Arrêt commercial

Audience publique du dix-sept décembre deux mille huit.

Numéro 30708 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, première conseillère;
Jean ENGELS, avocat général;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

Maître Yvette HAMILIUS, *avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, prise en sa qualité de curateur de la faillite de la société à responsabilité limitée de droit luxembourgeois AAA, établie et ayant son siège social à XXX, déclarée en état de faillite par jugement du Tribunal de Commerce de et à Luxembourg en date du 8 février 2002,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette du 6 octobre 2008,*

comparant par elle-même ;

e t :

la société de droit du Liechtenstein BBB, *établie et ayant son siège social à YYY, représentée par ses dirigeants sociaux actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit STEFFEN,*

comparant par Maître Arsène KRONSHAGEN, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par acte passé le 26 septembre 2000 devant Maître Robert Schumann, notaire de résidence à Differdange, la société à responsabilité limitée AAA et CCC ont reconnu avoir reçu de la part de la société de droit du Liechtenstein BBB un prêt de 425.000.- euros qu'ils se sont engagés à rembourser sur une période de vingt ans. Afin de garantir le remboursement du prêt la société AAA et CCC ont constitué des hypothèques sur plusieurs de leurs immeubles. L'hypothèque consentie par la société AAA porte sur deux immeubles, à savoir:

1. un terrain avec station-service sis à ZZZ, inscrit au cadastre comme suit: commune ……., section B ……, n° …….., lieu dit "rue de …….", maison place comprenant 3 ares et 10 centiares ainsi que le n° …….., même lieu dit, place comprenant 0 ares et 28 centiares,
2. le lot privatif n° …, à savoir le parking n° .. au premier sous-sol des bâtiments A, B, C et de la petite place, représentant 0,667646/1000èmes de la copropriété …….. sis à ……., section A ……, n° ……, lieu dit "……..", maison place comprenant 30 ares et 29 centiares, ainsi que 0,667646/1000èmes des parties communes.

Les hypothèques ont été inscrites au deuxième bureau des hypothèques de l'administration de l'enregistrement et des domaines à Luxembourg le 9 octobre 2000 sous le volume 630, article 30.

La société AAA a été déclarée en faillite par un jugement du tribunal de commerce de Luxembourg du 8 février 2002. Maître Yvette Hamilius a été nommée curateur de la société en faillite.

Par exploit d'huissier du 10 juin 2003 Maître Yvette Hamilius, agissant en sa qualité de curateur de la faillite de la société AAA, a fait comparaître la société BBB devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour voir dire que l'hypothèque inscrite au profit de l'assignée est nulle et de nul effet et en voir ordonner la mainlevée et la radiation du registre.

A l'appui de cette demande Maître Yvette Hamilius a soutenu en ordre principal que le prêt sur base duquel l'hypothèque a été constituée est inexistant. En ordre subsidiaire elle a invoqué les dispositions des articles 448 du code de commerce et 1167 du code civil, soutenant que les opérations effectuées entre les sociétés AAA et BBB étaient destinées à soustraire les bénéfices et avoirs de la société AAA du gage de ses créanciers. A titre très subsidiaire elle a soutenu que la défenderesse a renoncé à son hypothèque.

Par jugement rendu le 18 février 2005 le tribunal, siégeant en matière commerciale, a débouté Maître Hamilius ès qualité de sa demande.

Par exploit d'huissier du 6 octobre 2005 Maître Yvette Hamilius a régulièrement relevé appel de ce jugement non signifié.

La société BBB en a relevé appel incident.

A l'appui de son appel incident la société BBB conclut en premier lieu à l'incompétence des juridictions luxembourgeoises pour connaître du litige.

Maître Yvette Hamilius oppose l'irrecevabilité de ce moyen au motif qu'il aurait dû être soulevé in limine litis et qu'il est en l'espèce soulevé pour la première fois en instance d'appel.

Le moyen d'incompétence doit être soulevé avant toute défense au fond et toute autre exception. Dans le jugement entrepris il est dit que Maître Pierre Schleimer, initialement constitué pour la partie défenderesse, a informé le tribunal du dépôt de son mandat et qu'aucun nouvel avocat ne s'est constitué par la suite. Il ne résulte pas du dossier de procédure de première instance versé par Maître Hamilius que de quelconques conclusions aient été prises pour la société BBB. Le moyen d'incompétence soulevé in limine litis en instance d'appel est partant recevable.

