

Audience publique du douze décembre deux mille dix-huit

Numéro 44901 du rôle.

Composition:

Karin GUILLAUME, premier conseiller, président;
Henri BECKER, conseiller;
Yola SCHMIT, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

H),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Luc KONSBRUCK, en remplacement de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg en date du 23 février 2017,

comparant par Maître Isabelle GIRAULT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

1. la société anonyme X) & CIE (EUROPE), anciennement BANQUE X) Luxembourg S.A.,

intimée aux fins du susdit exploit KONSBRUCK du 23 février 2017,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, établie et ayant son siège social à L-2082 Luxembourg, 41A, avenue J.F. Kennedy, représentée aux fins des présentes par Maître Philippe DUPONT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

2. la société anonyme BANQUE X) & CIE, établie et ayant son siège social à CH-,

intimée aux fins du susdit exploit KONSBRUCK du 23 février 2017,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, établie et ayant son siège social à L-2082 Luxembourg, 41A, avenue J.F. Kennedy, représentée aux fins des présentes par Maître Glenn MEYER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 2 novembre 2011 la fondation de droit du Liechtenstein Y)FOUNDATION (ci-après Y)FOUNDATION) a fait comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, la société anonyme X) & CIE (EUROPE) S.A., anciennement BANQUE X) Luxembourg (ci-après X) Luxembourg) et la société en commandite simple de droit suisse X) & CIE (ci-après X) Genève) pour voir engager leur responsabilité contractuelle sinon délictuelle et les entendre condamner solidairement sinon in solidum, sinon chacune pour sa part aux frais et dépens de l'instance ainsi qu'à une indemnité de procédure de 15.000 euros.

La demande tendait à l'indemnisation du préjudice que Y) FOUNDATION soutenait avoir subi du fait de la réalisation d'un nantissement qu'elle avait consenti le 25 novembre 1996 sur son compte n° 547585 au profit de X) Genève en contrepartie de l'émission par celle-ci d'une garantie à première demande au profit de X) Luxembourg pour sûreté d'un prêt de 40.000.000 LUF accordé le 26 novembre 1996 par cette dernière à la société R).

Aux fins de garantir l'actuelle demanderesse, N), actionnaire de la société R), avait signé le 21 novembre 1996 un acte de cautionnement solidaire au profit de Y) FOUNDATION et la société M) INT. INC. avait signé une déclaration de cession de droits hypothécaires le même jour.

Le contrat de prêt entre X) Luxembourg et la société R) est venu à échéance le 30 novembre 1999, sans avoir été remboursé.

A cette date, X) Luxembourg aurait accordé un nouveau prêt pour une période supplémentaire d'un an à la société R), portant désormais sur la somme de 991.575 euros, sans que X) Genève n'ait informé Y)

FOUNDATION de la mise en place de ce nouveau prêt. Le 28 décembre 1999 X) Genève a émis une nouvelle garantie irrévocable.

A l'échéance dudit prêt, X) Luxembourg a demandé le remboursement à la société R) suivant courrier du 31 octobre 2000 resté sans suites.

X) Luxembourg a alors fait appel à la garantie signée par X) Genève, laquelle a actionné le nantissement de Y) FOUNDATION le 30 novembre 2000 pour un montant de 1.020.140 euros.

Y) FOUNDATION soutenait s'être ainsi trouvée débitée de la somme de 1.020.140 euros sans contrepartie, étant donné que son action lancée contre ses propres garants a été déclarée non fondée.

Elle expliquait que le montage initialement convenu était destiné à faire peser le risque du crédit sur le bénéficiaire économique de la société R), un dénommé N), mais que par la conclusion du nouveau prêt en 1999, faite à l'insu de Y) FOUNDATION, X) Luxembourg et X) Genève auraient « cassé le lien entre les garanties », privant ainsi le garant tenu sur base du nantissement de son recours contre ses propres garants.

Y) FOUNDATION recherchait donc la responsabilité de X) Luxembourg et de X) Genève en leur reprochant plus précisément de s'être fait garantir elles-mêmes sans demander l'avis, ni l'accord, de Y) FOUNDATION quant aux modalités des conditions du prêt conclu avec la société R).

Y) FOUNDATION reprochait également aux banques de ne pas avoir collaboré à la mise en évidence des faits qui lui étaient inconnus puisqu'elle était tierce au contrat de prêt conclu en 1999 entre X) Luxembourg et la société R).

