A r r ê t c i v i l

Audience publique du mercredi, vingt juin deux mille douze

Numéro 30883 du rôle

Composition :

Marc KERSCHEN, président,
Camille HOFFMANN, premier conseiller,
Mireille HARTMANN, conseiller,
Antoinette PASCUCCI, greffier.

E n t r e :

la société anonyme **B.1.) SA,** anciennement B.1.) SA, établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration en fonctions, reprenant l'instance initialement introduite par la société anonyme B.1.) SA, établie et ayant son siège social à L-(…), représentée par son conseil d'administration en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre KREMMER de Luxembourg en date du 07/05/2004,

comparant par Maître François PRUM, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1) A.), demeurant à L-(…), prise en sa qualité d'héritière de feu X.), sans état, ayant demeuré à L-(…),

intimée aux fins du prédit exploit KREMMER,

comparant par Maître Sibel DEMIR, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) B.), exploitante d'un laboratoire d'analyses, demeurant à B-(…),

intimée aux fins du prédit exploit KREMMER,

comparant par Maître Marc THEWES, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

3) C.), pharmacien biologiste, B-(…),

intimé aux fins du prédit exploit KREMMER,

comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

4) D.), homme d'affaires, demeurant à B-(…),

intimé aux fins du prédit exploit KREMMER, et réassigné aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg en date du 25/03/2008,

qui n'a pas constitué avocat.

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

Revu l'arrêt du 4 mars 2009 par lequel la Cour autrement composé a rejeté la demande de demande en péremption d'instance présentée par B.).

Il y a lieu de rappeler que par jugement rendu contradictoirement le 18 février 2004 entre, d'une part, la S.A. B.1.) et, d'autre part, X.), veuve Y.), C.), D.) et B.), le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a débouté la B.1.) de sa demande en paiement de la somme de 5.212.199.- francs au motif qu'il ne serait pas établi que le solde débiteur réclamé par la banque constitue le solde débiteur du compte visé par les documents d'ouverture de compte signés par B.) et Y.) pour la société civile « LAB.1.) » en voie de formation.

Ce jugement a été entrepris par la S.A. B.1.) selon exploit d'huissier du 7 mai 2004 qui a intimé toutes les parties défenderesses en première instance. Une réassignation a été lancée le 25 mars 2008 à l'encontre de D.) qui n'avait pas constitué avocat. D.) continue à accorder défaut.

Le 8 novembre 2006, la S.A. B.1.) (ci-après la banque) a assigné en reprise d'instance à la suite du décès de X.), survenu le 31 janvier 2006, sa fille A.). A.) bien qu'ayant constitué avocat, n'a pas conclu.

A l'appui de son appel, l'appelante fait valoir qu'en date du 25 mai 1989, Y.) et B.) avaient signé une demande d'ouverture de crédit pour le compte d'une société civile en voie de constitution sous la raison sociale « LAB.1.) », compte qui affichait le 13 décembre 1994 un débit de 5.212.199.- francs. La société sous le nom de laquelle le compte fonctionnait n'a jamais été constituée.

En raison de la communauté légale et suite au décès de Y.), X.) serait tenue pour la moitié du passif de la communauté et en sa qualité d'héritière, elle serait redevable de l'intégralité de la dette conformément à l'article 724 du code civil.

En sa qualité de cocontractante B.) serait solidairement et indéfiniment tenue des engagements pris en vue de la création de la société, donc de l'ouverture et du fonctionnement du compte bancaire. Le solde débiteur ressortirait bien de l'extrait de compte versé et les pièces soumises établiraient que le solde réclamé trouverait son origine dans l'ouverture de crédit. La numérotation du compte aurait été modifiée à partir du 1er janvier 1993 selon pièces produites en cause en première instance. Sa créance serait justifiée à suffisance de droit.

