Arrêt commercial

Audience publique du vingt-neuf avril deux mille neuf.

Numéro 32166 du rôle.

Composition :

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

E n t r e :

1) AAA, *sans état, demeurant à VVV ;*

2) BBB, *sans état, demeurant à WWW,*

appelantes *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre KREMMER de Luxembourg du 7 juin 2006,*

comparant par Maître Michel MOLITOR, avocat à Luxembourg ;

e t :

1) la société anonyme JJJ*, établie et ayant son siège social à XXX, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit KREMMER,*

comparant par Maître Laurent NIEDNER, avocat à Luxembourg ;

2) CCC*, employé privé, demeurant à D-81739 München, Erasmusstrasse, 5A,*

3) DDD, *veuve EEE, retraitée, demeurant à CH-1206 Genève, Avenue Miremont,*

intimés *aux fins du prédit exploit KREMMER,*

comparant par Maître Pierre REUTER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 15 juin 1999 AAA et BBB ont fait donner assignation à la société anonyme JJJ Luxembourg à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour s'entendre condamner à leur payer la somme de 1.465.000.- DEM.

Les dames AAA et BBB ont exposé à l'appui de cette demande qu'elles sont les filles de feue FFF, épouse GGG, décédée le 27 septembre 1979 en laissant comme unique héritiers ses deux filles ainsi que son mari EEE qui est lui-même décédé le 19 janvier 1999; que la défunte était titulaire auprès de l'assignée, dénommée à l'époque Compagnie luxembourgeoise de la JJJ, d'un compte sur lequel se trouvaient au moment de son décès des avoirs pour un total de 2.000.000.- DEM; que peu après le décès de la dame FFF le notaire chargé de la liquidation de la succession a informé la banque qu'elle ne devait plus effectuer aucun acte de disposition sur ledit compte sans l'accord exprès des trois héritiers, précisant toutefois que Monsieur EEE pouvait librement disposer des intérêts du capital ainsi bloqué; que les requérantes ont récemment appris que nonobstant l'avertissement du notaire liquidateur, l'assignée avait procédé en date du 13 septembre 1982 et sur les seules instructions de EEE à la clôture du compte de feue FFF.

Les demanderesses ont reproché à la banque d'avoir commis une faute en agissant ainsi sans préalablement informer les cohéritiers et ont fait valoir que cette faute leur a causé un important préjudice, étant donné que malgré les démarches entreprises auprès des proches de EEE elles n'ont pu récupérer qu'une fraction des fonds déposés, soit la somme de 535.000.- DEM.

Par exploit d'huissier du 13 juillet 2000 la société anonyme JJJ a fait donner assignation en intervention à DDD, veuve de EEE et à CCC afin de s'entendre condamner à tenir la JJJ quitte et indemne de toute condamnation pouvant intervenir à son égard, soutenant à l'appui de cette demande que les parties mises en intervention ont bénéficié des fonds placés sur le compte litigieux.

La société JJJ a opposé à la demande dirigée contre elle par AAA et BBB la prescription décennale de l'article 189 du code de commerce. Ce moyen a été accueilli par le tribunal qui, par jugement rendu le 21 décembre 2005, a dit cette demande irrecevable.

De ce jugement, qui leur a été signifié le 20 avril 2006 AAA et BBB ont régulièrement relevé appel par exploits d'huissier des 7 et 12 juin 2006.

CCC et DDD ont interjeté appel incident contre l'ordonnance du juge de la mise en état du 16 février 2004 et appel incident limité contre le jugement du 21 décembre 2005 dans la mesure où les premiers juges ont rejeté leur moyen de nullité de la demande en intervention pour libellé obscur.

La société JJJ oppose l'irrecevabilité de cet appel incident, soutenant à l'appui de son moyen qu'appel principal n'a été interjeté que contre le jugement du 21 décembre 2005 et non contre l'ordonnance du juge de la mise en état.

Un appel incident ne peut être formé que contre une décision dont est saisi le juge du second degré par un appel principal. Il n'y a à ce sujet aucune différence entre un jugement avant dire droit et une ordonnance du juge de la mise en état. Contrairement à ce que soutiennent les consorts CCC et DDD, la décision du magistrat de la mise en état n'est pas entérinée par le jugement sur le fond, faisant de ce fait partie de celui-ci. Dans le jugement du 21 décembre 2005 le tribunal a en l'espèce constaté que le moyen du libellé obscur a été tranché par l'ordonnance du juge de la mise en état et qu'il n'y a plus lieu d'y revenir.