A l'appui de son moyen la société BBB fait valoir que l'action introduite par Maître Hamilius renferme deux demandes différentes, à savoir l'une tendant à faire constater l'inexistence du prêt litigieux et l'autre destinée à faire constater la nullité de l'hypothèque et partant à faire ordonner la mainlevée et la radiation de l'inscription hypothécaire. Or, selon BBB, l'article 6 du contrat de prêt conclu entre parties stipule: *"Ausschliesslicher Gerichtszustand ist Vaduz, wobei der Darlehensgeber berechtigt ist, den Darlehensnehmer auch vor jedem anderen zuständigen Gericht zu verklagen."* Renvoyant au Répertoire Pratique de Droit Belge (Verbo Hypothèques et privilèges immobiliers, n° 2667) la société BBB soutient que, la radiation ne pouvant être ordonnée que comme une suite de l'annulation de la créance garantie par l'inscription hypothécaire, le juge compétent est celui qui est prévu dans la clause d'élection de for stipulée dans le contrat de prêt.

Maître Yvette Hamilius conclut au rejet du moyen, renvoyant à l'acte notarié d'inscription hypothécaire qui prévoit la compétence des tribunaux luxembourgeois. Elle fait encore valoir que BBB a fait une déclaration de créance et que c'est en sa qualité de créancier qu'il y a lieu de toiser la question de l'inscription hypothécaire, que les tribunaux luxembourgeois sont dès lors encore compétents pour connaître de la

demande, s'agissant d'une action inhérente à la faillite et née de la faillite.

La demande de Maître Yvette Hamilius, telle qu'elle est circonscrite dans l'exploit d'assignation, tend à voir dire nulle et de nul effet l'hypothèque inscrite au profit de BBB et à en voir ordonner la mainlevée et la radiation du registre.

Dans l'acte notarié d'inscription d'hypothèque il est dit *"und für Klagen welche mit diesem Vertrag in Zusammenhang stehen sind ausschliesslich die Gerichte des Grossherzogtums Luxemburg zuständig".* Par ailleurs, l'article 2159 du code civil prévoit que la radiation non consentie d'une inscription hypothécaire est demandée au tribunal dans le ressort duquel l'inscription est faite.

Les moyens invoqués à l'appui de la demande en nullité de l'hypothèque et en radiation de l'inscription hypothécaire, dont celui de la nullité, sur base de l'article 448 du code de commerce, des opérations effectuées entre AAA et BBB, parmi lesquelles figure le prêt litigieux, n'ont pas d'incidence sur la compétence déterminée par la demande.

L'ouvrage cité par la société BBB à l'appui de son moyen d'incompétence ne dit pas ce que veut lui faire dire l'intimée, y étant relevé que si la question de radiation est l'accessoire d'une demande personnelle formée contre le créancier au lieu de son domicile et tendant à faire constater la nullité de la créance, la demande de radiation doit être portée devant le tribunal saisi de l'action principale. Cette hypothèse n'est pas donnée en l'espèce.

A l'appui de son appel incident la société BBB conclut en deuxième lieu à l'irrecevabilité de la demande sur base de l'article 17 de la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels.

Par courrier du 29 mars 2004 Maître Hamilius a demandé au conservateur des hypothèques de procéder à la transcription de l'assignation du 10 juin 2003. Il lui a été répondu par courrier du 30 mars 2004 que l'émargement demandé n'est pas prévu par la loi, s'agissant d'une inscription à rayer et non pas d'une transcription à annuler, tel que visée par l'article 17 de la loi du 25 septembre 1905.

Le moyen est encore à rejeter et l'appel incident est à dire non fondé.

Quand au fond, la société BBB soutient que d'après l'article 6 du contrat de prêt litigieux: "*Auf diesen Darlehensvertrag findet das Recht der Bundesrepublik Deutschland Anwendung",* qu'il s'en suit que la question de l'existence et de la validité du prêt litigieux est à analyser par rapport aux règles de droit allemandes.

Il est vrai qu'après la déclaration de faillite, comme avant, la validité des actes doit se juger selon le droit étranger que les parties ont choisi. Ce principe ne vaut cependant pas pour toutes sortes de contestations. Il ne vaut notamment pas lorsque l'action en nullité se fonde sur des faits auxquels la loi luxembourgeoise attache la sanction de nullité par un souci d'ordre public, de protection des tiers et d'égalité des créanciers, ce qui est le cas pour les nullités propres à la faillite, mais aussi pour l'action paulienne en cas de faillite prévue par l'article 448 du code de commerce (Les Novelles, Droit commercial, T. IV, n° 2625).

