Arrêt commercial

Audience publique du quinze février deux mille douze.

Numéro 35782 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société à responsabilité limitée A s.à r.l., *établie et ayant son siège social à U, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son gérant actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 1er février 2010,*

comparant par Maître François MOYSE, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme B S.A., *établie et ayant son siège social à V, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du susdit exploit CALVO,*

comparant par Maître Franz SCHILTZ, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Assignation

Par exploit d'huissier du 28 février 2007, la société A s.à r.l. a fait donner assignation à la société B S.A. à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour l'y entendre condamner au paiement du montant de 1.851.416 € à titre de dommages et intérêts, ce avec les intérêts légaux à partir du 21 mars 2006, date d'une mise en demeure, jusqu'à solde. La partie demanderesse a en outre réclamé une indemnité de procédure de 10.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

A l'appui de sa demande, la société A s.à r.l. a fait exposer, en substance :

- qu'elle a ouvert en novembre 2004 un compte auprès de B l'informant que des lettres de change seraient susceptibles d'être présentées à l'encaissement par le fournisseur principal de la société A s.à r.l., à savoir la société de droit anglais C LTD ;

- que ces lettres de change auraient été *stipulées non protestables* ;

- qu'il se serait avéré que la société C LTD aurait, non seulement modifié les dates d'échéance des lettres de change n° 605 à 609, mais aurait encore *enlevé grossièrement au tip-ex la mention « non protestable »* ;

- que les lettres de change ainsi altérées auraient été présentées par la société C LTD, par le biais de la banque D, à B qui, *en dépit de l'altération grossière des lettres de change*, aurait fait dresser protêt, le compte de la société A s.à r.l. n'ayant à ce moment-là pas encore été approvisionné ;

- qu'en raison de l'accumulation des protêts, la société A s.à r.l. aurait été convoquée par le parquet devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, en vue d'une mise en faillite éventuelle ;

- que la mise en faillite fut prononcée d'office par jugement du 25 février 2005 ;

- que la faillite fut, sur opposition formée par la société A s.à r.l., rabattue suivant jugement du 25 février 2005, l'intégralité de la dette vis-à-vis de la société C LTD ayant entre-temps été apurée.

Estimant avoir connu au cours de l'année 2005, suite à sa mise en faillite, une perte de chiffre d'affaires de plus de 80 % ainsi qu'une grave atteinte à sa réputation ayant entraîné non seulement la rupture de la relation d'affaires avec son fournisseur principal, la société C LTD, mais également la dénonciation de

son contrat de bail et la perte de nombreux clients, la société A s.à r.l. a conclu à la condamnation de B au paiement du montant de 1.351.416 € (dommage matériel) + 500.000 € (dommage moral), faisant valoir *qu'en présence desdites lettres de change altérées, la banque avait une obligation de prudence et de vigilance qui lui imposait de se renseigner auprès de sa cliente non seulement quant à son engagement cambiaire originaire auquel elle était seule tenue en vertu de l'article 69 de la loi modifiée du 8 janvier 1962 réglementant la lettre de change et le billet à ordre, mais encore quant à ses intentions de règlement.*

Le jugement

Par jugement du 18 novembre 2009, le tribunal a déclaré la demande recevable, l'a dit non fondée, a condamné la société A s.à r.l. à payer à B une indemnité de procédure de 700 € et a condamné la société A s.à r.l. aux frais et dépens de l'instance.

Pour décider ainsi, le tribunal – après avoir rejeté le moyen de forclusion soulevé par B, tiré *du principe de la correspondance commerciale acceptée par application de l'article 51 des conditions générales* – a, quant au fond et face à l'argumentation de la société A s.à r.l., se résumant comme suit :

« *A fait plaider qu'en faisant dresser protêt en dépit du fait que sur les lettres de change litigieuses figurait la mention « pas de protêt » masquée au tipp-ex, la défenderesse a commis une faute engageant sa responsabilité. Elle estime que B a failli à son devoir de prudence et de vigilance, ensemble avec l'article 69 de la loi du 15 décembre 1962 sur la lettre de change et le billet à ordre (ci-après « la Loi »), en ne se renseignant pas auprès de son client sur ces altérations au tipp-ex et sur le défaut de provision sur son compte à l'échéance des lettres de change litigieuses. Elle soutient que le prononcé de la faillite aurait été une conséquence directe de cette faute commise par B, étant donné que la mise en faillite résulterait uniquement du fait que le Parquet a eu connaissance des protêts que la B avait fait dresser malgré la mention « non protestable », et en vertu de l'article 69 de la Loi aux termes duquel le tiré n'est tenu que dans les limites de son engagement originaire et les altérations de la lettre de change lui sont inopposables* (cf : jugement du 18 novembre 2009, page 4) »,

