

Arrêt civil

Audience publique du 9 juillet deux mille quatorze

Numéro 38839 du rôle.

Composition:

Marie-Anne STEFFEN, président de chambre;
Pierre CALMES, premier conseiller;
Marie MACKEL, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

R),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER, en remplacement de l'huissier de justice Martine LISE de Luxembourg en date du 16 mai 2012,

comparant par Maître Romain ADAM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

la société de droit nippon H),

intimée aux fins du susdit exploit MULLER du 16 mai 2012,

comparant par Maître Gérard SCHANK, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

en présence de :

la société à responsabilité limitée F),

intervenant volontairement et à titre accessoire par requête en intervention volontaire notifiée le 27 mai 2013,

comparant par Maître Joao Nuno PEREIRA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par jugement du 12 juillet 2005 le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, a, dans un litige opposant la société de droit nippon H) Ltd à R) et L), dit que R) était forclos pour soulever l'incompétence rationae loci du tribunal saisi, au motif que ce dernier avait conclu sur la recevabilité de l'assignation avant de soulever l'incompétence territoriale de la juridiction saisie et a sursis à statuer pour le surplus en attendant l'instruction au fond par les parties.

Par jugement du 7 février 2012 le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, a condamné R) à payer à la société de droit nippon H) Ltd le montant de 360.000.000.- JPY, à convertir en euros au cours applicable au jour où le compte n° 2116590 a été crédité, cette somme avec les intérêts légaux à compter de ce même jour jusqu'à solde et, pour assurer le recouvrement de cette somme, a déclaré bonne et valable la saisie-arrêt formée entre les mains de la SA Banque X) Luxembourg. En outre le tribunal a déclaré non fondée la demande de la société de droit nippon H) Ltd contre L), a débouté ce dernier de sa demande reconventionnelle pour procédure abusive et vexatoire, ainsi que toutes les parties de leurs demandes basées sur l'article 240 du NCPC.

Cette affaire trouve son origine dans le fait que I), président et un des bénéficiaires économiques de la société de droit nippon H) Ltd, qui prétend avoir eu des doutes sur la loyauté de son homme de confiance N), chargé de la gestion de son patrimoine et doté de pouvoirs de signature au nom de I), a contesté un virement d'un montant de 360.000.000.- JPY effectué par N) le 24 décembre 1999 à titre de paiement d'honoraires de consultance au profit d'un compte dont R) est le titulaire, au motif que I) n'avait jamais chargé quiconque d'une telle mission de consultance. Dans le cadre de ce litige la société de droit nippon H) Ltd conteste énergiquement avoir mandaté, soit directement, soit par l'intermédiaire de N), R) de négocier un prêt de 12

milliards de JPY en sa faveur, comme le soutient pourtant ce dernier. La société de droit nippon H) Ltd affirme encore que si N) devait avoir chargé R) d'une telle négociation, il aurait outrepassé ses pouvoirs et qu'à supposer qu'une telle mission ait néanmoins réellement existé, R) ne serait pas intervenu à titre personnel, mais en tant que mandataire de la SARL F).

Les premiers juges, après s'être déclarés compétents pour connaître de la validation de la saisie-arrêt, le tiers-saisi étant domicilié au Luxembourg, ont retenu que R) avait explicitement admis être le seul titulaire du compte crédité des honoraires litigieux, que N) avait été chargé par I) de gérer la fortune de la famille H) via la société de droit nippon H) Ltd, que N) dans le cadre de cette activité, avait contacté le 18 mai 1997 R), Président de la société F), en tant que conseiller fiscal, que la création d'une fondation européenne établie par un prêt bancaire qui investirait dans les activités d'affaires était envisagée, que N) avait indiqué à R) que la rémunération de son équipe serait de 2.000.000.- €, après l'établissement des structures et la disponibilité d'argent dans les structures finales, que cette rémunération avait été confirmée à N) par I) en sa qualité de Président de la société de droit nippon H) Ltd, que I) avait donné le 31 mai 1999 à N) tous les pouvoirs pour réaliser ces projets, que le 6 octobre 1999 I) avait signé avec la société F) un contrat d'agence avec pour mission le conseil en matière d'investissements financiers, que le 25 octobre 1999 un prêt de 12 milliards de JPY a été consenti par la Banque Y) à la société de droit nippon H) Ltd, qui le même jour, a consenti une ligne de crédit de ce montant à I), dont une partie destinée à l'investissement a été déposée au nom de I) dans les livres de Banque Y), que le 25 octobre 1999 I) avait autorisé la société F) à donner des instructions de placement sur ces fonds lui appartenant auprès de cet établissement, que le 5 novembre 1999 R), au nom de son équipe a réclamé à la société de droit nippon H) Ltd le versement d'une commission de 3% sur l'opération en question, soit 360.000.000.- JPY, que finalement le 24 décembre 1999 N) a donné l'ordre à la succursale de Tokyo de Banque Y) de transférer un montant de 360.000.000.- JPY du compte de la société de droit nippon H) Ltd sur le compte n° 2116590 auprès de la Banque X) Luxembourg avec indication du nom d'un de ses directeurs généraux, en l'occurrence, L).