En première instance X.) avait assigné en intervention C.) et D.) pour être les véritables maîtres économiques de l'affaire, pour avoir demandé la ligne de crédit à la banque et pour s'être, selon acte sous seing privé du 21 avril 1989, reconnus débiteurs purs et simples de toutes les dettes qui pourraient être engendrées par l'existence ou l'activité de la société et pour lesquelles Y.) pourrait être recherché. Dans son jugement du 18 février 2004 le tribunal avait dit sa demande sans objet au regard du sort réservé à la demande principale.

C.) constate qu'aucune demande n'est formulée à son encontre en instance d'appel.

B.) argumente que le solde débiteur dont le remboursement est demandé trouve son origine dans la seule convention de crédit signée entre la banque et le Dr Y.) et n'a rien à voir avec la demande d'ouverture de compte du 25 mai 1989 et la fiche de signatures du 8 janvier 1990. Le jour de l'entrée en relation, le compte aurait déjà accusé un solde débiteur de 1.041.559.-francs sur base d'une ligne de crédit accordée le 17 mai 1989 au LAB.1.) qui aurait été le seul exploitant du laboratoire portant son nom. Il ne serait pas établi que la société qui devait à un moment donné être constituée eût repris à son compte la relation bancaire préexistante. Aucune novation par changement de débiteur ne serait prouvée, ni même invoquée. Il n'y aurait pas eu cession de dette et aucune association n'aurait été réalisée. L'effet de la solidarité ne saurait jouer et elle ne serait pas tenue des dettes du défunt Y.). A toutes fins utiles, en cas de condamnation, elle conclut à être tenue quitte et indemne par l'héritière A.) et se réserve le droit de mettre en cause la responsabilité de la banque.

Selon la banque les arrangements entre Y.) et B.) ne lui seraient pas opposables. Elle se baserait sur la convention de crédit du 17 mai 1989 selon laquelle l'emprunteur serait le « LAB.1.) » et dont un projet de statuts du 12 avril 1989 lui avait été soumis. Dès lors que selon le point 7 de la convention de crédit l'emprunteur a certifié qu'elle est une société civile dûment créée et existant conformément au droit luxembourgeois et qu'elle a le pouvoir et la capacité de conclure le contrat et d'en exécuter toutes les dispositions et conditions, elle était en droit de croire en l'existence de la société. Le compte aurait été créé le 17 mai 1989 et des opérations auraient été effectuées à partir de cette date. Le 25 mai 1989 Y.) et B.) auraient requis l'ouverture d'un compte joint au nom de la société avec droit de signature conjointe. Le lien contractuel serait établi à suffisance de droit, les comptes présentant la même racine bancaire. Le compte aurait été ouvert le 17 mai 1989 sur demande orale des co-titulaires, le jour de la signature de la convention de crédit, pour être officiellement ouvert seulement le 25 mai 1989 par la signature de la demande d'ouverture. Les opérations faites sur le compte à partir du 17 mai 1989 correspondraient à des dépenses de fonctionnement du laboratoire et B.) aurait cosigné les virements à partir du 17 mai 1989. Les extraits y relatifs auraient été envoyés quotidiennement au laboratoire, ceci sur demande des deux co-titulaires. B.) n'aurait jamais contesté les extraits et serait présumée avoir acquiescé aux transactions passées. Elle aurait également cosigné les documents administratifs dans les rapports contractuels avec la banque. En signant la demande d'ouverture de compte en date du 25 mai 1989 elle aurait ratifié les opérations antérieurement passées. Une obligation solidaire existerait entre les deux co-titulaires en application de l'article 1887 du code civil quant à la dette pouvant résulter de la clôture du compte, sinon une obligation in solidum, sinon une obligation conjointe.

La banque ajoute que même si la société n'a jamais été constituée, elle aurait légitimement pu croire en son existence, il y aurait donc eu création d'une société de fait, sinon existence d'une société apparente.