- relevé que la société A s.à r.l. n'a pas développé son affirmation selon laquelle les dates d'échéance des lettres de change litigieuses auraient été modifiées par la société C LTD postérieurement à leur émission, les originaux versés au dossier ne présentant par ailleurs sur ce point ni masquages au tipp-ex, ni ratures ;

- s'est référé, pour déterminer si une éventuelle faute peut être reprochée à B en relation avec la mention « pas de protêt » masquée au tipp-ex, à l'article 46 de la loi du 15 décembre 1962 concernant la lettre de change et le billet à ordre en retenant que *quand bien même les lettres de change auraient été*

dispensées de protêt lors de leur émission, le porteur, qui est en l'occurrence le tireur lui-même, était parfaitement en droit de dresser protêt, la seule sanction prévue par la loi étant que, dans ce cas, il devait en régler les frais ;

- retenu, à titre superfétatoire, qu'il n'existe aucun lien de cause à effet entre l'établissement des protêts et le prononcé de la faillite qui, lui, a trouvé sa cause dans l'absence de moyens de la société A s.à r.l. pour faire face à ses dettes.

Acte d'appel et conclusions subséquentes de la partie appelante

Par exploit d'huissier du 1er février 2010, la société A s.à r.l. a régulièrement relevé appel du jugement du 18 novembre 2009 qui lui a été signifié le 23 décembre 2009.

Dans son acte d'appel, la société A s.à r.l. réitère les faits à la base de sa demande tels qu'énoncés dans son acte introductif d'instance.

La société A s.à r.l. se rapporte à prudence de justice en ce qui concerne la motivation des juges de première instance en rapport avec l'article 46 de la loi du 15 décembre 1962 sur la lettre de change et le billet à ordre, estimant que *la responsabilité de B ne peut être recherchée sur la base du rapport cambiaire.*

Elle reproche aux juges de première instance d'avoir dit que B n'a commis aucune faute contractuelle, alors que – contrairement au raisonnement des juges de première instance – *l'établissement des protêts n'est pas seulement la cause de la convocation du gérant de la société A s.à r.l. devant le tribunal siégeant en matière de faillite, mais également la cause du non-règlement des dettes de la société A s.à r.l. et par conséquent aussi de la mise en faillite subséquente, puisque l'établissement des protêts a bel et bien enclenché le mécanisme d'alerte de solvabilité qui a débouché sur la mise en faillite, à tort, de l'appelante.*

L'appelante ajoute que *si un comportement – en l'espèce l'établissement des protêts de la part de la B – peut parfaitement, d'une manière abstraite, correspondre aux droits conférés par un texte, en l'espèce l'article 46 de la loi du 15 décembre 1962 sur la lettre de change et le billet à ordre, ce comportement peut néanmoins représenter et représente en l'espèce une atteinte aux règles existantes régissant le commerce entre commerçants honorables et loyaux* ; que *l'accumulation des protêts constituait une atteinte extrêmement grave à la réputation de l'appelante sans que celle-ci – faute d'en avoir été informée d'avance par B – était à même d'intervenir pour prendre des mesures de sauvegarde de sa réputation.*

Aux termes de son acte d'appel, la partie appelante conclut par réformation du jugement entrepris aux mêmes fins que l'acte introductif d'instance. Elle

réclame en outre une indemnité de procédure de 2.000 € sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Dans ses conclusions notifiées le 25 octobre 2010, la société A s.à r.l. soutient qu'à la fin du mois de novembre 2004, donc avant les dates d'échéance des traites litigieuses (à savoir les 3, 6, 8, 10 et 14 décembre 2004), le dénommé E, gérant de l'agence W de B, aurait contacté le gérant de la société A s.à r.l. *pour lui demander s'il comptait approvisionner son compte en vue de la prochaine date d'échéance (le 3 décembre 2004) d'une traite de 77.991,86 €* ; que le dénommé F, gérant de la société A s.à r.l., aurait expliqué que *l'approvisionnement allait être effectué et qu'il passerait pour déposer le montant prévu en espèces dans les tous prochains jours ;* que Monsieur E lui aurait *rétorqué que ce n'était pas la peine de verser ces sommes puisque la banque allait de toute façon procéder à la clôture du compte.*

Actuellement, la société A s.à r.l. offre de prouver par voie testimoniale la véracité de ses affirmations.

