A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, dix-huit janvier deux mille douze

Numéro 36896 du rôle

Composition :

Edmée CONZEMIUS, président,
Marc KERSCHEN, premier conseiller,
Camille HOFFMANN, premier conseiller,
Antoinette PASCUCCI, greffier.

E n t r e :

A,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette en date du 10/11/2010,

comparant par Maître Eyal GRUMBERG, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

B,

C,

intimés aux fins du prédit exploit GLODEN,

comparant par Maître Karine VILRET-HUOT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

L A C O U R D ' A P P E L :

La société A expose qu'elle a été constituée aux Iles Marshall le 24 novembre 1994; que son bénéficiaire économique, D, avait donné mandat à E de constituer et d'administrer la société; qu'en sa qualité d'administrateur de la société, E a ouvert un compte bancaire auprès de F en date du 20 janvier 1995;
que le 9 décembre 2003, E a donné une procuration sur ce compte à son épouse C, sans y être autorisé par la société;
que des retraits à hauteur de 500.315,97 € ont été opérés sur le compte bancaire de la société; que ces retraits n'ont pas été effectués dans l'intérêt social;
que E est décédé le 24 mai 2006, de sorte que la société agit contre ses héritiers, à savoir son épouse C et son fils B.

La société A a assigné ceux-ci par exploit d'huissier de justice du 5 octobre 2007 pour les entendre condamner solidairement sinon in solidum à lui payer la somme de 500.315,97 € avec les intérêts légaux à partir des différents prélèvements, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde.
La demande est basée principalement sur l'abus de biens sociaux prévu par l'article 171-1 de la loi du 10 août 1915 et subsidiairement sur les règles applicables au mandat.

La société A a encore assigné, en ordre subsidiaire, C à titre personnel sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil, et subsidiairement sur base des règles du mandat.

Les parties défenderesses ont soulevé l'incompétence du tribunal en invoquant une clause compromissoire contenue dans la «*convention relative à la constitution d'une société*» conclue le 22 novembre 1994 entre D et E; que suivant cette convention, que les parties ont soumise à la loi luxembourgeoise, «*tout litige inhérent à la présente convention sera exclusivement soumis à un collège d'arbitres institué conformément au code de procédure civile luxembourgeois. Les arbitres procèderont comme en matière commerciale. Les décisions sont définitives et sans recours*».

Statuant sur la demande de la société A, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par jugement du 25 novembre 2008, fait droit au déclinatoire de compétence; déclaré non fondée la demande reconventionnelle en dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire et condamné la demanderesse à payer aux défendeurs une indemnité de procédure de 1.000 €.
Quant à la demande subsidiaire dirigée contre C à titre personnel, le tribunal a dit qu'elle ne peut être toisée tant que le sort à réserver à la demande principale demeure incertain.

Le tribunal a enfin condamné la société A aux frais et dépens de l'instance.

La société A a relevé appel de ce jugement par exploit d'huissier de justice du 10 novembre 2010.
L'appelante demande principalement l'annulation du jugement entrepris au motif que le tribunal a omis de répondre à son moyen de défense tiré de l'inopposabilité à la société de la convention conclue le 22 novembre 1994 entre D et E.
Subsidiairement, par réformation de la décision entreprise, elle demande de retenir la compétence du tribunal pour connaître de sa demande et, procédant par évocation, de condamner les parties intimées conformément à l'assignation du 5 octobre 2007.

Elle fait valoir à l'appui de son appel que la clause compromissoire, liant D et E était relative à la constitution de la société, mais que celle-ci dispose d'une personnalité juridique propre, distincte de celle de son administrateur et de celle de son bénéficiaire économique et qu'elle n'a pas accepté ou ratifié la clause compromissoire qui est demeurée une «*res inter alios acta*» à son égard.

Elle expose encore que E aurait procédé à la constitution de plusieurs sociétés pour le compte de D; que les intimés n'ont pas rapporté la preuve que la convention invoquée est relative à la constitution de la société A; que subsidiairement, la convention du 22 novembre 1994 concerne seulement la création de cette société, mais non son administration et sa gestion; que le présent litige n'est pas inhérent à la convention du 22 novembre 1994;
qu'en ce qui concerne la demande subsidiaire dirigée contre C à titre personnel, le tribunal aurait dû retenir sa compétence et qu'il aurait tout au plus pu surseoir à statuer sur cette demande en attendant la décision rendue quant à la demande principale.