Par exploit d'huissier du 24 octobre 2012, Y) FOUNDATION a introduit une seconde assignation contre les mêmes défenderesses comportant les deux lignes manquantes au dispositif de la première assignation concernant la demande en condamnation au paiement de la somme de 1.020.140 euros avec les intérêts légaux à partir de la date du débit, soit le 30 novembre 2000.

Par acte de reprise d'instance notifié le 13 mai 2014, H), cessionnaire des droits de Y) FOUNDATION, a repris l'instance introduite par celle-ci.

Par jugement du 19 juin 2015, le tribunal d'arrondissement, après avoir rejeté les moyens d'irrecevabilité tirés du libellé obscur, du défaut d'intérêt et écarté le moyen de prescription de la demande tiré de l'article 189 du

code de commerce, a dit la demande recevable contre X) Luxembourg et contre X) Genève.

Il a ensuite révoqué l'ordonnance de clôture pour permettre aux parties de conclure sur la clause d'élection de for invoquée par X) Genève pour soulever l'incompétence territoriale des tribunaux luxembourgeois pour connaître de la demande.

Par jugement du 18 novembre 2016, le tribunal a retenu que la clause d'élection de for incluse dans le contrat de nantissement signé par Y) FOUNDATION était valable et liait les parties et s'est déclaré territorialement incompétent pour connaître de la demande dirigée contre X) Genève.

En ce qui concerne la demande dirigée contre X) Luxembourg, le tribunal a considéré que la responsabilité délictuelle de cette dernière n'était pas engagée dès lors qu'aucune des fautes invoquées à son encontre n'était établie et que le recours à la garantie bancaire à première demande émise par X) Genève n'était pas abusif et a dit la demande non fondée.

Par acte d'huissier du 23 février 2017, H) a relevé appel des jugements du 19 juin 2015 et du 18 novembre 2016 qui n'ont pas été signifiés.

Il estime que c'est à tort que le tribunal se serait déclaré territorialement incompétent pour connaître de la demande dirigée contre X) Genève.

Il n'existerait aucun contrat entre Y) FOUNDATION et X) Genève quant à l'établissement d'une garantie au profit de la société R), de sorte qu'il ne pourrait être fait référence à une clause de for, seul existerait un nantissement général au profit de X) Genève qui n'aurait pas vocation à jouer en l'espèce.

A supposer que X) Genève puisse invoquer une quelconque compétence de for, il y aurait lieu à application des articles 5 et 6 de la convention de Lugano du 30 octobre 2007 qui permettent d'attirer plusieurs défendeurs devant le tribunal de l'un d'entre eux, à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions inconciliables.

Le dommage de la société Y) FOUNDATION étant né du concours des fautes des deux entités X) Luxembourg et X) Genève, ces articles trouveraient à s'appliquer en l'espèce.

Ce serait encore à tort que le tribunal a déclaré non fondée la demande introduite contre X) Luxembourg, dès lors que les fautes de cette dernière étaient établies.

Par réformation des jugements entrepris, H) conclut à voir condamner solidairement, sinon in solidum les deux intimées à lui payer le montant de 1.020.140 euros avec les intérêts au taux légal à dater du 30 novembre 2000.

L'appelant conclut encore à se voir allouer une indemnité de procédure de 15.000 euros pour l'instance d'appel.

X) Luxembourg relève appel incident contre les deux jugements. Elle reproche aux juges de première instance de ne pas avoir fait droit à ses moyens de nullité tirés du défaut d'intérêt sinon du libellé obscur, alors que ceux-ci étaient justifiés par l'absence dans le dispositif de l'assignation de toute demande de condamnation principale.

Elle critique encore le jugement du 19 juin 2015 au motif que bien que les premiers juges aient correctement retenu que la prescription prévue à l'article 189 du code de commerce était applicable à la demande dirigée par H) contre X) Luxembourg, ils auraient néanmoins considéré à tort que Y) FOUNDATION était dans l'impossibilité d'agir avant 2007 et fixé le point de départ de la prescription à cette date. Quant au fond, elle maintient ses conclusions quant à l'absence de toute faute dans son chef.

X) Genève maintient en ordre principal son moyen d'incompétence tiré de la clause attributive de for contenue à l'article 10 de ses conditions générales.

L'article 6 de la convention de Lugano invoqué par l'appelant pour justifier la compétence des tribunaux luxembourgeois ne trouverait pas à s'appliquer dès lors que suivant la jurisprudence et la doctrine luxembourgeoises la clause d'élection de for l'emporte sur tout chef de compétence générale ou spéciale prévu par la Convention, y compris l'article 6 1).

