Jugement commercial XV N° 193 / 08

Audience publique du mercredi, douze mars deux mille huit.

Numéro 97 611 du rôle

Composition:

Karin GUILLAUME, Vice-Présidente,
Marc WAGNER, juge,
Robert WORRE, juge,
Alain THILMANY, greffier.

E n t r e :

La **FRANKFURTER SPARKASSE A.G.,** établie et ayant son siège social à D-60255 Frankfurt am Main, Neue Mainzer Strasse 47, Aktiengesellschaft de droit allemand, représentée par son Vorstand composé de Dr. **A.)** (Vorsitzender), **B.)**, **C.)**, Dr. **D.)**, inscrite au registre de commerce près le Amtsgericht de Frankfurt am Main sous le numéro HRB 75 393,

élisant domicile en l'étude de Maître Marc THEWES, avocat, demeurant à Luxembourg,

demanderesse,

comparant par Maître Marc THEWES, avocat susdit,

e t :

1) la société anonyme **BANK SAL. OPPENHEIM JR & CIE (Luxembourg),** établie et ayant son siège social à L-2180 Luxembourg, 4, rue Jean Monnet, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 44 365,

défenderesse,

comparant par Maître Emmanuel-Philipp PARTSCH, avocat, en remplacement de Maître Philippe DUPONT, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

2) la **FORTIS BANQUE Luxembourg S.A., ci-avant BANQUE GENERALE DU LUXEMBOURG S.A.,** établie et ayant son siège social à L-2951 Luxembourg, 50, avenue J.F. Kennedy, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 6481,

défenderesse,

comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat, demeurant à Luxembourg.

L e T r i b u n a l :

Ouï la partie demanderesse par l'organe de son mandataire Maître Marc THEWES, avocat constitué, demeurant à Luxembourg.

Ouï la partie défenderesse sub.1 par l'organe de son mandataire Maître Emmanuel-Philipp PARTSCH, avocat, en remplacement de Maître Philippe DUPONT, avocat, les deux demeurant à Luxembourg.

Ouï la partie défenderesse sub2. par l'organe de son mandataire Maître Patrick KINSCH, avocat constitué, demeurant à Luxembourg.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 5 décembre 2007.

Madame la Vice-Présidente Karin GUILLAUME entendue en son rapport à l'audience du 23 janvier 2008.

Par exploit de l'huissier de justice Jean Lou THILL de Luxembourg du 15 septembre 2005, la société de droit allemand FRANKFURTER SPARKASSE A.G. a fait donner assignation à la société anonyme BANK SAL. OPPENHEIM jr. & Cie LUXEMBOURG et à la société anonyme BANQUE GÉNÉRALE DU LUXEMBOURG à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour les entendre condamner solidairement, sinon in solidum, sinon chacune pour le tout, à lui payer le montant de 93.627,40.- euros avec les intérêts de retard au taux de la Banque Centrale Européenne augmenté de 5 points, sinon au taux d'intérêt légal allemand, sinon au taux d'intérêt légal luxembourgeois, depuis le 1er janvier 1999, sinon depuis la date de la mise en demeure du 23 juin 2005, sinon depuis le jour de la demande en justice, jusqu'à solde. Elle sollicite encore une indemnité de procédure de 5.000.- euros, l'exécution provisoire sans caution du présent jugement, ainsi que la condamnation des parties défenderesses à tous les frais et dépens de l'instance.

La demanderesse expose à l'appui de sa demande :

-qu'en raison de manœuvres frauduleuses de la part d'un certain **E.)** elle aurait cru accorder en 1989 un crédit de caisse à une municipalité allemande, à savoir la VILLE DE **LIEU1.)**, alors qu'en réalité ledit prêt aurait été utilisé par ce dernier pour apurer ses propres dettes auprès de la BANQUE OPPENHEIM PIERSON INTERNATIONAL S.A., dont les parties assignées sont les successeurs en droit,

-que suite à un accord avec la VILLE DE **LIEU1.)**, celle-ci lui a remboursé le montant initialement emprunté de sorte qu'elle aurait subi une perte de 93.627,40.- euros correspondant à la différence entre le montant du crédit accordé à **E.)** et celui dont elle a obtenu le remboursement de la part de la VILLE DE **LIEU1.)**,

Elle estime que les défenderesses se seraient enrichies de cette somme, dont elle réclame le remboursement, alors que cet enrichissement ne trouverait pas de cause dans les relations entre parties.