L'appelante demande la condamnation des intimées à lui payer une indemnité de procédure de 2.500 €.

Les intimés demandent la confirmation du jugement entrepris en réitérant le déclinatoire de compétence tiré de la clause compromissoire.

Ils soulèvent ensuite la nullité de l'acte d'appel pour libellé obscur au motif que celui-ci ne comporterait aucune ventilation entre les montants réclamés aux intimés en leur qualité d'héritiers de E et ceux réclamés à C à titre personnel.

Les intimés soulèvent enfin l'exception de caution judiciaire et demandent la condamnation de l'appelante de déposer un montant de 75.000 € à la Caisse des Dépôts et Consignations pour répondre des frais et dommages et intérêts auxquels l'appelante pourrait être condamnée en instance d'appel..

Au fond, ils contestent toute responsabilité dans leur chef et affirment que les prélèvements furent effectués conformément aux instructions de D et dans l'intérêt de la société ; que les instructions de retrait, comme toutes les instructions relatives aux autres opérations bancaires, ont été données verbalement, soit par téléphone, soit lors de rendez-vous entre parties, « *sauf pour certaines factures ordonnées directement par D (par exemple les factures adressées à G suivant un modèle que lui avait adressé la fiduciaire H*) » ; que les fonds prélevés étaient remis en mains propres à D, le plus souvent sous pli fermé lors de rendez-vous fixés par ce dernier.
C soutient encore qu'elle n'a opéré des retraits de fonds qu'à partir de 2005 lorsque l'état de santé de son mari se détériorait et que ces retraits furent effectués conformément aux instructions de D; qu'il s'agit de deux retraits, le premier du 4 mars 2005 sur 3000 € et le second du 6 juillet 2005 sur 15.000 € ;
que les prélèvements du
- 30 octobre 1995 sur 28.072,40 FF (695,89 €),
- 2 novembre 1999 sur 7.027,78 €,
- 15 novembre 2000 sur 6.216,88 €,
- 14 novembre 2001 sur 6.250,41 €,
- 6 novembre 2003 sur 12.213 € et
- 10 novembre 2004 sur 10.000 €,

correspondent à des notes de frais et honoraires de E pour la gestion annuelle et autres frais relatifs au fonctionnement de la société ;
que ces retraits ne furent jamais contestés ni par la société ni par D qui avait connaissance de l'intégralité des documents ;
que les autres prélèvements furent tous effectués à la demande et pour le compte de D.

Les parties intimées déclarent former appel incident pour entendre condamner l'appelante à leur payer une somme de 20.000 € pour procédure abusive et vexatoire et un montant de 20.000 € pour chacun des intimés en réparation de leur préjudice moral. Elles demandent enfin la condamnation de l'appelante à leur payer une indemnité de procédure de 2.500 € pour l'instance d'appel.

Suivant conclusions notifiées le 13 septembre 2011, l'appelante corrige sa demande en la portant à la somme de 552.511,34 €.
Elle fait état de ce que son décompte a été faussé par une confusion entre francs français et francs belges quant à certains retraits.

L'appelante demande le rejet de l'exception de caution judiciaire au motif que celle-ci n'a pas été soulevée avant toute autre exception. Subsidiairement, le montant de celle-ci doit être réduit de façon à ne pas être dissuasif pour intenter une action en justice.

L'appel est recevable comme ayant été relevé dans le délai de la loi.

Par courrier du 8 décembre 2011, l'appelante demande le rejet des conclusions notifiées le 24 novembre 2011 par les intimés.

La Cour constate que l'appelante n'a pas demandé le rejet des conclusions en question ni lors de l'audience de la mise en état ni lors de l'audience des plaidoiries fixée le même jour à la suite de la première bien qu'elle y fût représentée par un avocat. La demande présentée par courrier à la Cour après la prise en délibéré de l'affaire est irrecevable.