En ordre subsidiaire X) Genève déclare relever appel incident et soulève elle aussi l'irrecevabilité de l'assignation du 2 novembre 2011 pour défaut d'intérêt à agir, sinon pour libellé obscur.

Quant au fond, l'intimée conteste toute faute dans son chef, ainsi que tout lien de causalité entre une éventuelle faute et le préjudice de Y) FOUNDATION qui trouverait sa cause dans les seules fautes de cette dernière, à savoir, la conclusion d'un contrat de cautionnement expirant avant l'échéance même du prêt accordé en 1996, et le défaut de Y)

FOUNDATION de s'assurer de ses droits à l'encontre de sa caution lors du renouvellement en 1999 du prêt accordé à la société R).

En tout état de cause, X) Genève devrait être exonérée de toute responsabilité par les fautes commises par Y) FOUNDATION.

L'appelant précise suite aux moyens de nullité de l'assignation du 2 novembre 2011 réitérés par les intimés, que si la Cour faisait droit à ces moyens, il y aurait lieu alors de statuer sur le mérite de l'assignation du 24 octobre 2012 introduite à titre subsidiaire.

Pour ce qui est de la prescription de la demande sur base de l'article 189 du code de commerce, l'appelant estime que l'application de cette disposition en matière délictuelle violerait la Constitution Luxembourgeoise et la Convention européenne des Droits de l'homme. Il demande à la Cour de saisir dans ce contexte la Cour Constitutionnelle de la question reprise au dispositif de ses conclusions du 12 juin 2016.

En ordre subsidiaire H) conclut à la confirmation du jugement du 19 juin 2015 pour autant qu'il a retenu que Y) FOUNDATION n'était pas forclosée à agir dès lors qu'elle était dans l'impossibilité d'agir avant l'année 2007.

Quant au fond, il maintient que Y) FOUNDATION n'avait pas eu connaissance de la prorogation de crédit consentie en 1999 par X) Luxembourg à la société R), ainsi que de la modification concomitante de la garantie à première demande de X) Genève pour laquelle cette dernière aurait dû solliciter l'accord de Y) FOUNDATION, dont le nantissement des avoirs garantissait la garantie initiale.

Son dommage résulterait du fait d'avoir été indument débité du montant de 1.020.140 euros par X) Genève.

Appréciation de la Cour

La demande tend à l'indemnisation du préjudice que Y) FOUNDATION (ayant cédé ses droits à H)) soutenait avoir subi du fait de la réalisation d'un nantissement consenti le 25 novembre 1996 sur son compte n° 547585 au profit de X) Genève, en contrepartie de l'émission par celle-ci d'une garantie à première demande au profit de X) Luxembourg pour sûreté d'un prêt de 40.000.000 LUF accordé le 26 novembre 1996 par cette dernière à la société R).

Y) FOUNDATION reprochait à X) Luxembourg et à X) Genève d'avoir, à son insu, consenti un nouveau crédit pour un an à la société R), le crédit lui consenti en 1996 n'ayant pas été remboursé à l'échéance. En agissant ainsi, ces deux entités ne l'auraient pas mise en mesure de pouvoir assurer ses droits à l'égard du bénéficiaire économique de la société R), un dénommé N).

- Quant à la demande dirigée contre X) Luxembourg.

X) Luxembourg ayant formulé appel incident contre le jugement du 19 juin 2015 réitère en instance d'appel l'ensemble des moyens d'irrecevabilité soulevés en première instance contre l'assignation du 2 novembre 2011.

C'est cependant à juste titre par une motivation pertinente, que la Cour fait sienne, que les juges de première instance ont rejeté le moyen de nullité de l'exploit introductif tiré du libellé obscur.

C'est encore par une motivation que la Cour approuve et reprend à son compte qu'ils ont estimé que le moyen du défaut d'intérêt à agir, tiré du fait que le dispositif de l'assignation ne reprenait pas la demande en condamnation au paiement du montant de 1.020.140 euros figurant dans la motivation à l'alinéa 4 de la page 7 de l'assignation, était à rejeter au motif que pour déterminer la saisine du juge, il faut s'attacher non point au seul dispositif, mais au contenu substantiel des conclusions, sans égard à la place où la prétention a été formulée (Cour d'appel, 16 mai 2007, P 34, page 23).