Elle est d'avis que le droit allemand serait applicable au présent litige.

A noter que la société en commandite par actions SAL. OPPENHEIM jr. & Cie a repris activement et passivement le patrimoine de la société anonyme BANK SAL. OPPENHEIM jr. & Cie LUXEMBOURG et que la société anonyme BANQUE GÉNÉRALE DU LUXEMBOURG a changé sa dénomination sociale en FORTIS BANQUE LUXEMBOURG.

Du fait que la demanderesse aurait conclu une transaction avec la VILLE DE **LIEU1.)** sans solliciter son accord préalable par écrit, la société en commandite par actions SAL. OPPENHEIM jr. & Cie conclut en premier lieu à l'irrecevabilité de la demande. En se basant sur la relation entre la BANQUE OPPENHEIM PIERSON INTERNATIONAL S.A. et la VILLE DE **LIEU1.)**, elle conclut à l'applicabilité du droit luxembourgeois pour connaître de la demande et soulève la prescription (décennale) de la demande. A ce sujet, elle est même d'avis que l'article 189 du Code de commerce édictant cette prescription serait d'ordre public. Quant au fond, elle conteste tout enrichissement dans son chef et affirme avoir crédité le compte de la VILLE DE **LIEU1.)** ouvert en ses livres uniquement en sa qualité de mandataire.

La société anonyme FORTIS BANQUE LUXEMBOURG se rallie aux conclusions de la société en commandite par actions SAL. OPPENHEIM jr. & Cie sur ces points. Elle est encore d'avis que l'assignation, qui indique que «la procédure étant poursuivie selon la procédure commerciale», serait irrecevable pour «n'être en réalité pas une assignation selon la procédure civile» (sic !) mais une assignation selon la procédure commerciale qui violerait une règle tendant à l'organisation judiciaire alors qu'elle n'indiquerait pas de délai fixe de comparution.

La société de droit allemand FRANKFURTER SPARKASSE A.G. réplique à ce dernier moyen de procédure que le fait que l'assignation indiquerait que la procédure serait de nature commerciale serait une erreur de rédaction qui n'aurait cependant pas induit en erreur les défenderesses et serait par ailleurs une question d'intérêt privé et non d'ordre public, de sorte que le moyen serait à rejeter. Suivant le dernier état de ses conclusions, si elle reconnaît l'existence d'une transaction avec la VILLE DE **LIEU1.)**, elle fait cependant valoir que l'objet de celle-ci serait différent de celui de la présente instance ce qui impliquerait le rejet de l'exception.

Dans ses conclusions du 15 février 2007, la société en commandite par actions SAL. OPPENHEIM jr. & Cie fait encore valoir que la société de droit allemand FRANKFURTER SPARKASSE A.G. aurait eu pendant près de 7 ans la jouissance gratuite des sommes en question, qui lui avaient été remboursées dans un premier temps par deux villes allemandes. Elle dénie de ce fait à celle-ci tout intérêt à agir et réclame reconventionnellement la condamnation de la demanderesse à lui verser la moitié du bénéfice retiré de cette jouissance. Elle sollicite encore une indemnité de procédure de 5.000.- euros.

La société anonyme FORTIS BANQUE LUXEMBOURG se rallie à ces conclusions et formule une demande reconventionnelle identique. Elle demande également une indemnité de procédure de 5.000.- euros.

La partie demanderesse conclut à l'irrecevabilité de ces demandes reconventionnelles pour n'être pas chiffrées, sinon à leur rejet au fond.