Superfétatoirement, il y a lieu de constater que les conclusions du 24 novembre 2011 ne contiennent pas d'éléments nouveaux qui seraient pertinentes pour la solution du présent litige. Même à supposer que les conclusions litigieuses eussent encore comporté une réponse, l'appelante avait disposé du temps nécessaire entre le 24 novembre et le 7 décembre 2011 pour notifier des conclusions en réponse. Comme la notification des conclusions du 24 novembre 2011 n'a pas porté atteinte aux droits de défense de l'appelante, la demande tendant au rejet desdites conclusions n'est pas fondée.

Les intimés réitèrent en premier lieu l'exception d'incompétence tirée de la clause compromissoire stipulée dans la « *convention relative à la constitution d'une société* » conclue le 22 novembre 1994.
Suivant cette convention, E s'engage, en qualité de mandataire, à constituer une société avec siège sur les Iles Marshall pour le compte de D, mandant, et de la faire fonctionner, le mandant assumant l'entière responsabilité pouvant découler du fonctionnement de la société et prenant à sa charge l'ensemble des frais de constitution, de fonctionnement et de gestion de la société.

L'appelante relève à juste titre que cette convention conclue entre D et E lui est inopposable ; qu'elle dispose en effet d'une personnalité juridique distincte de celle de son bénéficiaire économique et qu'il n'est pas prouvé qu'elle ait jamais repris pour son compte la clause compromissoire stipulée dans la susdite convention.
Il en suit qu'étant un tiers par rapport à cette convention, celle-ci est une « *res inter alios acta* » à son égard et la clause compromissoire ne peut lui être opposée.
Celle-ci ne peut donc s'appliquer que dans les relations entre D et E quant aux litiges qui naissent de l'exécution de la convention du 22 novembre 1994.

Il en suit que le tribunal et, en instance d'appel, la Cour, sont compétents pour statuer sur le litige entre la A et les consorts C-B.

Les intimés soulèvent la nullité de l'acte d'appel pour libellé obscur au motif que celui-ci ne comporterait aucune ventilation entre les montants réclamés aux intimés en leur qualité d'héritiers de E et ceux réclamés à C à titre personnel.

L'article 585 du NCPC, qui renvoie à la disposition de l'article 154, exige que toute assignation doit, à peine de nullité, contenir l'objet et un exposé sommaire des moyens.

Or, il y a lieu de constater que l'acte d'appel répond à ces exigences.

En l'espèce, une ventilation entre les montants réclamés à C en sa qualité d'héritière de son époux et ceux réclamés à C à titre personnel est superflue et l'absence de ventilation n'a pas porté atteinte aux droits de défense des parties intimées.

D'abord, C a indiqué elle-même, sans être contredite par l'appelante, qu'elle n'avait procédé qu'à deux retraits de fonds pour un montant total de 18.000 € en 2005.
Ensuite, l'ensemble des autres retraits litigieux sur le compte bancaire de l'appelante fut effectué par E, entre le 30 octobre 1995 et le 10 novembre 2004. Tous ces prélèvements, y compris ceux effectués par C, sont susceptibles d'engager la responsabilité de E à l'égard de la société A en sa qualité d'administrateur et de mandataire, peu importe qu'il ait procédé personnellement aux retraits ou que ceux-ci aient été effectués par son épouse en exécution de la procuration sur le compte qu'il lui avait donnée, le mandataire répondant, suivant l'article 1994, point 1°, du code civil, de la personne qu'il s'est substituée dans la gestion quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un. Or il n'est pas prouvé par les éléments de la cause que E ait eu un pareil pouvoir pour gérer et disposer du compte de l'appelante ouvert auprès de la F. Il n'est pas contesté que les deux retraits de C aient été effectués du consentement de E qui était en outre tenu d'une obligation se surveillance quant à la gestion du compte de l'appelante.
Dès lors, la responsabilité de C est susceptible d'être engagée pour l'ensemble des retraits en sa qualité d'héritière de son époux et à titre personnel pour les deux retraits pour un total de 18.000 € effectués en 2005.

L'acte d'appel est par conséquent valable.