La société A s.à r.l. soutient que B ne l'aurait jamais informée de *l'état des traites en cours,* vu *son empressement à vouloir cesser ses relations d'affaires avec elle* ; qu'*avant même que la première traite soit arrivée à échéance, la banque* aurait *décidé de clôturer le compte et en tout cas de ne pas le faire fonctionner, bloquant ainsi toute possibilité à l'appelante d'honorer ses engagements.*

L'appelante fait désormais plaider que la responsabilité de B est *recherchée non pas pour des questions de respect de règles cambiaires, mais pour des violations par la banque de ses obligations contractuelles* et plus particulièrement pour avoir violé *son obligation de ne pas rompre abusivement ses relations contractuelles* avec son client, pour avoir violé *son obligation d'information et de conseil* dans la mesure où il aurait appartenu à la banque *de l'avertir au moyen d'un délai de préavis raisonnable sur sa situation personnelle en lien avec le compte ouvert en ses livres* ainsi que pour avoir violé *son obligation de loyauté* qui aurait dû *conduire la banque à ne pas dresser protêt sans en avertir au préalable sa cliente en lui permettant d'alimenter le compte avant l'échéance des traites.*

La société A s.à r.l. conclut *qu'en l'informant sans préavis de la clôture imminente du compte tout en refusant l'approvisionnement du compte,* et même, *en l'informant qu'il ne servait plus à rien de verser les fonds nécessaires au paiement de la prochaine traite venant à échéance,* B aurait *bloqué toute possibilité pour l'appelante d'honorer ses traites* et l'aurait ainsi *poussée à la faillite.*

La société A s.à r.l. estime avoir rapporté la preuve du lien de cause à effet entre la faute commise par la banque et le dommage lui accru, car si B n'avait pas clôturé abusivement son compte et n'avait pas empêché l'approvisionnement du compte, aucune inscription sur la liste des protêts n'aurait eu lieu et aucune faillite n'aurait été prononcée.

Moyens de la partie intimée B

B réitère son moyen de forclusion de la société A s.à r.l. à faire valoir une quelconque contestation à l'égard du traitement des lettres de change litigieuses, ce par application de l'article 51 des conditions générales, acceptées par l'appelante.

Elle relève appel incident quant à ce point.

Subsidiairement, B invoque l'article 57 des mêmes conditions générales pour conclure à l'irrecevabilité de la demande de la société A s.à r.l..

Ensuite, B conclut à l'irrecevabilité de la demande pour constituant une demande nouvelle en ce qu'elle est basée sur une prétendue faute contractuelle consistant prétendument dans une rupture abusive par la banque de ses relations contractuelles avec la société A s.à r.l. ainsi que dans la violation par la banque de son obligation d'information respectivement de son obligation de loyauté envers sa cliente, pareille demande se situerait hors contrat judiciaire qui se serait uniquement formé sur la question de savoir *si B avait commis une faute en traitant des lettres de change sur lesquelles aurait figuré la mention « pas de protêt », respectivement des traces grossières de tipp-ex.*

B conclut subsidiairement à voir déclarer l'appel non fondé. Elle réclame une indemnité de procédure de 5.000 € au titre des frais par elle exposés en instance d'appel.

DISCUSSION

Comme exposé ci-avant, B s'oppose à voir, en instance d'appel, par voie de conclusions subséquentes à l'acte d'appel, étendre la base de l'action de la société A s.à r.l. au-delà des limites qu'elle a données à son action dans son acte introductif d'instance et dans son acte d'appel et à voir ainsi élargir le champ des débats au-delà du contrat judiciaire intervenu dans le cadre de ces deux actes.

B conclut dès lors à l'irrecevabilité de la demande de la société A s.à r.l. pour autant qu'elle est basée sur toutes les considérations plus amplement reprises dans les conclusions de la société A s.à r.l. notifiées suite à l'acte d'appel.

Conformément à l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile, *il ne sera formé, en cause d'appel, aucune demande nouvelle, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense de l'action principale.*

L'acte d'instance délimite l'étendue du litige en déterminant ses trois éléments, à savoir : parties, objet et cause.