D'après l'article 217 du nouveau code de procédure civile les ordonnances du juge de la mise en état ne peuvent être frappées d'appel qu'avec le jugement sur le fond. Les ordonnances doivent donc être appelées et l'ordonnance du 16 février 2004 a en l'espèce été appelée par les consorts CCC et DDD moyennant leur appel incident. Etant donné toutefois que l'appel des sœurs AAA et BBB n'a pas porté sur l'ordonnance du 16 février 2004 et que la Cour n'est donc pas saisie de cette ordonnance les consorts CCC et DDD auraient dû interjeter appel principal contre l'ordonnance ensemble le jugement du 21 décembre 2005.

L'appel incident est donc irrecevable.

A l'appui de leur appel principal AAA et BBB reprochent aux premiers juges d'avoir considéré que la prescription de l'article 189 du code de commerce était acquise à la société JJJ, alors que, selon elles, la prescription n'était pas susceptible de courir contre elles en vertu de la règle "*contra non valentem agere non currit praescriptio",* que d'autre

part le point de départ du délai de prescription n'a pas été établi avec certitude.

Il y a lieu d'examiner en premier lieu le moyen en relation avec le point de départ du délai de prescription.

Les appelantes soutiennent qu'en première instance la société JJJ s'est contentée d'affirmer que le compte de feue FFF avait été clôturé le 13 septembre 1982, allégation formellement contestée par les appelantes et non étayée par le moindre élément de preuve. Selon les appelantes, la banque qui prétend être libérée de son obligation de restitution par l'effet de la prescription, doit en vertu de l'article 1315, alinéa 2 du code civil prouver les faits à l'origine de l'extinction de son obligation, en d'autres termes le point de départ du délai de prescription, ce qu'elle est en défaut de faire.

La société JJJ fait valoir que d'après l'article 11, 2e alinéa du code de commerce (devenu l'article 16, 2e alinéa, depuis la loi du 19 décembre 2002) la banque a l'obligation de conserver les pièces comptables et justificatives pendant dix ans, que l'article 189 du code de commerce fixe la durée de la prescription des obligations des commerçants, même à l'égard des non-commerçants, à dix ans également. Selon la banque, cette concordance n'est pas le fruit du hasard, mais est intentionnelle, ainsi qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi du 22 décembre 1986 ayant introduit la disposition de l'article 189 (Doc. parl. n° 2866).

Cette intimée soutient qu'au moment où les dames AAA et BBB se sont manifestées, soit en 1998, elle ne disposait plus de tous les renseignements au sujet du compte de feue FFF, ce dont elle a informé les héritiers. Elle dit avoir pu déterminer la date de clôture du compte, à savoir le 13 septembre 1982, laquelle résulte d'un registre, dit "Stockregister", tenu de manière régulière par la banque et dont elle verse un extrait en copie.

Les sœurs AAA et BBB soutiennent que l'extrait du "Stockregister" versé par la banque est à écarter, ne constituant qu'un document interne unilatéralement rédigé par elle et donc non opposable aux parties appelantes.

Elles font d'autre part valoir que d'après l'article 17 du code de commerce "*Les livres de commerce, régulièrement tenus, peuvent être admis par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce"*, que ces documents ne peuvent dès lors avoir force probante à l'égard des non-commerçants.

Elles soutiennent enfin que de toute façon, contrairement à l'article 2262 du code civil relatif à la prescription trentenaire qui dispose que "*Toutes actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre, ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la*

mauvaise foi" l'article 189 du code de commerce ne prive pas le créancier d'objecter au débiteur invoquant l'écoulement de la prescription décennale la mauvaise foi de ce dernier, le bénéfice d'une prescription raccourcie pouvant, au contraire de la prescription trentenaire, être refusé au débiteur en cas de comportement contraire à la bonne foi.

Il résulte des documents parlementaires relatifs à la loi du 22 décembre 1986 ayant introduit l'article 189 du code de commerce, que la prescription décennale prévue par cette disposition est le corollaire nécessaire de celle de l'article 11, actuellement 16 du code de commerce, limitant le délai de conservation des livres de commerce à dix ans.

Dans son avis du 7 mai 1985 (Doc. parl. n° 2866[1], p.5) le Conseil d'Etat propose d'étendre aux actes mixtes le champ d'application de la prescription, initialement prévue pour les seules obligations entre commerçants.

Dans son rapport du 22 janvier 1986 (2866[2], p.14) la commission juridique se prononce contre une extension de la prescription aux actions des non-commerçants contre les commerçants en relevant que si ces actions continuent de se prescrire par trente ans, il appartient par hypothèse au non commerçant de rapporter 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.