En cas d'inexistence de société, les fondateurs auraient engagé leur responsabilité contractuelle, sinon délictuelle. Ils auraient omis de l'informer de l'absence de constitution de la société et partant du changement de la situation annoncée lors de l'ouverture du compte.

Pour autant que de besoin la banque formule une offre de preuve testimoniale tendant à établir que le compte no … est la nouvelle numérotation du compte numéro … et que l'ancien compte … est actuellement le compte no ….

Par des conclusions finales B.) fait valoir que le document d'ouverture de compte aurait été une demande d'ouverture de compte pour une personne morale. Le client de la banque et titulaire du compte aurait été le LAB.1.). Le docteur Y.) aurait été le seul à signer la convention de crédit et le seul à avoir sollicité l'emprunt. Elle ne serait pas partie à la convention de crédit qui ne porterait pas son nom, qu'elle n'aurait pas signée et qui aurait été dénoncée au seul docteur Y.). Elle n'aurait

eu aucune qualité pour acquiescer ou contester les extraits de compte établis au nom du laboratoire, la société n'ayant pas été créée. La banque aurait également conclu hâtivement à l'existence d'une société de fait sans néanmoins établir la preuve d'un apport, d'une participation aux gains et pertes et d'un affectio societatis. L'objet de la société invoqué serait par ailleurs impossible, seules des personnes physiques pouvant être autorisées à exploiter un laboratoire. Les pièces versées par la banque ne feraient pas mention d'une reprise de la convention de crédit accordée au docteur Y.) par la société civile en voie de formation. A titre subsidiaire, la concluante conteste toute obligation solidaire dans son chef.

Les faits peuvent se résumer comme suit :

Par convention de crédit du 17 mai 1989, signée, d'après les pièces versées à la Cour seulement par la banque, la banque B.1.) a accordé au LAB.1.) un crédit d'un montant principal de 8.000.000.- francs utilisable sous forme de découvert autorisé pour la durée d'un an, « soit jusqu'au 10 mai 1990 ».

Suivant cette convention « l'emprunteur » certifie qu'elle est une société civile dûment créée et existant conformément au droit luxembourgeois et que, de par ses statuts, elle a le pouvoir et la capacité de conclure le présent contrat et d'en exécuter toutes les dispositions et conditions.

En date du 25 mai 1989 Y.) et B.) ont signé une demande d'ouverture de compte courant auprès de la même banque pour compte de la société civile « en constitution » LAB.1.).

Par courrier du 4 août 1989 la banque a accusé réception des documents d'ouverture de compte et a précisé que le compte no … est désormais réservé au nom de la société civile en formation et a réclamé les statuts définitifs de la société civile ainsi qu'un extrait du registre de commerce dès que ceux-ci seront disponibles.

Suivant les relevés de compte versés en cause un compte courant figurant sous le no … avec l'intitulé « LAB.1.) » a cependant déjà fonctionné en date du 17 mai 1989 et a présenté le 25 mai 1989 un solde débiteur de 1.041.559.-francs. Le 4 août 1989 le solde débiteur s'est élevé à 4.898.996.-francs.

La fiche « signature » du compte … ne date que du 8 janvier 1990. Suivant cette dernière, B.) et feu Y.) ont eu en qualité de titulaires, respectivement de co-titulaires la signature conjointe du compte précité no … repris sous l'intitulé LAB.1.). A ce moment le débit du compte, s'est chiffré à 8.366.319.- francs. Suivant les relevés de compte le compte est intitulé à partir de l'année 1990 « B.)-Y.) société civile en formation ».

Le 8 janvier 1990 avec référence au compte no …, la banque a également invité le LAB.1.) de régulariser le dossier et de verser les

originaux, respectivement des copies certifiées conformes des statuts définitifs enregistrés ainsi que l'extrait du registre de commerce.

En date des 12 février 1990, 12 mars 1990, 12 avril et 14 mai 1990 cette demande a été réitérée.

