du Contrat, si ladite Société n'a pas réglé ces sommes au Bénéficiaire conformément aux termes et conditions et modalités prévues par le Contrat* ».

57. Les termes clairs et précis de cette lettre constituant la loi des parties, il en résulte que c'est à juste titre que les premiers juges ont considéré qu'il s'agissait d'une garantie inconditionnelle, valable au regard du droit belge, par lesquels la société Bintel s'engageait à payer les factures dues à la société BICS par la société Usan, et dont les effets ne pouvaient être soumis aux règles du cautionnement, inapplicables en l'espèce, comme le bénéfice de discussion, non prévu par les parties.

58. De même, compte tenu des termes clairs et précis de ladite lettre, il ne peut être considéré que la garantie souscrite constituerait une simple lettre de confort au sens du droit belge, selon lequel la lettre de confort est entendue comme « *celle qu'une personne (l'émetteur) adresse à un ou plusieurs créanciers déterminés ou indéterminés en vue de les conforter quant à l'exécution de leur créance vis-à-vis d'un tiers (la société patronnée) dont elle est généralement l'actionnaire de référence (...) ce qui différencie la lettre de confort des autres sûretés personnelles est que l'engagement de l'émetteur est pris en faveur de la société patronnée qui, si la lettre de confort est actionnée, se verra fournir les moyens promis dans la lettre* ».

59. En l'espèce en effet, la lettre de garantie a été émise directement en faveur de BICS, de telle sorte qu'elle ne répond pas à la définition de la lettre de confort en droit belge.

60. Enfin, toujours en application du droit belge, la mise en oeuvre d'une garantie inconditionnelle n'est pas conditionnée par la jouissance d'un bénéfice de discussion accordé au garant.

61. Il résulte de l'ensemble de ces éléments que c'est à juste titre que les premiers juges ont condamné la société Bintel à exécuter sa garantie dans les termes convenus par les parties.

C. Sur le quantum des condamnations

62. La société BINTEL fait valoir à titre infiniment subsidiaire que le tribunal de commerce n'a pas pris en compte dans son analyse l'évolution programmée du montant de la dette et expose à cet égard que l'évolution des prétentions de la société BICS démontre que le mécanisme de compensation aboutit à une diminution rapide et constante de la dette de la société USAN. Elle conteste de plus le montant de 4 326 366,01 euros réclamé par la société BICS dans sa lettre de mise en demeure du 6 décembre 2016 .

63. La société BINTEL fait également valoir que la dette de la société USAN n'est certaine ni dans son existence, ni dans son montant, et expose à cet égard que la société BICS a interrompu son service de trafic international sortant à partir du 14 octobre 2016, tandis que la société USAN n'a jamais cessé ses prestations de sorte que les sommes dues par la société BICS à la société USAN sont affectées à l'apurement de la dette de la société USAN qui ne cesse en conséquence de diminuer depuis le 14 octobre 2016 et qu'elle ne devrait pas excéder les 1 000 000 euros au jour du jugement du tribunal de commerce.

64. Elle sollicite la désignation d'un expert pour retracer l'historique des prestations et permettre de faire les comptes entre les parties.

65. La société BICS indique en réponse que sa créance est certaine, liquide et exigible, que la société USAN a reconnu sa dette de 4.076.543 euros dans l'Annexe au contrat de prestations opérateur du 14 décembre 2016, que l'ordonnance de référé confirmée en appel a condamné la société USAN à lui payer la somme de 2.200.000€ en principal, avec intérêt conventionnel au taux de 1,5% par mois à compter du 15 mai 2017 et que la société USAN a reconnu par lettre du 17 mai 2018 devoir à la société BICS la somme de 3.358.095€.

66. Elle ajoute que la diminution de la dette de la société USAN est conforme aux engagements contractuels et que le dépôt de garantie de 1 000 000 euros a été imputé sur la dette de 4.076.543 euros reconnue par la société USAN après la conclusion de l'Annexe du 14 décembre 2016.