Dans son deuxième avis (2866[3], p.4) le Conseil d'Etat fait observer que 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 cependant en son alinéa 2 que "celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de sa créance", que le texte adopté en première lecture introduit dès lors un grave élément de complication dans la conservation des archives et qu'il a pour effet que l'un des objectifs du projet, à savoir un allègement du volume des archives, risque d'être très sérieusement compromis.

Dans son deuxième rapport (2866[4], p.4) la commission juridique dit qu'elle s'est laissée convaincre par cette argumentation du Conseil d'Etat et que, 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.

Le problème de la preuve du point de départ de la prescription, lorsqu'il est contesté, n'a pas été envisagé dans ces réflexions. Le commerçant qui invoque l'article 189 du code de commerce doit, conformément à l'article 1315, alinéa 2 du code civil, établir la

prescription invoquée, partant le point de départ du délai de prescription s'il est contesté.

En présence des considérations ci-dessus reproduites et de la préoccupation du législateur de ne pas laisser un éventuel problème de preuve compromettre les objectifs de la loi, on ne peut exiger du commerçant de conserver ses archives au-delà du délai de dix ans rien que pour pouvoir invoquer la prescription et il faut par conséquent alléger la preuve à rapporter dans ce contexte.

Les sœurs AAA et BBB invoquent l'article 17 du code de commerce pour soutenir que les livres de commerce n'ont pas force probante à leur égard. Cette absence de force probante résulte plus explicitement de l'article 1329 du code civil, aux termes duquel *"Les registres des marchands ne font point, contre les personnes non-marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard du serment".*

Cette disposition parle des fournitures, elle se rapporte donc aux actes passés entre commerçants et non-commerçants.

Le point de départ du délai de prescription, comme la prescription elle-même, ne sont pas visés par l'article 1329 du code civil, étant un fait juridique, dans le sens d'événement auquel la loi attache des conséquences juridiques non voulues par les intéressés (J. Ghestin, G. Goubeaux, Droit civil, Introduction générale, 3e éd. n° 598; E.D. Civil, Preuve n°1107).

La preuve des faits juridiques est libre.

Il est vrai que le registre dénommé "Stockregister", est un document établi par la banque elle-même, de même d'ailleurs que le sont les extraits de compte lesquels ne reçoivent valeur probante que du fait de leur approbation par les clients. Mais, à moins d'obliger les commerçants, contrairement à ce que prévoit l'actuel article 16 du code de commerce, de conserver leurs livres et documents au-delà du délai de dix ans aux seuls fins de rapporter une preuve absolument complète de la prescription invoquée, il faut rechercher si, compte tenu des circonstances, les éléments de preuve que le commerçant est encore à même de fournir sont de nature à justifier son moyen.

En l'espèce la Cour retient sur base des annotations figurant au "Stockregister" que le point de départ du délai de prescription se situe au 13 septembre 1982, constatant l'absence de tout élément pouvant jeter le moindre doute sur la sincérité des inscriptions faites. Elle constate dans ce contexte que, de l'aveu même des appelantes, celles-ci se sont entre 1980 et 1998 complètement désintéressées du compte détenu auprès de la JJJ.

Le moyen des parties appelantes tiré de l'exception de mauvaise foi qu'elles seraient dans le cadre de la prescription de l'article 189 du code de commerce autorisées à opposer à la banque ne peut être accueilli.

L'article 189 du code de commerce 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."*

La prescription décennale de l'article 189 du code de commerce n'est pas elle-même une des courtes prescriptions dont question dans la disposition, mais elle remplace pour les obligations visées la prescription trentenaire de l'article 2262 du code civil. Elle n'est donc pas soumise aux règles régissant les courtes prescriptions mais repose, à l'instar de la prescription trentenaire, sur des considérations d'ordre public (cf. Doc. parl. n° 2866[1], Avis du Conseil d'Etat, p. 5 in fine).

Les appelantes reprennent d'autre part leur moyen basé sur l'adage *"contra non valentem agere non currit praescriptio".*

Elles font valoir qu'il est admis que la prescription est suspendue chaque fois que le créancier est dans l'impossibilité de défendre son droit. Elles reprochent aux premiers juges d'avoir retenu qu'elles auraient eu la possibilité de s'enquérir régulièrement de l'évolution du compte litigieux et n'auraient ainsi pas établi leur impossibilité d'agir. Elles disent ensuite qu'il est vrai qu'elles avaient théoriquement cette possibilité, mais qu'il est tout aussi vrai qu'elles n'avaient aucune raison concrète de ce faire, la banque ayant reçu des instructions précises et les appelantes n'ayant nullement eu besoin des fonds déposés sur le compte.