Le 31 octobre 1991 la banque a invité une première fois le LAB.1.), avec lettre adressée au (…) à l'attention de Monsieur Y.) et de Madame B.), à rembourser jusqu'au 4 décembre 1991 le montant débiteur du compte … s'élevant à 7.955.086.- euros.

Le 13 mai 1992 par lettre au laboratoire, mais adressée seulement à l'attention de Y.), la banque a demandé à nouveau le remboursement du solde débiteur s'élevant à ce moment à 5.669.722.-francs jusqu'au plus tard pour le 15 juin 1992.

Le 4 août 1992 la banque a écrit au LAB.1.), à l'attention de Y.), qu'elle a noté qu'il a pris contact avec la B.2.) afin de négocier la mise en place d'une ligne de crédit « en faveur de son affaire », tout en l'invitant de prendre toutes dispositions pour assurer le remboursement intégral du solde débiteur de 6.042.020.- francs en ses livres pour le 31 octobre 1992 au plus tard.

Dans sa lettre la banque a encore précisé qu'elle avait « bien noté que dans l'intervalle vous nous verserez à chaque fin de mois, et ce à partir du mois d'août, un montant minimum de FLUX 300.000.-, en sus des intérêts débiteurs payables en fin de trimestre » et qu'en cas de défaut d'un de ces versements mensuels, l'intégralité de sa créance deviendra immédiatement exigible sans autre mise en demeure.

Si cette lettre ne contient aucune référence à un compte bancaire, le montant de 6.042.020.-francs correspond cependant, d'après le relevé de compte versé par la banque, au solde débiteur du compte courant … du même jour.

Le 31 décembre 1992 le compte no … a présenté un solde débiteur de 5.493.830.- francs.

Il résulte par ailleurs des pièces versées en cause qu'en janvier 1993, la numérotation du compte … a été changée et que ce dernier a porté depuis cette date le numéro …, l'intitulé ayant été resté le même. Ce fait est confirmé par l'attestation testimoniale de T.1.) du 23 mars 2006.

Après un paiement de 69.797 francs, le solde débiteur du compte … précité s'élevait en date du 19 janvier 1993 à 5.424.033.-euros pour se chiffrer finalement en date du 13 décembre 1994 à 5.212.199.-francs.

S'il résulte des éléments qui précèdent que le débit du compte … s'explique par l'utilisation de la ligne de crédit du 17 mai 1989, il en résulte cependant également que ce compte n'est pas un compte joint ouvert aux noms de Y.) et de B.), ces derniers ayant formulé la demande pour compte de la société civile en formation LAB.1.), ce dont

la banque a été bien consciente. En effet, s'il est indiqué dans la convention de crédit que l'emprunteur est une personne morale constituée, il est cependant constant en cause qu'à cette date la banque disposait seulement d'un projet de constitution de société datée, d'après une mention manuscrite y apportée, du 12 avril 1989. Tous les documents versés en cause par la banque font par ailleurs expressément référence à une personne morale en formation, respectivement au Laboratoire et suivant les affirmations de la banque confirmées par les relevés de compte versés en cause, le compte a été utilisé pour les besoins du fonctionnement du laboratoire.

Or, il est constant en cause que la société civile projetée n'a jamais été constituée étant donné que, suivant les affirmations non contestées de B.), il s'est par la suite avéré que les dispositions législatives ne permettaient pas à la société civile de reprendre les activités du docteur Y.) qui exploitait le laboratoire en son nom personnel depuis des années mais qui, en raison d'un changement de législation, risquait à la fin des années 1980 de se voir enlever son autorisation d'exploitation, ce qui a effectivement été fait en 1993 après l'expiration de tous les recours possibles à l'encontre d'une première décision en ce sens rendue en 1990.