Après avoir mis hors cause L), les premiers juges ont déduits des faits énoncés ci-avant, qu'il ne pouvait sérieusement être contesté par la société de droit nippon H) Ltd que I) avait confié un mandat général à N) de gérer ses actifs et que dans le cadre de ce mandat général il avait chargé la SARL F) de l'exécution de différents projets intitulés « *I) Victory Plan* » et que la SARL F) avait été chargée par I) de négocier des financements bancaires qui ont abouti à un prêt de 12 milliards de JPY au profit de la société de droit nippon H) Ltd qui à son tour a consenti à I) une ligne de crédit de ce montant et que le contrat d'agence du 6 octobre 1999, liant I) et la SARL F)

confortait ces faits. Les premiers juges ont encore relevé que les juridictions françaises ont retenu que I) avait autorisé le versement de la somme de 360.000.000.- JPY dans le cadre de la négociation du prêt de 12 milliards de JPY. Finalement les premiers juges ont constaté que les parties s'accordaient pour dire que c'était la SARL F) et non pas R) en nom personnel qui était intervenue dans la négociation du prêt accordé par la Banque Y), tel que cela avait d'ailleurs été retenu par les juridictions françaises.

Les premiers juges ont tiré de ce qui précède la conclusion que la dette invoquée n'existait pas à l'égard de R), qu'il s'agit dès lors d'un indu objectif au sens de l'article 1376 du code civil, le paiement étant dépourvu de cause en raison de l'inexistence de la dette et que tant l'erreur que la faute du solvens et encore la fraude de l'accipiens étaient sans incidence.

Les premiers juges ont encore considéré qu'en l'absence de toute trace dans la comptabilité de la SARL F) du montant de 360.000.000.- JPY, il était peu probable qu'une répartition de cette somme entre les différents intervenants a été opérée, comme le fait sous-entendre R).

Les premiers juges ont dès lors ordonné la restitution du montant litigieux sur base de l'article 1376 du code civil et en admettant qu'au vu de son comportement R) n'était pas à considérer comme accipiens de bonne foi, la restitution a été ordonnée avec les intérêts légaux à compter du jour où le compte de R) a été crédité.

Par exploit du 16 mai 2012 R) a interjeté appel contre les jugements du 12 juillet 2005 et du 7 février 2012. L'appelant soutient tout d'abord, sans contester cependant qu'il s'était rapporté à prudence de justice avant de soulever, mais avant toute défense au fond, l'incompétence territoriale du tribunal saisi, que les premiers juges se seraient à tort déclarés compétents, alors que le fait de se rapporter à prudence de justice n'équivaut pas à soulever une exception de procédure et que les premiers juges se seraient à tort basés sur les articles 259 et 260 du NCPC pour justifier cette décision. Dès lors, les premiers juges auraient dû se déclarer incompétent au regard des articles 2 et 5 du règlement CE n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, R) étant domicilié en France et le lieu d'exécution de l'obligation ne pouvant dès lors en aucun cas être le Luxembourg.

Quant au fond l'appelant conteste que seule la SARL F) serait intervenue dans la négociation du prêt accordé par la Banque Y), comme l'ont admis les premiers juges. L'appelant soutient qu'il était le PDG de la

société F) lorsqu'elle était constituée sous la forme d'une SA, qu'il en était l'associé majoritaire et que les autres associés auraient marqué leur accord explicite pour que le virement litigieux soit effectué sur son compte personnel. Cet accord des associés serait partant à qualifier de mandat d'encaissement, sinon de cession de créance, sinon novation par changement de créancier. L'appelant reproche aux premiers juges de ne pas avoir admis son raisonnement suivant lequel les modalités de règlement internes entre la société F) et lui-même ne pouvaient pas être remises en cause par l'intimée.

Par requête du 27 mai 2013 la SARL F) est intervenue volontairement et pour la première fois dans l'instance d'appel, pour, à titre principal, soulever l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises, et, à titre subsidiaire, voir constater que les prestations relatives à la négociation et à la mise en place du prêt en cause ont été accomplies par R) à titre personnel et non par la SARL F), et, en conséquence voir débouter la société de droit nippon H) Ltd de sa demande, sinon, plus subsidiairement, si la Cour devait admettre que le prestataire était la SARL F), voir qualifier la situation d'indu subjectif et voir dire que le paiement en cause n'est pas intervenu par erreur entre les mains de R), sinon, encore plus subsidiairement, si la Cour devait admettre que le prestataire était la SARL F), constater la novation ou la cession de créance intervenue en cause, et, en conséquence débouter l'intimée, sinon, en dernier ordre de subsidiarité, si la Cour devait admettre que le prestataire était la SARL F), constater l'existence d'un mandat d'encaissement entre la SARL F) et R), et, partant, débouter l'intimée, sinon, en tout état de cause, prendre acte de l'engagement de R) de payer entre les mains de la SARL F), qui accepte la rémunération qu'il a reçue.