Cette affirmation à elle seule est un aveu de l'absence d'impossibilité d'agir dans le chef des appelantes.

Les sœurs AAA et BBB veulent toutefois déduire cette impossibilité d'agir de la carence fautive de la banque qui ne les aurait jamais informées des actes de disposition effectués par leur défunt père sur le capital détenu en compte.

A ce sujet se pose toutefois la question si la banque a été mise à même de ce faire.

Il résulte en effet des pièces versées que par courrier du 14 février 1980 le notaire PPP informe la Compagnie Luxembourgeoise de la JJJ qu'il est liquidateur de la succession de feue FFF qui comprend le mari et deux filles et il rend la banque attentive au fait que toute décision de remploi du capital nécessite l'accord des trois héritiers, le mari pouvant

disposer des revenus. Le courrier ne renseigne pas les identités exactes des héritiers.

La banque répond par courrier du 15 février 1980 en demandant à Maître PPP de lui faire parvenir "une copie certifiée conforme du titre d'héritiers des personnes mentionnées dans votre lettre".

En réponse et par courrier du 7 mars 1980 le notaire informe la banque que "Monsieur EEE m'a communiqué une procuration qui lui avait été conférée par son épouse le 8 avril 1940 à Hambourg et qui mentionne qu'elle reste valable après le décès de la mandataire".

La Cour retient donc qu'il n'est pas établi que la banque connaissait l'identité exacte des sœurs AAA et BBB, qu'il est d'autre part constant qu'elle s'est vu communiquer par le notaire liquidateur de la succession la procuration post mortem conférée par FFF à son époux, procuration dont les appelantes reconnaissent d'ailleurs avoir connu l'existence, et que la banque pouvait considérer comme valant retrait de la mise en garde contenue dans le courrier du liquidateur du 14 février 1980, venant en lieu et place des renseignements que la banque avait demandés au sujet des héritiers.

Les appelantes sont donc malvenues de reprocher à la société JJJ un manque d'information à leur égard.

Il résulte d'autre part d'un courrier adressé le 27 novembre 1980 à BBB par son conseil en Suisse, cité in extenso par les premiers juges, que BBB avait exprimé des craintes au sujet d'un éventuel décès précipité de son père et des conséquences sur ses propres biens. Dans le courrier il est d'ailleurs dit que la succession de EEE serait dépourvue d'actifs puisqu'il ne possède rien et n'hérite rien de FFF (d'après l'inventaire de la succession de FFF, EEE avait une dette conséquente envers son épouse).

Dans ces circonstances et étant donné la connaissance par les sœurs AAA et BBB de la procuration post mortem communiquée par le notaire liquidateur à la banque, le défaut absolu de leur part d'intervenir auprès de la banque, fût-ce par l'intermédiaire du conseil suisse, afin d'être renseignées sur l'évolution du compte fait preuve d'une insouciance difficilement compréhensible. Le renvoi par les appelantes à l'accord avec leur père, interdisant à ce dernier de toucher au capital, ne les empêchait pas, nonobstant les considérations d'ordre familiales et morales invoquées, de surveiller l'évolution du compte.

C'est dès lors à bon droit et pour des motifs que la Cour fait siens que les premiers juges ont dit qu'une impossibilité d'agir n'est pas établie dans le chef des sœurs AAA et BBB, les autres développements faits par les appelantes pour justifier une telle impossibilité d'agir n'étant pas pertinents.

Il s'en suit que le jugement est à confirmer.

Les parties appelantes, qui succombent dans leur appel et sont à condamner aux frais et dépens de l'instance d'appel, ne peuvent prétendre à une indemnité de procédure et leur demande basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile est à dire non fondée.

CCC et DDD concluent à la condamnation de la société JJJ à leur payer une indemnité de procédure.

La partie qui n'a en aucune façon à supporter les dépens ne peut être condamnée au remboursement des frais irrépétibles. Cette demande est encore à dire non fondée.

La demande de la société JJJ est à dire fondée, étant inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais non compris dans les dépens qu'elle a dû exposer en instance d'appel. Il y a lieu de lui allouer la somme de 3.000.- euros au titre d'une participation aux honoraires d'avocat.

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,

reçoit l'appel principal en la forme;

dit irrecevable l'appel incident;

dit l'appel principal non fondé et confirme le jugement entrepris;

condamne AAA et BBB à payer à la société anonyme JJJ Luxembourg une indemnité de procédure de 3.000.- euros;

déboute AAA et BBB, ainsi que CCC et DDD de leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure;

condamne AAA et BBB aux frais et dépens de l'instance d'appel, dont distraction au profit de Maître Laurent Niedner, sur ses affirmations de droit.