Les intimés demandent ensuite qu'ordre soit donnée à l'appelante de constituer une caution judiciaire avant tout autre progrès en cause.
Suivant l'article 257 du NCPC, l'exception de caution « judicatum solvi » doit être soulevée « avant toute exception ». La décision, statuant préalablement au jugement ou à l'arrêt sur le fond, sur l'exception de caution « judicatum solvi », est une décision distincte, susceptible d'appel en elle-même selon le montant de la somme réclamée à titre de caution, indépendamment du taux de la demande principale.
Or, l'appelante relève à juste titre que les intimés n'ont demandé la constitution d'une caution judiciaire qu'après avoir soulevé la nullité de l'acte d'appel pour libellé obscur, de sorte qu'ils sont forclos à se prévaloir de l'article 257 du NCPC.
Il en suit que l'exception de caution judiciaire est irrecevable.

L'appelante demande l'annulation du jugement entrepris au motif qu'il aurait invoqué l'effet relatif de la convention du 22 novembre 1994 qui ne lie que les parties qui l'ont conclue, à savoir D et E, et qui reste inopposable aux tiers et notamment à la société A, mais que le tribunal aurait omis de répondre à ce moyen.

La société A n'avait invoqué le principe de l'effet relatif de la convention litigieuse qu'incidemment dans ses dernières conclusions en première instance.

Dans ses conclusions notifiées le 8 avril 2008, elle s'exprime comme suit :
« *attendu que subitement et ce après au moins trois années de discussions quant aux prélèvements indûment opérés, les parties de Me Vilret-Huot tirent de leur chapeau une convention qui contiendrait une clause compromissoire ;*
que le sieur D n'a jamais souscrit à cette convention ;
qu'aucune personne dûment habilitée n'a porté sa signature sur la prédite convention ;
que la prédite convention est partant manifestement inopposable à la partie concluante (..) »

L'inopposabilité de la convention n'est partant pas déduite du principe de l'effet relatif des contrats, mais de l'allégation qu'elle n'est signée ni par D ni par une « personne dûment habilitée ».

Dans ses conclusions notifiées le 10 septembre 2009, la société A commence par contester l'applicabilité de la clause compromissoire en soutenant que la convention ne la concernerait pas, parce que « *le blanc prévu pour préciser la dénomination de la société n'est pas rempli* » (..) », pour continuer quelques lignes plus loin : « *que toutefois, même à supposer pour les besoins de la cause que la prédite convention soit relative à la création de la partie concluante, ce qui manque cruellement d'être établie, quod non, la prédite convention n'est pas opposable à la partie concluante ; que la prédite convention est suivant les dires adverses prétendument signée par le sieur D et non par la société A* ».

Cette constatation incidente et d'apparence tout à fait anodine que la convention ne porte pas la signature de la société A introduit pour la première fois la question de l'effet relatif de la convention. Ce moyen avait échappé au tribunal.

Comme le moyen en cause énonce un fait (l'absence de signature de la partie demanderesse) et la conséquence juridique que la demanderesse en entend tirer (l'inopposabilité de la convention à son encontre), il aurait exigé une réponse de la part du tribunal pour satisfaire à l'obligation de motiver le jugement. Celui-ci n'étant pas suffisamment motivé au regard des moyens soulevés quant à la question de savoir si la clause compromissoire est applicable au litige, il encourt l'annulation.

Comme le jugement entrepris dont l'annulation sera prononcé au dispositif ci-après, constitue un jugement définitif au sens de l'article 597, alinéa 2, du NCPC, c'est-à-dire un jugement qui sans être avant-dire droit, a statué sur un incident de procédure ou sur une exception, en l'espèce sur un déclinatoire de compétence, et qui a dessaisi définitivement le tribunal sans que le fond ne soit tranché, et que

l'affaire est en état de recevoir une décision définitive, les parties ayant conclu au fond tant en première instance qu'en instance d'appel, il y a lieu de procéder par voie d'évocation.

Les intimés soulèvent enfin l'irrecevabilité de la demande en paiement de l'appelante dans la mesure où la demande originaire sur 500.315,97 € a été portée au montant de 552.511,34 €.
Cette augmentation du montant réclamé ne constitue cependant pas une demande nouvelle au sens de l'article 592 du NCPC. Il s'agit de la rectification d'une erreur sur la devise en laquelle certains prélèvements étaient exprimés et qui s'est répercutée sur leur évaluation en euros.