L'intimée, la société de droit nippon H) Ltd, demande la confirmation du jugement entrepris pour autant que le moyen d'incompétence territoriale a été rejeté.

L'intimée interjette appel incident pour autant que les premiers juges n'ont pas fait droit à sa demande tendant au rejet d'un certain nombre de pièces dont R) ne serait pas le détenteur légitime et il demande que la pièce n° 46 produite dans l'affaire Abington et la pièce n° 59 produite dans l'affaire H) soient communiquées en original, alors qu'elles arboreraient un sceau falsifié et que la signature de I) n'y figure pas. La pièce n° 59 qui porte la date du 11 novembre 1999 et qui n'est pas signée par I) tend à rapporter la preuve que ce dernier était d'accord avec une rémunération au profit de R) et de son équipe.

Pour le surplus l'intimée demande la confirmation du jugement quant au fond en pointant les contradictions de l'appelant, en contestant en premier lieu que la SARL F) et R) ont été directement ou par personne interposée chargés de négocier un prêt auprès du Banque Y) et qu'un accord a été donné pour une rémunération de 360.000.000.- JPY au profit de la SARL F) sinon de R), qu'en tout état de cause, seule la SARL F) et non pas R) à titre personnel, pourrait prétendre à une rémunération et en faisant valoir qu'à supposer qu'il ne soit pas établi à suffisance que la SARL F) a été rémunérée à hauteur du plafond fixé par I) à 2.000.000.- \$ pour la totalité du projet (page 17 et 21 des conclusions récapitulatives de Me Schank), le montant litigieux n'était, en tout état de cause, pas dû à R) à titre personnel conformément aux pièces versées par ce dernier et à ses conclusions prises en première instance qui seraient constitutives d'un aveu judiciaire du fait que la SARL F) a été chargée de conseiller, de structurer et de finaliser le prêt de 12 milliards de JPY. Finalement l'intimée conteste énergiquement que la mission de négocier un prêt en sa faveur aurait été scindée en deux parties, dont l'une aurait été confiée à la SARL F) et l'autre à R), au motif que cette version des faits serait contraire à la version des faits soutenue en première instance par l'appelant et suivant laquelle, la SARL F) aurait été chargée seule de cette mission. En tout état de cause l'intimée conteste le bien-fondé du montant de la rémunération payée et elle demande que l'appelant soit condamné à verser ses déclarations fiscales afin de retracer la destination finale de la somme de 360.000.000.- JPY.

L'intimée soulève par ailleurs l'irrecevabilité de l'intervention volontaire. A supposer qu'elle soit recevable, l'intimée demande à la voir déclarer mal fondée.

L'appelant renvoie dans ses conclusions récapitulatives de 45 pages, prises à la demande de la Cour, à ses conclusions antérieurement prises en cause. Cependant, conformément à l'article 586 alinéa 2 du NCPC, les moyens qui ne sont pas récapitulés sont regardés comme abandonnés, à défaut de quoi, d'ailleurs, la disposition en question serait dépourvue de sens.

Dans ces conclusions récapitulatives l'appelant affirme que l'objet du présent litige est la rémunération qu'a touchée l'appelant pour la négociation d'un prêt de 12 milliards de JPY en faveur de l'intimée. L'appelant fait état de décisions de justice intervenues en France notamment entre I) et la société F) concernant la demande en paiement de la rémunération due à cette dernière conformément au contrat d'agence signé entre ces parties le 6 octobre 1999 et de plaintes pénales notamment pour gestion illicite de portefeuille déposée par I), plaintes ayant fait l'objet de décisions de non-lieu. L'appelant se réfère plus particulièrement à un arrêt

du 10 juin 2009 de la Cour d'appel de Paris pour affirmer que la rémunération due à F) ne se limitait pas au montant de 2.000.000.- \$ qui font l'objet du présent litige dans le cadre de la négociation du prêt de 12 milliards de JPY.

L'appelant fait encore état de décisions intervenues au Japon entre I) et N) et K), ayant notamment abouti à la condamnation de chacune de ces parties et de procédures introduites aux Pays-Bas par N) contre les administrateurs de la fondation, à savoir N), R) et Tsuzumi Kotake.