67. La société BICS indique qu'elle a été contrainte de suspendre en octobre 2016 le trafic international sortant du Gabon en raison des impayés de la société USAN, qu'elle a toutefois pu le reprendre suite à la signature du plan de paiement du 7 novembre 2016, avant de le suspendre à nouveau en février 2017. Elle ajoute que si la société USAN a pu continuer d'exécuter ses propres services c'était pour permettre la diminution de sa dette, mais qu'en aucun cas cette diminution n'avait pu être telle que la dette n'excède pas au jour du jugement les montants indiqués par la société BINTEL.

68. Enfin la société BICS estime que la dette actuelle de la société USAN s'élève à la somme de 2.269.839,20 € comme il apparaît du décompte du 31 octobre 2017, à laquelle il faut ajouter les intérêts contractuels arrêtés au 15 novembre 2017 représentant la somme de 862.112,65€.

69. Enfin, la société BICS conteste la nécessité de désigner un expert pour faire les comptes entre les parties et soutient à cet égard qu'il s'agit d'une manoeuvre dilatoire de la société USAN qui n'a jamais contesté sa dette pas plus que la société BINTEL n'aurait contesté les prestations facturées par la société BICS, portées par cette dernière au crédit de la société USAN dans le décompte du 31 octobre 2017. Elle ajoute que la société BINTEL n'apporte pas la preuve que la société USAN aurait effectué d'autres prestations ou émis des factures à compter du 1er novembre 2017.

Sur ce,

70. Il résulte des motifs développés ci-dessus et des pièces versées aux débats que l'engagement de la société Bintel porte sur la totalité des sommes dues par sa filiale, après déduction des sommes venant au crédit de celle-ci, les parties ayant prévu aux termes du CSA de compenser les paiements relatifs aux services opérateurs échangés, et la partie débitrice n'acquittant à la partie créancière que la différence entre les factures émises.

71. Ainsi, les sociétés Usan et BICS ont à plusieurs reprises procédé à ces ajustements et établi des plans d'apurement qu'elles ont validés, et sur la base desquels la société Usan a payé des échéances qui sont venues en déduction des sommes qu'elle restait devoir.

72. La société Usan s'est ainsi reconnue expressément débitrice envers la société BICS de la somme de 4.076.543 euros en principal, par avenant au CSA signé les 14 et 22 décembre 2016 et a procédé à divers paiements postérieurement à cette date. Ces paiements ont été pris en compte dans le décompte produit, ainsi que le montant du séquestre de 1.000.000 euros. Le solde restant dû tel qu'il figure dans le décompte produit fait apparaître un solde en faveur de la société BICS d'un montant de 2.269.839,20 euros à la date du 23 septembre 2017, une fois déduites toutes les factures portées au crédit de la société Usan pour les prestations qui se sont poursuivies en 2017.

73. La société Bintel soutient que la dette d'Usan n'a cessé de diminuer depuis septembre 2016, mais elle ne fournit aucun élément qui mette en doute que cette diminution n'aurait pas été prise en compte dans le décompte qui énumère toutes les factures venant au crédit d'Usan jusqu'en septembre 2017. De plus, elle indique à tort que la dette d'Usan diminuerait d'environ 1,5 million d'euros tous les quatre mois, alors qu'elle a pris en compte à tort la somme séquestrée de 1.000.000 euros dans son schéma, et qu'elle ne fournit aucune pièce qui établirait que d'autres factures devraient venir en compensation des sommes dues.

74. En l'absence de tout autre élément qui puisse remettre en cause le décompte produit, dûment validé par le débiteur lui-même, il n'apparaît pas nécessaire d'ordonner un expertise judiciaire, la cour disposant de suffisamment d'éléments pour valider la somme retenue par les premiers juges, par des motifs que la cour adopte.

75. Il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en toutes ses dispositions et de faire droit à la demande d'indemnité, en cause d'appel, au titre de l'article 700 du code de procédure civile, dans les termes fixés au dispositif ci-après.

Par ces motifs

1. Confirme le jugement du tribunal de commerce du 24 janvier 2019 en toutes ses dispositions ;
2. Condamne la société Bintel Ltd à payer à la société BICS la somme de 5.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
3. Condamne la société Bintel Ltd aux dépens qui seront recouverts conformément à l'article 699 du code de procédure civile.

La greffière

C. GLEMET

Le président

F. ANCEL .