La banque soutient cependant que Y.) et B.) se sont comportés comme des associés à son égard et conclut, dès lors, à l'existence d'une société de fait ou d'une société apparente. A l'appui de son argumentation elle fait valoir que B.) aurait signé dès le 17 mai 1989 les virements effectués à partir du compte no … devenu le compte no ….

On se trouve en présence d'une société de fait si la preuve est rapportée que les parties avaient entendu se comporter comme tels ou du moins avaient inconsciemment cette attitude, à savoir: mise en commun de biens ou d'activités, en vue de partager gains et pertes dans l'esprit de collaboration égalitaire appelé l'affectio societatis (CA 15 02 1984, rôle no 7547).

Or, les éléments du dossier ne permettent pas de retenir qu'il y a eu un véritable apport en société de la part des deux prétendus associés, ni une véritable participation des deux associés aux résultats de l'exploitation sur une base équitable.

La banque ne saurait davantage faire valoir qu'elle a pu légitimement croire à l'existence d'une société même si, dans la réalité, il n'en existait aucune étant donné que les documents d'ouverture du compte … ainsi que les lettres ultérieures de la banque précisent que le titulaire du compte est une société en formation et que l'appelante a elle-même réclamé à plusieurs reprises la communication des statuts définitifs.

La banque conclut encore à l'engagement solidaire de B.) et de Y.) qui, en leur qualité de fondateurs de la société civile LAB.1.), devraient supporter le défaut de paiement du débit en compte.

En fait l'appelante semble faire état de l'article 12bis de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. En l'absence de disposition spéciale cet article, suivant lequel ceux qui pour une société en formation ont pris un engagement à quelque titre que ce soit en sont personnellement et solidairement responsables, n'est pas applicable aux sociétés civiles dont les associés sont, sauf convention contraire, seulement obligés envers les créanciers chacun pour une somme et part égales.

L'appelante est donc mal venue de se baser sur un engagement personnel de B.) à son encontre tant en ce qui concerne l'emprunt qu'elle n'a jamais signé que pour le compte courant … qui, tout comme les conditions générales y annexées telles que versées en cause, ne fait pas référence à un engagement de sa part pour combler personnellement un éventuel débit de compte (ni à fortiori un débit de compte provenant de l'utilisation d'une ligne de crédit et plus précisément de celle du 12 mai 1989.)

En l'absence d'une mention relative à un emprunt, la signature de la demande d'ouverture du compte courant pour compte de la société en voie de formation LAB.1.) par B.) ne saurait pas non plus valoir ratification de la convention de crédit, ni être source d'un engagement personnel au remboursement d'un débit en résultant.

A défaut d'avoir été associée dans une société exploitant le laboratoire, le fait de la part de B.) d'avoir cosigné des virements du compte … aux fins de satisfaire à la double signature prévue pour le fonctionnement du compte ne peut pas non plus être considéré comme une manifestation d'un engagement personnel de sa part à combler le débit du compte ayant profité au seul docteur Y.). Il en est de même de l'absence de réaction suite à l'envoi des virements envoyés à l'adresse du laboratoire, B.) n'ayant, en l'absence de constitution de la société, pas la qualité pour les contester.

La demande basée sur l'article 1887 du code civil dirigée à l'encontre de B.) est donc à rejeter.

Il résulte par contre des éléments du dossier versés en cause que c'est Y.) qui a négocié le crédit avec la banque et qui en a profité par l'intermédiaire du compte no … pour assurer le fonctionnement de son laboratoire qu'il a, faute de constitution de la société projetée, continué à exploiter personnellement.

Ce fait est encore confirmé par les entretiens en vue du règlement du débit que la banque a eu seule avec ce dernier.

La Cour en déduit que Y.) a agi pour son propre compte, partant en son nom personnel de sorte que ce dernier reste tenu des engagements pris par lui.

Y.) étant décédé en 1996, la banque peut donc en principe diriger sa demande contre ses héritiers.