Quant au fond du litige l'appelant fait valoir qu'il était le principal intervenant et le seul intervenant de la société F) dans la négociation et la mise en place du prêt de 12 milliards de JPY au profit de la société de droit nippon H) Ltd, pour affirmer que la SARL F) n'était pas la seule et unique intervenante et que dès lors il y aurait eu une répartition des tâches et de la rémunération entre F) et R). L'appelant renvoie par ailleurs au courrier versé en tant que pièce n° 59 de son classeur de pièces n° II, dont l'intimée demande la communication en original et dont le sceau est contesté et dont l'intimée soulève l'absence de signature par I).

Actuellement l'appelant affirme que ses associés avaient donné leur accord pour que l'appelant exécute certaines prestations en son nom propre. Ce n'est pas exactement ce qu'il a soutenu dans l'acte d'appel dans la mesure où il y a expliqué que ses associés avaient expressément donné leur accord pour que la rémunération due au titre de négociation et de la mise en place du prêt soit versée directement à l'appelant sur un compte de son choix, et ce afin de lui permettre de rémunérer les autres intervenants extérieurs dans la négociation et la mise en place du prêt ainsi que lui-même.

Dans ses conclusions récapitulatives l'appelant demande à la Cour de dire par réformation du jugement entrepris que le montant de 360.000.000.- JPY valait règlement de la rémunération due au titre de la négociation et de la mise en place du prêt auprès de la CAI, effectuée par l'appelant à titre personnel sinon « à tout le moins par la société F) » (cf conclusions récapitulatives, Me Adam, page 23), cette prestation étant distincte de celles réalisées par la société F) en vertu du contrat d'agence signé entre cette dernière et I), et que dès lors le paiement intervenu ne serait pas à considérer comme indu. L'appelant en déduit qu'en tout état de cause l'indu invoqué par l'intimée ne pourrait être qualifié que d'indu subjectif, impliquant une erreur du solvens. Or l'indu subjectif ne pourrait être admis que si le solvens a payé la dette d'autrui sans être débiteur. En l'occurrence s'agissant d'un paiement opéré en connaissance de cause, le paiement qui n'a pas procédé d'une erreur du solvens ne pourrait pas donner lieu à répétition. L'appelant considère que l'intimée n'a pas été induite en erreur,

alors que le paiement aurait été autorisé par I) lui-même tel que cela résulterait de la pièce litigieuse du 11 novembre 1999.

A titre subsidiaire, l'appelant fait valoir, qu'à supposer que la Cour admette que les prestations ont été effectuées par la société F), il y aurait lieu de considérer que de l'accord de F) il y a eu novation par changement de créancier, sinon cession de créance, sinon, à titre plus subsidiaire, que l'appelant a été mandaté pour encaisser le paiement pour le compte de la société F).

En tout état de cause l'appelant fait valoir que la société F) n'a pas été en mesure d'obtenir le prêt sollicité par I), mais que l'appelant, à titre personnel, a réussi à obtenir le prêt de 12 milliards de JPY auprès de la Banque Y), sans cependant expliquer qui est intervenu pour la société F), si ce n'est pas l'appelant lui-même, lorsque les démarches de la société F) n'ont pas abouti à l'obtention du prêt sollicité.

Finalement l'appelant fait plaider qu'au vu de l'article 1239 du code civil, le paiement fait à un tiers est libératoire si le créancier en a profité.

Avant d'analyser la compétence rationae loci des juridictions luxembourgeoises, il y a lieu de statuer sur la recevabilité de l'intervention volontaire, la SARL F) ayant également conclu à l'incompétence des juridictions saisies.

Quant à la recevabilité de l'intervention volontaire :

La SARL F) considère qu'elle a un intérêt à intervenir dans cette affaire au motif que les premiers juges ont notamment retenu que « ... *les parties s'accordent pour dire que c'est la société F) qui est intervenue dans la négociation du prêt concerné auprès du Banque Y) et non pas R) en son nom personnel* » que cette motivation peut, toutefois, engendrer des conséquences négatives pour la société F) s.à.r.l non seulement parce qu'elle laisse sous-entendre qu'elle n'aurait pas recouvré une créance qui lui était pourtant due – avec toutes les implications que cette situation pourrait notamment en termes de déclaration fiscale et de paiement de droits y afférents – mais aussi parce qu'elle insinue l'idée d'une gestion qui ne serait pas irréprochable et ce, alors que tout grief à cet égard porterait une atteinte insupportable à l'image de la société F) s.à.r.l dont l'objet social est précisément le conseil pour les affaires et autres conseils de gestion. Ainsi en cas de confirmation du jugement entrepris la SARL F) serait consacrée en qualité de créancier d'une obligation prescrite.

La SARL F) a basé son intervention sur l'article 483 du NCPC.

Si l'article 483 du NCPC énonce les conditions de forme que doit remplir l'intervention volontaire, c'est l'article 594 du NCPC qui en énonce la condition de fond qui doit être remplie si elle est formée pour la première fois en instance d'appel. En instance d'appel l'intervention n'est recevable que de la part de ceux qui auraient droit à former tierce opposition.