Par courrier du 8 décembre 2011 l'appelante demande le rejet des débats des conclusions notifiées le 24 novembre 2011 par les intimés.
La demande tendant au rejet de conclusions que la partie destinataire juge tardives et contraires au principe contradictoire doit être formulée lors de l'audience de mise en état et avant la clôture de l'instruction. En l'espèce, l'appelante qui était présente à l'audience de mise en état et à l'audience de plaidoiries du même jour, n'a demandé le rejet des conclusions litigieuses que par courrier du 8 décembre 2011 adressé à la Cour.
Il en suit que cette demande est irrecevable.

Il est constant en cause que E avait, sur les instructions de D, ouvert le compte n° 0727296 auprès de la F le 20 janvier 1995 et qu'il avait pouvoir de faire fonctionner ce compte au nom de la société A, seule titulaire du susdit compte.

Il n'est pas contesté que E en sa qualité d'administrateur du compte, est tenu d'une obligation de rendre compte de sa gestion au titulaire du compte. La qualité de la société A pour demander cette reddition de comptes et réclamer la restitution des sommes prélevées n'est pas discutée.

Quant à la reddition des comptes, les intimés indiquent que les prélèvements furent effectués sur les instructions verbales de D et que les fonds prélevés lui furent remis en main propre, le plus souvent sous pli fermé (conclusions notifiées le 7 juillet 2011, point 2.1.2).

Les intimés soutiennent encore que certains prélèvements, énumérés supra, ont trait au paiement en faveur de E de frais d'honoraires et de gestion.
La Cour constate cependant que l'appelante conteste la cause de ces prélèvements et que les intimés ne fournissent aucune pièce justificative quant à ces retraits.

Ils versent deux documents intitulés « *notes de frais et honoraires* » portant chaque fois sur 5.500 USD pour la gestion de 1995 et de 1996-1997 et signés par E et D.
Ces montants de 2x 5.500 USD furent prélevés sur le compte auprès de la F.

Le premier retrait du 30 octobre 1995 sur 5.500 USD est repris sur le décompte de l'appelante, converti en FRF, soit un montant de 28.072,40 francs.
Le second retrait du 11 octobre 1996 sur 5.500 USD n'est pas repris sur le décompte de l'appelante. Le montant du retrait du 11 octobre 1996 qui y figure, porte sur 5.500 FRF.

La partie appelante n'a pas pris position sur les six retraits repris au dispositif du présent arrêt que les intimés justifient par le paiement de frais et honoraires dus à E pour l'administration de la société. Comme la justification avancée par les intimés quant à ces prélèvements ne peut pas d'ores et déjà être écartée comme dépourvue de toute vraisemblance au vu de la périodicité et du montant des retraits, il y a lieu de surseoir à statuer sur la demande en restitution en attendant que l'appelante y prenne position de façon circonstanciée.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

déclare non fondé le déclinatoire de compétence opposé par les parties intimées ;

dit l'appel recevable ;

dit non fondée l'exception de nullité de l'acte d'appel pour libellé obscur ;

déclare irrecevable l'exception de caution judiciaire ;

dit non fondée la fin de non-recevoir opposée par les intimés à l'augmentation du montant de la demande en restitution ;

déclare irrecevable la demande de l'appelante tendant au rejet des conclusions notifiées le 24 novembre 2011 par les intimés ;

annule le jugement entrepris ;

dit qu'il y a lieu de procéder par voie d'évocation ;

donne acte aux parties intimées de leur appel incident ;

avant tout autre progrès au fond :

enjoint à la partie appelante de prendre position de façon circonstanciée quant aux retraits du :
- 30 octobre 1995 sur 28.072,40 FF (695,89 €),
- 2 novembre 1999 sur 7.027,78 €,
- 15 novembre 2000 sur 6.216,88 €,
- 14 novembre 2001 sur 6.250,41 €,
- 6 novembre 2003 sur 12.213 € et
- 10 novembre 2004 sur 10.000 €,
correspondent, suivant les parties intimées, à des notes de frais et honoraires de E pour la gestion annuelle et autres frais relatifs au fonctionnement de la société A;

dit cette instruction complémentaire se déroulera sous la surveillance du magistrat de la mise en état désigné ;

sursoit à statuer sur les demandes en dommages et intérêts et en obtention d'une indemnité de procédure ;

réserve les frais.

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite audience publique par Edmée CONZEMIUS, présidente de chambre, en présence d'Antoinette PASCUCCI, greffier.