Le moyen de l'applicabilité de la loi allemande n'est donc pas fondé.

Pour rejeter le premier moyen de Maître Hamilius tiré d'une inexistence du prêt constaté dans l'acte d'inscription hypothécaire les premiers juges ont dit qu'aux termes de cet acte seul CCC a déclaré avoir reçu de BBB un prêt de 425.000.- euros, qu'il en découle que la société AAA est intervenue dans cet acte, non comme débitrice, mais comme caution réelle. Ils ont dit que la sincérité de la déclaration de CCC n'étant pas protégée par l'authenticité attachée à l'acte, Maître Hamilius peut prouver par toutes voies de droit que BBB n'a pas remis cette somme à CCC, que Maître Hamilius tente cependant de prouver que BBB n'a pas remis le montant prêté à AAA, qui n'est pas débitrice.

L'appelante reproche à bon droit aux premiers juges d'avoir mal interprété l'acte d'inscription hypothécaire dans lequel la société AAA et CCC sont intervenus comme parties débitrices.

La société BBB soutient que Maître Hamilius plaide à tort l'inexistence du prêt qui est à la base de l'inscription hypothécaire. Elle fait valoir qu'il résulte des pièces versées par elle qu'il y a eu conclusion d'un contrat de prêt entre parties et que BBB a versé, à titre de prêt, des sommes dépassant largement l'inscription hypothécaire.

D'après ces pièces les sociétés BBB et AAA ont conclu le 2 juin 1997 un contrat de prêt dans lequel il est dit:

"Der Darlehensnehmer, ein Transportunternehmen in Luxemburg, benötigt fortlaufend Darlehen zur Finanzierung von Betriebsmitteln sowie seines Fuhrparks. Der Darlehensgeber ist bereit, dem Darlehensnehmer die dafür notwendigen Geldsummen auf dessen Aufforderung in Form von einzelnen Darlehen zu den Bedingungen dieses Darlehens zur Verfügung zu stellen."

La société BBB verse d'autre part près de trente courriers par lesquels elle informe AAA que, conformément à la convention conclue, elle lui accorde un prêt d'un tel montant. Ces montants, variables, sont exprimés en schillings autrichiens, DM et euros.

Elle verse enfin différents ordres de transferts bancaires dont résulte que les sommes prêtées ont été virées à AAA.

Les pièces versées établissent que le prêt qui est à la base de l'inscription hypothécaire existe. La circonstance que le montant précis de 425.000.- euros figurant dans l'acte notarié n'est renseigné dans aucun des différents prêts accordés par BBB à AAA ne porte pas à conséquence du moment que le total de ces prêts dépasse largement ce montant et que les parties peuvent assortir d'une garantie réelle tel montant qu'il leur plaît du moment qu'il reste dans la limite des sommes prêtées. La Cour relève dans ce contexte que la société BBB a déclaré dans la faillite AAA une créance de 5.425.626,36 euros, y compris la créance hypothécaire de 425.000.- euros, créance que dans l'exploit d'assignation le curateur déclare être confirmée par le détail du compte prêt lui remis par BBB.

Le moyen de l'inexistence d'un prêt à la base de l'inscription hypothécaire n'est pas fondé.

A l'appui de son moyen basé sur l'article 448 du code de commerce, Maître Hamilius soutient que, contrairement à ce qu'ont admis les premiers juges, il y a eu fraude aux droits des créanciers, d'une part dans le chef de BBB, d'autre part dans le chef de CCC qui a appauvri ou tenté d'appauvrir la société AAA en hypothéquant ses immeubles par une inscription hypothécaire fictive.

Elle renvoie à ces fins au procès-verbal d'audition du témoin EEE, entendue par les représentants du "Hauptzollamt Rosenheim" le 25 avril 2002 dans le cadre de poursuites dirigées contre CCC et au rapport du Dr Matthias Kopetzky de novembre 2002, détaillant les procédés entre BBB et AAA, respectivement CCC.

D'après l'article 448 du code de commerce: "Tous actes ou paiements faits en fraude des créanciers sont nuls, quelle que soit la date à laquelle ils ont eu lieu".

La Cour rejoint les premiers juges pour dire que l'action paulienne, dont l'article 448 du code de commerce est l'application en matière de faillite, requiert la réunion de trois conditions: il faut que l'acte litigieux ait causé aux créanciers un préjudice résultant de l'appauvrissement de leur débiteur, qu'il ait été commis par le débiteur dans une intention frauduleuse et enfin que le cocontractant ait été complice de cette fraude.