Avant d'entrer, le cas échéant, dans la discussion des moyens des parties tenant au fond de l'affaire, il y a lieu d'examiner en premier lieu la recevabilité des demandes principale et reconventionnelles eu égard aux moyens invoqués.

La recevabilité des demandes

Quant à la régularité de l'assignation

L'indication du mode de comparution en justice, c'est-à-dire par constitution d'avocat ou à date fixe, est une formalité substantielle qui relève de l'organisation judiciaire (cf. Cour, 28 novembre 2007, n°32.757 du rôle).

Le demandeur peut cependant en matière commerciale introduire la demande selon la procédure applicable en matière civile (article 547 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile). Dans ce cas, il n'a pas à indiquer les lieu, jour et heure de l'audience, le ministère d'avocat à la Cour étant obligatoire.

En l'occurrence, il ressort indubitablement de l'intitulé de l'exploit d'huissier (assignation devant le tribunal de commerce selon la procédure civile) que la demanderesse a entendu suivre la procédure civile. Les défenderesses ont été invitées à constituer avocat à la Cour et aucune date fixe de comparution n'est indiquée. La mention que «la procédure étant poursuivie selon la procédure commerciale» est à considérer comme simple erreur de rédaction et ne saurait porter à conséquence. Les parties défenderesses ne se sont d'ailleurs pas trompées sur la procédure choisie alors qu'elles ont constitué avocat. D'ailleurs, la mention litigieuse est dépourvue de sens car le choix de la procédure, commerciale ou civile, est définitif et ne peut être changé en cours d'instance.

Le moyen est à par conséquent à rejeter.

Quant à l'intérêt à agir

Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame a un intérêt à agir en justice.

L'existence du droit invoqué par le demandeur n'est pas une condition de recevabilité de son action (cf. Cass. fr. 3ième civ., 27 janvier 1999 : Juris-Data n°1999-000329 ; Bull. civ. 1999, III, n°19), ou autrement dit, l'intérêt à agir n'est pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action (cf. Cass. fr. 1ière civ., 2 novembre 2005, n°02-17.697, P+B : Juris-Data n°2005-030526).

Il s'ensuit que le moyen est à rejeter.

Quant à l'exception de transaction

La BANQUE OPPENHEIM PIERSON INTERNATIONAL S.A., dont la société en commandite par actions SAL. OPPENHEIM jr. & Cie et la société anonyme FORTIS BANQUE LUXEMBOURG sont les successeurs en droit, a viré la somme de 3.327.673,97.- DEM à la VILLE DE **LIEU1.)**.

La société de droit allemand FRANKFURTER SPARKASSE A.G., croyant accorder un prêt, hors frais et intérêts, sur 3.510.793,24.- DEM à cette municipalité allemande, a transféré ce montant à la BANQUE OPPENHEIM PIERSON INTERNATIONAL S.A..

La société en commandite par actions SAL. OPPENHEIM jr. & Cie et la société anonyme FORTIS BANQUE LUXEMBOURG ont cédé leurs droits éventuels à l'encontre de la VILLE DE **LIEU1.)** à la société de droit allemand FRANKFURTER SPARKASSE A.G..

Dans le cadre d'un accord, dont le caractère transactionnel n'est plus contesté, cette dernière a obtenu le remboursement de la part de la VILLE DE **LIEU1.)** de la somme par elle initialement empruntée, c'est-à-dire 1.701.412,60.- euros (3.327.673,97.- DEM convertis en euros).

Les parties défenderesses estiment que faute de consentement de leur part à cette transaction, la demanderesse ne pourrait, conformément au §2 (2) de leur Vereinbarung complétant le contrat de cession conclu (Abtretungsvereinbarung), plus faire valoir de droits à leur encontre.

On ne peut céder davantage de droits que ceux dont on dispose.

Dès lors, les défenderesses n'ont pu céder à la FRANKFURTER SPARKASSE A.G. que le montant en principal de 3.327.673,97.- DEM plus intérêts.