X) Luxembourg a encore soulevé l'irrecevabilité de la demande pour cause de prescription en précisant qu'en l'absence de tout contrat entre elle et Y) FOUNDATION, sa responsabilité ne pouvait être recherchée que sur la base délictuelle.

Elle invoquait l'article 189 du code de commerce qui dispose que « *les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par dix ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes* ».

Les juges de première instance ont relevé à juste titre que le délai de prescription prévu à l'article 189 du code de commerce est applicable à la demande en responsabilité dirigée par Y) FOUNDATION contre X) Luxembourg indépendamment de la nature contractuelle ou délictuelle de cette responsabilité.

Le législateur luxembourgeois a substitué par la loi du 22 décembre 1986 (actuel article 189 du code commerce) à l'instar du législateur français

comme prescription de droit commun en matière commerciale la prescription décennale à la prescription trentenaire maintenue en matière civile.

L'article 189 bis du code de commerce français a été modifié par une loi no. 77-4 du 3 janvier 1977 qui a étendu la prescription décennale aux actes mixtes passés à l'occasion de leur commerce, entre commerçants et non commerçants.

La jurisprudence française considère que la prescription de l'article 189 du code de commerce vise toutes les obligations nées à l'occasion du commerce du commerçant, qu'elles soient contractuelles, quasi contractuelles, ou délictuelles. Ainsi, sont soumises à la prescription décennale les obligations nées de la loi entre commerçants et non-commerçants à l'occasion de leur commerce, telle que par exemple l'obligation de rembourser résultant du paiement de l'indu.

Il suffit que l'une des parties au rapport d'obligations soit commerçante et que l'obligation soit née à l'occasion de son activité professionnelle (Enc. Dalloz Répertoire de droit commercial v° Prescription).

C'est en vain que l'appelante fait plaider que cette disposition légale, si elle devait être applicable à la responsabilité délictuelle, violerait l'égalité des citoyens devant la loi, qui seraient traités différemment selon qu'ils seraient victimes délictuelles d'un commerçant ou d'une personne civile et conclut à voir la Cour d'appel saisir la Cour Constitutionnelle de la question plus précisément formulée dans ses conclusions.

En effet, la question a déjà été examinée par cette dernière dans son arrêt du 30 mars 2007 (affaire no 00039 du registre).

Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle a statué comme suit :

« Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ...

Considérant que les non-commerçants bénéficient entre eux, en principe, de la prescription trentenaire pour faire valoir leur créance civile, tandis que les non-commerçants liés par un contrat mixte sont seulement autorisés à poursuivre leurs droits en justice dans un délai de dix ans ;

Considérant que cette différence de traitement est adéquate et justifiée, car, pour autant que le rapport d'obligation est né « à l'occasion du commerce » le souci de la sécurité juridique commande que le contentieux

relatif aux actes mixtes soit, d'un côté comme de l'autre, vidé avec la même rapidité que celui relatif aux actes de commerce proprement dits ; que cette différence de traitement est encore proportionnée par rapport à la finalité de la loi de mettre la susdite prescription en conformité avec la durée de conservation des livres de commerce ».

Sur base de cette motivation, la Cour constitutionnelle a décidé que l'article 189 modifiée du code de commerce est conforme à l'article 10 bis (1) et pour autant que de besoin à l'article 111 de la Constitution.

L'appelante n'ayant pas autrement développé en quoi l'application de la prescription tirée de l'article 189 du code de commerce à la responsabilité délictuelle serait contraire à la Convention des droits de l'homme, la Cour ne s'attardera pas sur ce moyen.

En ce qui concerne le point de départ de la prescription découlant de l'article 189 du code de commerce, c'est à tort que les juges de première instance l'ont situé au 16 janvier 2007 date du jugement intervenu dans l'affaire opposant Y) FOUNDATION à la caution N) à partir de laquelle Y) FOUNDATION aurait raisonnablement pu envisager une éventuelle action contre X) Luxembourg après avoir retenu que lorsqu'une partie est dans l'impossibilité d'agir, la prescription ne court contre elle qu'à partir du jour où cette impossibilité a cessé.

L'impossibilité d'agir, telle qu'alléguée par Y) FOUNDATION, tirée de son ignorance du caractère injustifié de l'appel à la garantie par X) Luxembourg et de la réalisation du nantissement consenti à X) Genève, ne saurait valoir comme cause de suspension de la prescription décennale qui a cependant commencé à courir à partir du 30 novembre 2000, date à laquelle X) Luxembourg a fait appel à la garantie à première demande signée par X) Genève, et à laquelle X) Genève a réalisé le nantissement lui consenti.