Toute demande qui diffère de la demande introductive d'instance par un de ses trois éléments est nouvelle.

Il n'y a pas lieu de tenir compte, en la matière, du droit français qui, depuis la réforme de 1935 (décret-loi du 30 octobre 1935), admet que les demandes nouvelles par leur cause sont recevables en appel.

Le régime luxembourgeois s'inspire de la législation française antérieure à 1935.

En invoquant dans les conclusions d'appel des faits qui diffèrent radicalement de ceux exposés dans l'assignation introductive d'instance et dans l'acte d'appel, la société A a formulé une demande nouvelle de par sa cause.

En se prévalant, dans les conclusions d'appel, à l'appui de ses prétentions de faits autres que ceux gisant à la base de sa demande initiale, A s.à r.l. a altéré la cause même de l'action qu'elle avait engagée.

Ces conclusions doivent être rejetées par application de l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile, la demanderesse originaire A s.à. r.l. ne saurait, en instance d'appel, substituer à l'action par elle engagée une demande qui diffère par sa cause.

Cette solution se justifie dans la mesure où la juridiction d'appel a à juger un litige déjà éclairci par les premiers juges. Les demandes nouvelles, recevables en appel, ne devront pas être telles qu'elles transforment la physionomie du débat.

Tant dans son acte introductif d'instance que dans son acte d'appel, la société A s.à r.l. soutient que les lettres de change présentées à B auraient été altérées dans la mesure où on aurait *enlevé grossièrement au tip-ex la mention « non protestable »* et que B aurait *en dépit de l'altération grossière des lettres de change* fait dresser protêt.

D'emblée, la Cour se doit de constater que la société A s.à r.l. n'a d'aucune manière rapporté la réalité des faits invoqués à la base de sa demande, plus amplement spécifiés dans l'acte introductif d'instance.

Les traites litigieuses n° 605 à 609 versées en copie au dossier ne laissent entrevoir ni rature ni « *masquage au tipp-ex* ».

En analysant les lettres de change n° 620, 628, 630, 631, 636 et 638 (« *revised bills* », destinées à remplacer les lettres de change n° 605 à 609, protestées antérieurement), versées au dossier également en copie, contenant la clause de dispense de protêt, on s'aperçoit que le tampon « *PAS DE PROTÊT* » se trouve apposé visiblement, soit en haut à droite de la traite (n°

620), soit à l'extrême gauche de la traite sous l'indication du numéro de compte de la société A s.à r.l. auprès de B (n° 628, 630, 631, 636, 638).

Si on avait procédé par le biais d'un « *masquage au tipp-ex* » d'une partie d'une phrase indiquée sur les traites litigieuses, on aurait aperçu sur la copie de ces traites un espace blanc qui en serait résulté. « *Masquer au tipp-ex* » un tampon qui aurait été apposé sur les originaux des lettres de change litigieuses ne laisse cependant aucune trace sur les copies de ces mêmes lettres de change.

L'altération des lettres de change – qui aurait dû attirer l'attention des préposés de B – laisse donc d'être établie.

La société A s.à r.l. n'ayant ainsi pas prouvé la matérialité des faits exposés dans son acte introductif d'instance et gisant à la base de sa demande en obtention de dommages et intérêts de la part de B, il y a lieu de débouter la partie demanderesse originaire et actuelle partie appelante de sa demande.

Par voie de conséquence, l'appel incident relevé par B est devenu sans objet.

Vu l'issue du litige, il y a lieu de faire droit à la demande de B tendant à l'obtention d'une indemnité de procédure. La Cour dispose des éléments d'appréciation nécessaires pour fixer l'indemnité de procédure devant revenir à B pour l'instance d'appel au montant de 3.000 €.

La société A s.à r.l. n'ayant pas obtenu gain de cause, ne saurait prétendre à l'octroi d'une indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit les appel principal et incident ;

dit l'appel principal non fondé ;

dit l'appel incident sans objet ;

confirme le jugement entrepris ;

déboute la société A s.à r.l. de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure ;

condamne la société A s.à r.l. à payer à la société B S.A. une indemnité de procédure de 3.000 € pour l'instance d'appel ;

condamne la société A s.à r.l. aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Franz SCHILTZ qui la demande, affirmant avoir fait l'avance des frais et dépens.