La cession intervenue n'a dès lors pas pu englober la différence entre les montants de 3.510.793,24.- DEM et 3.327.673,97.- DEM, soit 183.119,27 ou encore 93.627,40.- euros, c'est-à-dire le montant actuellement réclamé.

Une éventuelle renonciation de la part de la FRANKFURTER SPARKASSE A.G. à des droits à elle cédés (in Bezug auf ihr von den Zedenten abgetretene Ansprüche) n'affecte pas ses droits quant à cette différence non touchée par la cession.

Le moyen est à par conséquent à rejeter.

Quant à la prescription

Pour trancher ce moyen, il faut déterminer en premier lieu la loi applicable au présent litige.

Les défenderesses font plaider que l'article 189 du Code de commerce édictant une prescription décennale devrait être appliqué en tant que loi de police.

On parle de loi de police ou encore de loi d'application immédiate pour désigner le mécanisme d'application d'une règle interne à une situation internationale en fonction de sa volonté d'application et indépendamment de sa désignation par une règle de conflit. Cette manière de procéder signifie que l'autorité saisie considère les intérêts défendus par sa loi trop étroitement impliqués, eu égard à certains rattachements de la situation, pour que cette loi souffre le cas échéant d'être écartée par le jeu normal de la règle de conflit.

En vertu de l'article 2223 du Code civil, il n'est pas permis aux juges de suppléer d'office le moyen résultant de la prescription.

Il s'ensuit que la prescription a été édictée dans un but de protection du débiteur, qu'elle a en conséquence trait à des intérêts privés et que le débiteur est libre à y renoncer.

La prescription ne constitue pas un principe que le législateur luxembourgeois considère comme essentiel à l'ordre moral, politique ou économique.

L'article 189 du Code de commerce n'est partant pas applicable en tant que loi de police à ce litige, indépendamment de la désignation de la loi luxembourgeoise par une règle de conflit.

Il se dégage des pièces versées que le 30 mars 1989, la BANQUE OPPENHEIM PIERSON INTERNATIONAL S.A. a accordé, sur demande du courtier en matière de crédits **E.)**, un crédit à la VILLE DE **LIEU1.)**.

En décembre 1989, la société de droit allemand FRANKFURTER SPARKASSE A.G. entendait, toujours par l'entremise de **E.)**, prêter une certaine somme à cette même municipalité. Pour ce faire l'argent fut viré sur le compte que détenait la VILLE DE **LIEU1.)** auprès de la BANQUE OPPENHEIM PIERSON INTERNATIONAL S.A. de sorte que le crédit accordé par celle-ci fut apuré.

Il s'est avéré ultérieurement que la VILLE DE **LIEU1.)** n'a jamais contracté de prêt auprès de la société de droit allemand FRANKFURTER SPARKASSE A.G..

Suivant cette dernière, le paiement effectué par elle serait dès lors à considérer comme ayant conduit à un enrichissement sans cause de la BANQUE OPPENHEIM PIERSON INTERNATIONAL et le solde de celui-ci serait remboursable sur cette base. La demanderesse entend faire juger le litige sur base du droit allemand.

Les parties défenderesses contestent tout enrichissement dans leur chef et font valoir que l'ancienne BANQUE OPPENHEIM PIERSON INTERNATIONAL S.A. n'aurait reçu le virement litigieux qu'en qualité de mandataire. Elles estiment que la loi luxembourgeoise devrait s'appliquer au présent litige.

Avant qu'une règle de rattachement puisse jouer en l'occurrence, il y a lieu de classer la question litigieuse, qui est formée par la prétention du requérant (objet de la demande) et par les faits qu'il invoque à son soutien, dans une des différentes catégories de rattachement.

Cette qualification se fait en principe selon la loi du juge saisi (lex fori).

La demanderesse pose comme pétition de principe qu'il y aurait eu un enrichissement sans cause dans le chef de la banque luxembourgeoise et entend dès lors faire appliquer à ce quasi-contrat la loi allemande.