Maître Hamilius conclut à la nullité de l'hypothèque, respectivement du contrat de prêt pour avoir été faits en fraude des créanciers.

Le témoin EEE confirme tout d'abord que BBB était un important prêteur des firmes luxembourgeoises de CCC. Concernant une autre société de CCC, FFF, le témoin déclare:

"Weiter ist mir bekannt, dass die bei der FFF angestellte GGG auf Anweisung des CCC innerhalb von kurzer Zeit für einen bestimmten Rechnungsbetrag Frachtbriefe der FFF kopieren musste und dabei das Firmenlogo der FFF abdecken musste. Anschliessend erhielt ich diese Frachtbriefe mit Rechnungen der BBB als Eingangsrechnung zum Verbuchen. Dabei sah ich dass auf den kopierten Frachtbriefen teilweise Stempel der BBB anstatt dem Firmenlogo der FFF angebracht waren. … Ich weiß also dass alle Eingangsrechnungen der BBB fingierte Rechnungen sind. … Ebenfalls wurden fingierte Ausgangsrechnungen der FFF an die BBB erstellt."

Ces déclarations sont reprises dans le rapport Kopetzky.

Maître Hamilius est cependant en défaut d'établir en quoi ces opérations de facturation fictive effectuées par les sociétés FFF et BBB pour un montant non connu, et qui, d'après le témoin EEE, se sont d'ailleurs faites dans les deux sens, doivent entraîner la nullité, sur base de l'article 448 du code de commerce, du prêt conclu entre les sociétés BBB et AAA, qui s'est traduit par des mises à disposition de plus de cinq millions d'euros, et par voie de conséquence de l'hypothèque à concurrence de 425.000.- euros consentie sur base de ce prêt.

Les seules déclarations du témoin EEE ne permettent d'ailleurs pas de retenir qu'il y a eu un quelconque appauvrissement de la société FFF – en admettant qu'on puisse en déduire un appauvrissement des autres sociétés de CCC – elles ne permettent pas non plus de retenir que le but de cette facturation fictive réciproque a été de soustraire les avoirs des sociétés de CCC du gage de leurs créanciers.

Le moyen basé sur l'article 448 du code de commerce ne peut donc aboutir.

Maître Hamilius reproche en dernier lieu aux premiers juges de ne pas avoir accueilli son moyen d'une renonciation par BBB à l'hypothèque litigieuse, renonciation résultant, selon elle, d'un courrier de la banque HHH du 5 avril 2001, signé par BBB le 18 avril 2001.

Dans ce courrier il est dit:

"Etwaige Ansprüche der BBB aus gegebenen Darlehen und/oder Verrechnungskonten (hinsichtlich Kapital und/oder Zinsansprüchen) sind sämtlichen Forderungen aus von uns gewährten Krediten (Kapital und/oder Zinsansprüchen) nachrangig gestellt.

Die Rückzahlung derartiger Forderungen darf vereinbarungsgemäss zuhöchst nur im Ausmass des erwirtschafteten operativen Jahresüberschusses, unter Berücksichtigung der für die Bedienung der Investitionskredite notwendigen Kapitalrückführungen, erfolgen."

C'est à tort que Maître Hamilius déduit de la signature par BBB de cette lettre que cette société a nécessairement renoncé à son hypothèque, étant donné que la banque HHH n'est que créancier chirographaire dans la faillite AAA.

En effet, la lettre est antérieure à la faillite de la société AAA, prononcée le 8 février 2002. L'accord de BBB acté dans cette lettre ne peut donc viser que le remboursement normal des crédits octroyés de part et d'autre et n'envisage certainement pas les conséquences d'une faillite de AAA. On ne peut donc y interpréter une renonciation par BBB à son hypothèque en cas de mise en faillite de AAA.

Il s'en suit que l'appel n'est pas fondé.

Maître Hamilius, qui succombe dans son appel et est à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, ne peut prétendre à une indemnité de procédure et sa demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile est à rejeter.

Il n'est d'autre part pas inéquitable de laisser à la société BBB les frais non compris dans les dépens exposés par elle en instance d'appel et sa demande est également à dire non fondée.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état, le représentant du Ministère Public entendu en ses conclusions,

reçoit les appels, principal et incident, en la forme;

les dit non fondés;

confirme le jugement entrepris en ce qu'il a débouté Maître Hamilius de sa demande;

dit non fondées les demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile;

condamne Maître Hamilius ès qualité aux frais et dépens de l'instance d'appel, dont distraction au profit de Maître Arsène Kronshagen, sur ses affirmations de droit.