Cette dernière s'est d'abord adressée à X.), son épouse survivante pour lui réclamer le paiement de l'intégralité de la dette en faisant état du régime matrimonial ayant existé entre cette dernière et feu Y.) ainsi que de l'article 724 du code civil suivant lequel les héritiers d'un défunt sont tenus de toutes ses dettes par l'effet de l'ouverture de la succession.

Après le décès de X.) en janvier 2006, la banque a dirigé son action à l'encontre de A.), fille commune de Y.) et de X.).

Suivant les conclusions versées en cours de procédure Y.) aurait cependant laissé comme héritiers non seulement son épouse survivante X.), et leur fille commune A.), mais également deux enfants issus d'un premier mariage.

Aucune déclaration de succession n'est cependant versée en cause.

La banque qui affirme, en outre, que même si les époux Y.)-X.) auraient été mariés sous le régime de la séparation de biens, le laboratoire aurait constitué leur seul bien commun, ne verse pas non plus de pièce à cet égard.

Si suivant l'article 724 du code civil les héritiers ayant accepté purement et simplement une succession sont tenus de toutes les dettes du de cujus, ces derniers ne sont cependant, par application de l'article 1220 du même code, que tenus pour leur part et portion virile, de sorte qu'il y a lieu, avant tout autre progrès en cause, d'inviter la banque à verser les documents nécessaires pour permettre à la Cour d'apprécier le bien fondé de sa demande dirigée à l'encontre de A.) et de conclure par rapport aux pièces versées en cause.

Pour conclure à l'adjudication de sa demande à l'encontre de B.), la banque invoque en ordre subsidiaire la responsabilité contractuelle et en ordre plus subsidiaire la responsabilité délictuelle de cette dernière.

Or, comme la banque a été, au vu de ce qui précède, parfaitement au courant que la société civile projetée n'a finalement pas été constituée, elle ne saurait pas non plus se baser sur un défaut d'information de l'absence de constitution de la société pour conclure à une faute de B.) dans la genèse du préjudice invoqué.

Il s'ensuit que la demande dirigée à l'encontre de B.) est à rejeter tant sur base de la responsabilité contractuelle, que sur base de la responsabilité délictuelle.

Les juges de première instance sont donc à confirmer en ce qu'ils ont rejeté la demande de la banque dirigée à l'encontre de B.).

Faute par B.) d'établir en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge tout ou partie des frais irrépétibles qu'elle a exposés, sa demande en

allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à rejeter.

Les frais de l'appel pour autant qu'il est dirigé à l'encontre de B.) sont à supporter par l'appelante.

Il y a lieu de réserver le surplus.

PAR CES MOTIFS

la Cour première chambre, siégeant en matière civile, statuant par arrêt réputé contradictoire à l'égard de D.) et contradictoirement à l'égard des autres parties, le magistrat de la mise en état entendu en son rapport,

reçoit l'appel en la forme

dit l'appel non fondé en ce qui concerne la demande dirigée à l'encontre de B.),

partant confirme le jugement entrepris en ce qu'il a débouté la B.1.) de sa demande dirigée à l'encontre de B.),

pour le surplus, et avant tout autre progrès en cause, invite la B.1.) à verser une copie du contrat de mariage entre Y.) et X.) invoquée à la base de sa demande dirigée à l'encontre de A.) ainsi que copie des déclarations de succession des de cujus et de conclure en conséquence quant au bien-fondé et quant à l'ampleur de sa demande dirigée à l'encontre de A.),

dit non fondée la demande de B.) en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel et en déboute,

condamne la B.1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel pour autant qu'elle est dirigée à l'encontre de B.) avec distraction au profit de Maître Marc Thewes qui la demande affirmant en avoir fait l'avance,

réserve les autres frais,

renvoie l'affaire devant le magistrat de la mise en état.

La lecture du présent arrêt a été faite en la prédite audience publique par Marc KERSCHEN, président, présence d'Antoinette PASCUCCI, greffier.