Or, dans le présent litige, une dissociation est à opérer entre deux types de questions.

Il faut d'abord se demander si l'on est bien en présence d'un enrichissement injustifié. Seule la loi de l'éventuel rapport antérieur, la loi de la relation juridique de base, est habilitée à fournir une réponse à cette question préalable.

Ainsi, par exemple, si une personne a effectué un paiement en vertu d'un contrat, puis prétend qu'il a été fait à tort, la logique implique que l'on interroge d'abord la loi du contrat pour décider si le règlement avait bien une cause.

Dans l'hypothèse où celle-ci estime qu'il y a eu transfert illégitime de valeur entre deux patrimoines, deux conceptions s'opposent.

Selon un premier courant, afin de connaître l'étendue et les modalités du quasi-contrat, la loi du lieu où il s'est produit devra être appliquée. Pour d'autres auteurs en revanche, la loi de la relation sous-jacente devra être appliquée non seulement aux questions préalables mais également au quasi-contrat dans son ensemble.

Ainsi les questions préalables sont à détacher du régime même de l'obligation quasi-contractuelle (cf. Juris-classeur Droit international, fasc. 553-4, n°47 et ss. et n°86).

Bien évidemment, si le quasi-contrat est une opération isolée, qui ne se rallie à aucune obligation préexistante, la loi du lieu de la survenance est exclusivement applicable.

En réceptionnant les fonds reçus de la société de droit allemand FRANKFURTER SPARKASSE A.G. et en créditant, conformément aux instructions données, le compte de la VILLE DE **LIEU1.)** ouvert en ses livres, la BANQUE OPPENHEIM PIERSON INTERNATIONAL S.A. n'a agi que comme mandataire de la VILLE DE **LIEU1.)**.

La relation juridique de base en vertu de laquelle le paiement, objet du litige, a été réceptionné, est la convention de prêt conclue, sur demande du courtier en matière de crédits **E.)**, par la BANQUE OPPENHEIM PIERSON INTERNATIONAL S.A. avec la VILLE DE **LIEU1.)**. Il n'y a pas lieu d'analyser dans le cadre de la détermination de la loi applicable à la relation juridique de base si celle-ci a valablement été conclue au nom de cette ville.

Conformément à l'article 4 de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles signée à Rome le 19 juin 1980, à défaut de choix exprès prouvé entre parties de la loi applicable, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits et il est présumé que ceci est le cas pour le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, s'il s'agit d'une personne morale, son administration centrale.

Pour la détermination de cette «prestation caractéristique», il faut identifier la prestation qui distingue un contrat d'un autre, qui est spécifique au contrat en cause. En cas de prêt, la prestation caractéristique est celle du prêteur (cf. Cour 2 mars 2000, P.31, p.274).

Il s'ensuit qu'en l'occurrence, comme l'établissement bancaire prêteur était établi au Luxembourg, le droit luxembourgeois est applicable à la relation juridique de base et dès lors à la question de savoir s'il y a eu ou non un enrichissement injustifié ce qui

implique que la prescription applicable à une action intentée de ce chef est également régie par la loi luxembourgeoise.

Aux termes de l'article 189 du Code de commerce, 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 spéciales plus courtes.

La prescription édictée par cet article a, à la différence des courtes prescriptions prévues par les articles 2271 et suivants du Code civil, qui sont fondées sur une présomption de payement, un caractère extinctif entraînant la libération définitive du débiteur et sans condition.

Ladite disposition, introduite dans notre Code de commerce par la loi du 22 décembre 1986 sur la preuve des actes juridiques, a pris modèle sur l'ancien article 189bis du Code de commerce français. Par cette modification législative, le champ d'application de l'ancien article 189bis du Code de commerce français, initialement limité aux actes passés entre commerçants, a été étendu aux actes mixtes, c'est-à-dire aux actes passés entre un commerçant et un non-commerçant.