L'intervention active, par laquelle le tiers intervient pour prendre fait et cause pour le défendeur principal ou pour faire valoir ses propres droits en demandant à voir prononcer une condamnation à son profit, n'est pas possible pour la première fois en instance d'appel, puisqu'elle priverait l'adversaire d'un degré de juridiction (cf. Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, par Thierry Hoscheit, n° 1030). Pour autant que la SARL F), dans sa requête en intervention volontaire du 27 mai 2013, prend manifestement fait et cause pour le défendeur, à savoir R), cette intervention est irrecevable pour la première fois en instance d'appel.

L'intervention passive, par laquelle le tiers intervient pour suivre simplement l'instance et se faire déclarer le jugement commun pour préserver ses propres intérêts, en se joignant à la partie à laquelle ses intérêts sont liés, peut se faire en instance d'appel à condition que l'intervenant aurait pu faire tierce opposition contre le jugement attaqué (op. cit.). Il résulte clairement du dispositif de la requête en intervention, telle que relaté ci-avant, que l'attitude de la SARL F) est loin d'être purement passive.

Mais même à supposer qu'on puisse admettre que l'intervention de la SARL F) ait un caractère purement conservatoire, il faut se rendre à l'évidence qu'elle ne remplit pas les conditions pour faire tierce opposition conformément aux articles 612 et s. du NCPC.

L'opposant doit avoir un intérêt pour agir. Ainsi le tiers n'est recevable à former celle-ci que si la décision préjudicie à ses droits ou plus largement porte atteinte à ses droits. Tel peut être le cas si la décision tend à obliger le tiers à poser un acte qu'il ne veut pas ou ne peut pas accomplir ou à l'empêcher de faire quelque chose, ou si elle met en cause la régularité d'un acte accompli antérieurement ou reconnaît à une des parties au procès un droit incompatible avec celui auquel prétend le tiers (op. cit. page 598).

Les juges du fond ont un pouvoir souverain pour apprécier si l'intérêt invoqué par l'intervenant est légitime et suffisant. Une intervention doit être déclarée irrecevable lorsqu'elle est simplement surabondante (cf. Encyclopédie Dalloz, procédure civile et commerciale, verbo intervention, n° 22).

La SARL F) est cependant restée en défaut d'établir en quoi la décision à intervenir, en réformant ou en confirmant pourrait être considérée comme portant préjudice ou atteinte à ses droits. Que R) soit condamné ou non, n'influera en rien sur les droits de la SARL F). Il a été jugé qu'un simple préjudice moral n'est pas suffisant pour autoriser la voie de la tierce opposition (op. cit. verbo tierce opposition, n° 91). En outre, la SARL F) n'a pas autrement expliqué dans quelle mesure la condamnation de R), pour avoir reçu un paiement qui ne lui était pas dû, pourrait porter atteinte de façon insupportable à son image.

Il faut en déduire que l'intervention de la SARL F) est à déclarer irrecevable.

Quant au moyen d'incompétence soulevé par l'appelant R) :

L'appelant ne conteste pas s'être rapporté à prudence quant à la recevabilité de l'acte introductif d'instance avant d'avoir soulevé, dans les mêmes conclusions l'incompétence territoriale, mais il soutient que le moyen d'incompétence aurait été soulevé in limine litis, alors que le fait de se rapporter à prudence quant à la recevabilité de l'acte introductif ne serait pas à considérer comme une exception de procédure.

Conformément à l'article 260 du NCPC et de l'application qui en est faite par la jurisprudence, l'exception d'incompétence pour cause d'extranéité doit être soulevée in limine litis, soit avant toute autre exception et défense, les règles de compétence territoriale n'étant pas d'ordre public (cf. Encyclopédie Dalloz, procédure civile et commerciale, verbo incompétence, n° 8 et n° 15). Il est de principe que le fait de se rapporter à prudence de justice, équivaut à une contestation. C'est dès lors à juste titre que les premiers juges ont considéré que le moyen d'incompétence rationae loci n'avait pas été soulevé in limine litis par R).

Il y a partant lieu de confirmer le jugement du 12 juillet 2005.

Quant au fond :

-quant à l'appel incident de la société de droit nippon H) Ltd:

L'intimée demande le rejet d'un certain nombre de pièces versées par l'appelant au motif qu'il s'agirait de pièces confidentielles que l'appelant détiendrait irrégulièrement. En l'absence de toute preuve du caractère confidentiel de ces pièces et en l'absence de toute preuve que l'appelant les détient irrégulièrement, cette demande est à déclarer non fondée.

L'intimée demande encore que l'appelant soit condamné à verser l'original de la pièce n° 59 datée du 11 novembre 1999, non signé et dont l'intimée conteste l'authenticité du sceau y apposé. Comme rien ne permet d'admettre que l'appelant est en possession de l'original de cette pièce et comme cet dernier conteste détenir l'original, la Cour ne peut pas en ordonner la production par l'appelant.