Y) FOUNDATION a forcément été avisée de la mise en place d'une nouvelle garantie à première demande, puisque l'avis de débit du 29 novembre 2000 indiquait clairement que le paiement par X) Genève était intervenu sur base d'une garantie à première demande émise le 28 décembre 1999 et non de la garantie originaire de 1996.

L'article 2251 du code civil dispose en effet que la prescription court contre toutes les personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception prévue par la loi (cf Cour de cassation 2 février 2012 n°C1/12 et CA 26 mars 2014 n° 32124 du rôle et les références y citées).

Y) FOUNDATION n'ayant fait valoir aucun cas de force majeure qui l'aurait empêchée d'exercer son action dans le délai de dix ans à partir de la

réalisation de son nantissement, son assignation introductive d'instance du 2 novembre 2011 est tardive.

Il suit de ces développements que l'appel incident de X) Luxembourg est à déclarer fondé et que, par réformation du jugement du 19 juin 2015, la demande dirigée contre X) Luxembourg est à déclarer irrecevable.

Quant à la demande dirigée contre X) Genève.

Il échet d'écarter d'emblée l'argument que X) Genève ne serait plus recevable en appel à invoquer le moyen d'incompétence territoriale pour ne pas l'avoir soulevé in limine litis, au motif que la société Arendt & Medernach, constituée pour les deux intimées, avait déjà conclu au fond auparavant pour le co-intimé X) Luxembourg.

Les avocats représentant leur client, les arguments invoqués par X) Luxembourg ne sauraient priver X) Genève de son droit de réitérer son moyen d'incompétence, au demeurant déjà soulevé en première instance.

Y) FOUNDATION reproche à X) Genève d'avoir réalisé le nantissement lui consenti, en contrepartie d'une garantie à première demande renouvelée à l'insu de Y) FOUNDATION. C'est donc bien la réalisation du nantissement consenti à X) Genève qui est à la base de son action.

Partant, X) Genève peut valablement invoquer la clause d'élection de for figurant au contrat de nantissement, comme l'ont à juste titre jugé les magistrats de première instance, et ce même après l'expiration du contrat.

Le contrat de nantissement signé par Y) FOUNDATION le 25 novembre 2016 même s'il est rédigé en termes très généraux (en garantie de toute créance actuelle ou future que la banque pourrait avoir et non limité dans le temps) n'est pas nul de ce seul fait.

La clause d'élection de for y figurant remplit par ailleurs les conditions de validité posées par l'article 23 de la Convention de Lugano.

Le jugement est encore à confirmer en ce qu'il a retenu que lorsque les parties ont convenu d'un tribunal ou des tribunaux d'un Etat lié par la présente convention pour connaître des différends nés ou à naître d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet Etat sont compétents et que cette compétence est exclusive, sauf convention contraire qui n'existait pas en l'espèce.

La partie appelante n'est dès lors pas fondée à se prévaloir de l'article 6 de la Convention de Lugano, jurisprudence et doctrine luxembourgeoise étant unanimes pour confirmer que la clause d'élection de for l'emporte sur tout chef de compétence générale ou spéciale prévu par la Convention, y compris l'article 6.1. La clause d'élection de for ne cède que devant les seules compétences exclusives prévues par la convention de Lugano (cf C.Appel 3 mai 1995 n° 16671 et Droit inter. privé au Luxembourg J.Cl Wiwinius éd Bauler 2011 point 1451).

Il suit de ces développements que les juges de première instance se sont à juste titre déclarés incompétents pour connaître de la demande dirigée contre X) Genève.

Quant aux frais et indemnités de procédure

H) qui succombe à son appel est encore à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

X) Luxembourg et X) Genève sont elles aussi à débouter de leurs demandes formulées sur base de l'article 240 du NCPC, à défaut d'avoir justifié de l'iniquité requise par la loi.

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,

dit l'appel principal et l'appel incident de la société anonyme X) & CIE (EUROPE) S.A., anciennement BANQUE X) LUXEMBOURG, recevables,

dit l'appel principal non fondé,

dit l'appel incident de la société anonyme X) & CIE (EUROPE) S.A. fondé,

réformant :

dit la demande irrecevable à l'égard de la société anonyme X) & CIE (EUROPE) S.A.,

confirme les jugements entrepris pour le surplus,

déboute les parties de leurs demandes formulées sur base de l'article 240 du NCPC,

condamne H) aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.