Dans son avis du 7 mai 1985, le Conseil d'Etat avait suggéré d'étendre le champ d'application de la nouvelle disposition, à l'instar de la disposition française, à tous les actes mixtes. La commission juridique a, dans un premier stade, écarté cette proposition estimant que les créances des non-commerçants contre un débiteur quelconque ne devraient pas être soumises à la prescription abrégée. La commission juridique a observé à cet égard «si les actions des non-commerçants contre les commerçants continuent de se prescrire par trente ans, il appartient au non-commerçant de rapporter dans cette hypothèse la preuve de sa créance, de façon que le commerçant n'est pas obligé de conserver les documents y relatifs au-delà du délai de dix ans prévu à l'article 11 du Code de commerce» (cf. Projet de loi n°2688-2, rapport de la commission juridique, page 14).

Dans son avis du 30 novembre 1986, le Conseil d'Etat a fait observer que le texte adopté en première lecture sur recommandation de la commission juridique aboutit «à la conséquence que les commerçants seront obligés d'effectuer un tri dans leurs archives de manière à conserver durant trente ans les documents de nature à les prémunir contre d'éventuelles actions dirigées contre eux par des non-commerçants.» En effet, «s'il est vrai qu'il appartient au demandeur en justice de rapporter la preuve de sa créance, l'article 1315 du code civil dispose toutefois, en son alinéa 2, que «celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation». Il résulte de ce qui précède que le texte adopté en première lecture introduit un grave élément de complication dans la conservation des archives et qu'il a, par ailleurs, pour effet que l'un des objectifs du projet, à savoir un allègement du volume des archives, risque d'être très sérieusement compromis » (cf. Projet de loi n°2866-3, avis du Conseil d'Etat, page 4).

Dans son deuxième rapport, la commission juridique a fait observer qu'«en ce qui concerne le délai de prescription des engagements pris par les commerçants, la Commission juridique s'est laissée convaincre par l'argumentation du Conseil d'Etat. Pour permettre aux commerçants de détruire en temps voulu leurs archives, elle accepte le risque de voir s'évanouir une créance d'un non-commerçant qui, pendant

dix ans, n'aurait pas songé à faire un acte d'interruption» (Projet de loi n°2866-4, rapport de la commission juridique, page 4).

En conséquence, au vu des travaux parlementaires, il convient de retenir que la prescription décennale édictée par l'article 189 du Code de commerce, est applicable à tous les actes mixtes, quelle que soit la partie qui l'invoque, et à toutes les actions, qu'elles soient de nature contractuelle ou de nature délictuelle (cf. dans le même sens Trib. d'arr. Lux. 21 décembre 2005, n°551/2005).

La prescription édictée par l'article 189 du Code de commerce est partant applicable à la présente action.

Le délai de prescription en matière de paiement injustifié a en principe pour point de départ le jour du paiement.

La présente action, intentée presque 16 ans après la date du paiement, est donc prescrite et la demande est partant à déclarer irrecevable.

Quant aux demandes reconventionnelles

A défaut d'être chiffrées, les demandes reconventionnelles sont également à déclarer irrecevables.

Indemnités de procédure

Chacune des parties réclame encore une indemnité de procédure de 5.000.- euros.

Cette demande de la société de droit allemand FRANKFURTER SPARKASSE A.G. est à rejeter, alors qu'une partie qui est déboutée de ses prétentions, et qui de ce fait est à condamner aux frais et dépens de l'instance, ne saurait bénéficier des dispositions de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

Les parties défenderesses sont à débouter sur ce point, alors que la condition de l'iniquité requise par la loi fait défaut.

P a r c e s m o t i f s :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, statuant contradictoirement, après avoir entendu le juge de la mise en état en son rapport oral,

déclare les demandes principale et reconventionnelles irrecevables,

dit non fondées les demandes des parties en obtention d'une indemnité de procédure et en déboute,

condamne la société de droit allemand FRANKFURTER SPARKASSE A.G. à tous les frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de Maîtres Philippe DUPONT et Patrick KINSCH, qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.