L'appel incident est partant à déclarer non fondé.

-quant à l'appel principal :

Il convient de constater que dans son acte d'appel l'appelant ne conteste pas que c'est la société F) qui a été chargée de négocier le prêt de 12 milliards de JPY au profit de la société de droit nippon H) Ltd dont l'appelant était le PDG à l'époque où elle était constituée sous la forme d'une SA, mais l'appelant fait plaider qu'au sein de la société F) il était le seul intervenant dans cette affaire, tout en affirmant un peu plus tard qu'il était chargé de distribuer les honoraires à « son équipe ». La contestation principale de l'appelant dans son acte d'appel consiste à soutenir qu'il était en droit, de l'accord des autres associés, de se faire virer sur son compte personnel des honoraires pourtant réduits à la société, dont il était le PDG, même si en première instance il a soutenu que la SARL F) a non seulement exécuté les prestations mais a également été rémunérée, puisqu'elle ne réclame aucun paiement. Dans ses conclusions récapitulatives l'appelant demande à la Cour de dire par réformation du jugement entrepris que le montant de 360.000.000.- JPY valait règlement de la rémunération due au titre de la négociation et de la mise en place du prêt auprès de la CAI, effectuée par l'appelant à titre personnel sinon « à tout le moins par la société F) » (cf. conclusions récapitulatives, Me Adam, page 23), cette prestation étant distincte de celles réalisées par la société F) en vertu du contrat d'agence signé entre cette dernière et I), et que dès lors le paiement intervenu ne serait pas à considérer comme indu.

La version de l'appelant est basée notamment sur sa pièce n° 59 (classeur II), dont l'intimée conteste l'authenticité. L'appelant veut en déduire que I) était d'accord avec le paiement de la rémunération au profit de R).

L'appelant considère qu'étant donné qu'en première instance l'intimée a demandé le rejet de cette pièce au motif qu'il s'agissait d'un document interne à la société, elle a fait l'aveu que la pièce n'a pas été falsifiée comme elle le soutient à l'heure actuelle.

La Cour considère cependant que la pièce en question, en l'occurrence un fax envoyé prétendument le 11 novembre 1999 par I) en tant qu'administrateur délégué de H) à N) et censée rapporter la preuve de l'accord de I) pour le paiement de la rémunération à hauteur de 3% à R) et aux membres de son groupe, est censée être un document interne à la société, mais peut néanmoins avoir fait l'objet d'une falsification notamment de la part de N), comme l'affirme l'intimée (page 25 des conclusions récapitulatives de Me Schank). Il n'y a dès lors aucune contradiction évidente dans l'attitude de l'intimée et il n'est pas permis d'en tirer un quelconque aveu que la pièce n'a pas été falsifiée.

Comme il résulte de la pièce n° 68 de l'intimée qu'au Japon le sceau remplace la signature, l'absence de signature sur ledit document ne prouve strictement rien.

L'article 1323 du code civil dispose que celui auquel on oppose son acte sous-seing privé est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature. L'article 1324 du code civil dispose que le cas où une partie désavoue son écriture ou sa signature, la vérification en est ordonnée en justice. Etant donné cependant que cette pièce n'a pas été versée en original et que sa vérification est dès lors illusoire, la Cour, au vu des contestations formulées par l'intimée, en tirera les conséquences qui s'imposent en n'y attachant aucune valeur probante, même si la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 10 juin 2009 concernant un litige ayant opposé la société F) à I) pour une autre rémunération pour d'autres prestations, a pu admettre que l'autorisation de I) pour le versement de la somme de 360.000.000.- JPY dans le cadre de la négociation du prêt de 12 milliards de JPY n'était pas contestée.

La société de droit nippon H) Ltd a basé sa demande sur la répétition de l'indu, principalement sur l'indu objectif prévu à l'article 1376 du code civil et subsidiairement sur l'indu subjectif de l'article 1377 du code civil.

Pour autant que la demande est basée sur l'article 1376 du code civil, il appartient à la société de droit nippon H) Ltd de rapporter la preuve de l'existence d'un paiement indu, c.à.d. d'un paiement sans cause (cf. Cour 26 juin 2013, Pas 36, page 362).

Comme l'ont retenu à juste titre les premiers juges, il ne peut pas être contesté par l'intimée, qu'au vu de la « requête » du 25 mars 1997 N) a été chargé par I) et sa mère de la création d'une fondation et qu'il a été chargé de les conseiller dans la préservation de leurs intérêts familiaux, dans le maintien et la gestion de la marque H) pour protéger l'honneur de la famille et en matière fiscale concernant notamment les droits de succession et qu'au vu de la lettre de délégation du 24 août 1998 N) s'est vu confier par I) pour la société H), l'ensemble des affaires concernant les droits de successions, à savoir achat complémentaire d'actions, levée de fonds et versement de fonds.

Il résulte de la pièce n° 2 de l'appelant que le 18 mai 1997 N) a chargé la société F) d'aider I) dans un certain nombre de projets ayant notamment pour objet la diminution des droits de succession que doit payer I) au décès de sa mère et de conseiller la famille H) sur de nombreux points.

Il ne peut pas davantage être contesté par l'intimée au vu des pièces du dossier qu'elle a bénéficié d'un prêt de 12 milliards de JPY.

Il est constant en cause que le 24 décembre 1999 le compte détenu par R) auprès de la Banque X) à Luxembourg a été crédité du montant de 360.000.000.- JPY.

L'intimée est restée en défaut d'établir que la société F) avait déjà été rémunérée au préalable pour la négociation et la mise en place de ce prêt. Il résulte en effet des décisions françaises que si d'autres montants ont été payés à titre de rémunération à la société F), il existait entre la société F) et I) d'autres litiges concernant la rémunération d'autres prestations effectuées par la société F).

Il est un fait que la SARL F) ne réclame pas et n'a pas réclamé, de rémunération en relation avec la négociation du prêt litigieux de 12 milliards de JPY.

L'intimée fait plaider que le paiement est indu dans le chef de l'appelant et que si une rémunération devait être due, elle serait due à la SARL F) et elle se base plus particulièrement sur l'aveu judiciaire fait dans ses conclusions de première instance par R) suivant lesquelles les prestations litigieuses qui ont été rémunérées par le versement sur son compte personnel du montant de 360.000.000.- JPY, ont été effectuées par la SARL F) et non pas par l'appelant en nom personnel.

Pour autant que la demande est basée sur l'article 1376 du code civil la demande de la société de droit nippon H) Ltd ne peut être justifiée en l'occurrence que s'il y a lieu d'admettre que l'appelant a fait l'aveu

judiciaire que les prestations en relation avec la rémunération litigieuse ont été faites par la SARL F) et non pas par R) en nom personnel, alors que les autres éléments du dossier relatés ci-avant ne militent pas nécessairement en faveur d'un paiement indu.

Conformément à l'article 1356 du code civil, l'aveu judiciaire est la déclaration faite en justice par la partie ou son fondé de pouvoir spécial.

Il ne peut être révoqué à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait.

Notamment dans ses conclusions du 2 avril 2003 devant les premiers juges R) a affirmé que la société F) a été chargée de conseiller, structurer et finaliser un prêt de 12 milliards de JPY pour le compte de M. H) et dans ses conclusions du 14 avril 2008 devant les premiers juges page 26 que *« Monsieur Rubinowicz n'a jamais personnellement bénéficié des sommes réglées puisqu'il agissait en ses qualités de Président Directeur Général, respectivement d'actionnaire de F) et non à titre personnel, ce que la partie concluante a toujours clairement affirmé, puisqu'elle s'évertue à répéter que les montants virés sur le compte auprès de la Banque X) sont la contrepartie des prestations accomplies par F) et son équipe. »*

On ne saurait être plus clair. R) a réitéré cette affirmation à plusieurs reprises dans ses conclusions de première instance. Les passages de ses conclusions de première instance citées par l'appelant dans ses conclusions récapitulatives pages 18 et 19, ne contredisent pas cette affirmation, puisqu'il n'y est absolument pas mentionné que R) serait intervenu à titre personnel. Lorsque l'appelant fait état des prestations accomplies par les équipes dirigées par R), ou des missions confiées à R), ou des travaux accomplis par la société F), respectivement M. Rubinowicz, il ne mentionne jamais que R) est intervenu en nom personnel. Si R) est le seul à être intervenu, c'est parce que, comme le dit l'appelant dans ses conclusions récapitulatives à la page 20, *« par rapport à la société F), il (R)) était le seul intervenant, la société ne comptant pas de salariés et les autres associés étant des associés passifs ... »*.

Il faut dès lors admettre qu'en première instance R) a fait l'aveu judiciaire qu'il agissait en ses qualités de Président Directeur Général, respectivement d'actionnaire de F) et non à titre personnel et que les montants virés sur le compte auprès de la Banque X) sont la contrepartie des prestations accomplies par F).

L'aveu judiciaire s'impose au juge quelle que soit son intime conviction. La loi ne lui laisse pas la faculté de contester le fait avoué (cf. Jurisclasseur civil, Art. 1354 à 1356, fasc 20, n° 6).

Il y a partant lieu de faire abstraction des développements de l'appelant suivant lesquels il aurait accompli en nom personnel les prestations qui sont censées être la contrepartie de la rémunération litigieuse versée sur son compte personnel.

L'appelant, pour le cas où la Cour viendrait à la conclusion que la rémunération litigieuse était due à la société F), fait valoir que ses associés avaient accepté qu'il encaisse personnellement la rémunération pourtant due à la société F), sinon, qu'il y aurait eu novation par changement de créancier, sinon cession de créance, sinon mandat tacite d'encaissement de la société F). Pour le cas où la Cour admettrait cette dernière hypothèse, R) s'engage à transférer le montant litigieux à la société F).

Au moment du virement litigieux la société F) était constituée sous forme de société anonyme. En tant que telle elle était gérée par un conseil d'administration composé de trois membres au moins. C'est le conseil d'administration qui fixe la rémunération des administrateurs et de son président (article 19 des statuts). Le conseil d'administration peut le cas échéant décider de la distribution des bénéfices entre les actionnaires (article 31). La rémunération étant due à la société F), on ne voit pas comment les « associés » de l'appelant auraient pu valablement donner un quelconque accord pour un détournement des fonds sociaux sur un compte personnel de R). Il y a lieu de renvoyer à ce sujet au jugement entrepris, qui à la page 17 retient qu'il n'est pas contesté que le montant de 360.000.000.-JPY ne fait pas son apparition dans la comptabilité de la société F), ce qui exclut par ailleurs que la société F) aurait donné un mandat « tacite » à R) d'encaisser le montant litigieux pour compte de la société. Du reste, aucun autre élément du dossier ne permet d'admettre un mandat d'encaissement conféré par la société F) à R).

Il y a novation lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien, qui est déchargé par le créancier, ou bien, lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé. La novation par changement de créancier, visée par l'appelant, exige un accord tripartite, c.à.d. un accord entre le débiteur et le nouveau créancier, avec le consentement donné par l'ancien à la libération du débiteur à son égard (cf. Encyclopédie Dalloz, Civil, verbo novation, n° 26). Abstraction faite de ce qu'au vu des développements précédents, aucune force probante ne peut être attachée au document daté du 11 novembre 1999 dont l'authenticité est contestée par l'intimée, un tel accord tripartite ne résulte pas du dossier soumis à la Cour, de sorte que la preuve d'une novation n'est pas rapportée.

L'article 1689 du code civil dispose qu'il appartient au cessionnaire de rapporter la preuve du consentement du cédant conformément aux règles de preuve prévues en matière civile et commerciale. Un tel accord entre cédant et cessionnaire laisse d'être établi, de sorte qu'il n'est pas permis d'admettre qu'il y ait eu cession de créance entre la société F) et R).

Finalement, l'article 1239 du code civil, dispose que le paiement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir de recevoir pour le créancier est valable, si celui-ci l'a ratifié ou s'il en a profité. Cette disposition permet de vérifier si un débiteur s'est valablement acquitté de sa dette. En l'occurrence il ne s'agit pas de vérifier si l'intimée s'est valablement acquittée de sa dette, mais si le paiement qu'elle a fait est un paiement indu. Par ailleurs, et en tout état de cause, il n'est pas établi que la société F) aurait profité du paiement.

Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de confirmer les premiers juges pour autant qu'ils ont admis qu'il y a eu paiement indu du montant de 360.000.000.- JPY sur le compte personnel de R).

Conformément à l'article 1378, l'accipiens de mauvaise foi est tenu de restituer tant le capital que les intérêts ou les fruits, du jour du paiement. Etant donné que les montants litigieux ont été virés sur le compte personnel de R), nécessairement à la demande de celui-ci, alors qu'il savait pertinemment, comme cela résulte indubitablement de son aveu judiciaire, que les fonds étaient dus à la société F), sa mauvaise foi ne peut pas faire de doute, et il y a encore lieu de confirmer le jugement entrepris sur ce point.

Il n'y a cependant pas lieu de faire droit à la demande de l'intimée tendant à la production des déclarations fiscales de l'appelant pour les années 1999 et 2000, étant donné que dans le cadre de la demande en répétition de l'indu cette mesure n'est pas pertinente.

L'intimée sollicite la capitalisation des intérêts, à compter du 12 avril 2010. Etant donné que cette demande a été formulée en première instance, elle ne constitue pas une demande nouvelle. Etant donné cependant que les premiers juges n'ont pas fait droit à cette demande, et que l'intimée n'a pas interjeté appel sur ce point, la Cour n'est pas saisie de cette question.

Chacune des parties a réclamé une indemnité de procédure en instance d'appel. L'indemnité de procédure relève du pouvoir discrétionnaire du juge. En l'occurrence la Cour considère que ces demandes ne sont pas fondées.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le magistrat chargé de la mise en état entendu en son rapport oral,

déclare l'intervention volontaire de la SARL F) irrecevable ;

reçoit l'appel principal de R) et l'appel incident de la société de droit nippon H) Ltd ;

les dit non fondés ;

partant, confirme les jugements entrepris ;

dit non fondées les demandes basées sur l'article 240 du NCPC ;

condamne R) à tous les frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Gérard Schank qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.