Arrêt commercial

Audience publique du quinze juillet deux mille neuf.

Numéro 34186 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 :

la société de droit des Emirats Arabes Unis AAA, *établie et ayant son siège social à UUU, inscrite au registre de commerce des Emirats Arabes Unis sous le numéro …..,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 12 septembre 2008,*

comparant par Maître Faruk DURUSU, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme de droit luxembourgeois BBB en liquidation, *établie et ayant son siège social à VVV, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par ses liquidateurs actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du prédit exploit ENGEL,*

comparant par Maître Yvette HAMILIUS, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 14 février 2008 Maître Jacques Delvaux et Maître Yvette Hamilius, agissant en leur qualité de liquidateurs et pour autant que de besoin de représentants de la masse des créanciers de la société anonyme BBB en liquidation, ainsi que la société anonyme Bank of Credit and Commerce International (BBB) en liquidation, représentée par ses liquidateurs, ont fait comparaître la société de droit des Emirats Arabes Unis AAA devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour voir dire que c'est à bon droit qu'ils font valoir la compensation entre les dividendes dus à AAA ainsi que ceux à intervenir en sa faveur et les montants dus par AAA à BBB suite au décès de Monsieur FFF.

Par exploit d'huissier du 16 avril 2008 la société AAA a fait comparaître la société anonyme BBB en liquidation, représentée par ses liquidateurs actuellement en fonction devant le même tribunal pour voir déclarer la forclusion de BBB relativement à toute demande de paiement suite au décès du sieur FFF, voir déclarer l'absence de dette d'AAA envers BBB sur base des contrats d'assurance conclus entre parties et voir déclarer qu'aucune compensation ne peut avoir lieu avec les sommes dues ou à devoir par BBB à AAA, la société BBB en liquidation s'entendre condamner à payer à AAA la somme de 147.435,80 USD à titre de cotisations non payées et celle de 293.968,84 USD au titre du cinquième boni de liquidation, s'entendre encore condamner à payer à AAA tout autre dividende déjà calculé ou à venir.

Par jugement rendu le 27 juin 2008 le tribunal a dit la demande d'AAA non fondée, a fait droit à la demande de la société BBB en liquidation et a dit que c'est bon droit que cette société a opéré et opérera la compensation entre les dividendes dus à AAA avec le solde des indemnités d'assurance dues par AAA à la société BBB en liquidation, soit 690.534,11 USD avec les intérêts légaux à partir du 1er mars 1993 jusqu'à solde.

Par exploit d'huissier du 12 septembre 2008 la société AAA a relevé appel de ce jugement qui lui a été signifié le 4 août 2008.

La société BBB en liquidation conclut à la nullité de l'acte d'appel.

A l'appui de son moyen elle fait plaider en premier lieu que l'acte d'appel renseigne que la société AAA élit domicile en l'étude de Maître Faruk Durusu "*lequel est constitué et occupera ensemble avec Maître Joe Lemmer*", et que dans la mesure où Maître Faruk Durusu et Maître Joë Lemmer occupent ensemble, ils sont donc tous les deux constitués. Selon la société intimée, en jurisprudence la constitution d'un seul avocat pour le compte d'une partie est considérée comme une formalité capitale dont l'irrégularité qui l'affecte entraîne irrémédiablement

l'annulation de l'acte, sans qu'il soit besoin de rapporter la preuve d'un grief.

L'appelante conclut au rejet de ce moyen. Elle renvoie à l'article 192 du nouveau code de procédure civile et fait valoir qu'il est de principe que lorsqu'une partie déclare avoir plusieurs avocats, l'élection de domicile faite auprès d'un seul d'entre eux désigne cet avocat comme représentant (Cass 2e civ. 10.11.1998, B.C. II, no 267).

D'après l'article 192 du nouveau code de procédure civile:
"Les parties sont, sauf disposition contraire, tenues de constituer avocat. Cette constitution emporte élection de domicile. L'élection de domicile en l'étude d'un avocat emporte constitution de ce dernier."

Dans l'acte d'appel de la société AAA il est dit au sujet de la constitution d'avocat:

"élisant domicile en l'étude de Maître Faruk Durusu, avocat à la Cour, demeurant professionnellement au 102, rue des Maraîchers, L-2124 Luxembourg, Grand-Duché de Luxembourg, lequel est constitué et occupera ensemble avec Maître Joë Lemmer, avocat à la Cour, demeurant professionnellement au 31, Grand-Rue, L-1661 Luxembourg, Grand-Duché de Luxembourg".

L'appelante ayant élu domicile en l'étude de Maître Faruk Durusu, c'est Maître Durusu qui est constitué, la circonstance qu'il déclare occuper ensemble avec Maître Joë Lemmer ne saurait emporter constitution d'avocat dans le chef de ce dernier à défaut d'élection de domicile en son étude. Le moyen n'est donc pas fondé.

La société BBB fait valoir en second lieu que l'appel est uniquement dirigé contre la *"BBB, représentée par ses liquidateurs actuellement en fonctions",* mais n'a pas été dirigé contre Maître Jacques Delvaux et Maître Yvette Hamilius, agissant conjointement en leur qualité de liquidateurs. Elle soutient qu'en première instance il y avait, à côté de l'actuelle appelante, trois autres parties en cause, à savoir la société BBB, Maître Delvaux et Maître Hamilius et du fait que seule la société BBB a été intimée, le jugement est coulé en force de chose jugée à l'égard de Maître Delvaux et de Maître Hamilius, de sorte que l'instance d'appel ne peut plus être poursuivie contre la seule société BBB en liquidation.

Il y avait en première instance et il y a en instance d'appel deux parties en cause, à savoir les sociétés AAA et BBB en liquidation. Il est vrai, ainsi que le fait remarquer l'intimée, que dès sa mise en liquidation une société ne peut plus être représentée que par les liquidateurs désignés. Mais que l'acte dirigé contre une société en liquidation énonce qu'il est dirigé contre la société représentée par ses liquidateurs actuellement en fonction ou qu'il est dirigé contre les liquidateurs

nommément désignés en leur qualité de liquidateurs de la société, cela revient exactement au même.

Ainsi que le fait dans ce contexte valoir à bon droit la société AAA, l'indication du nom de la personne physique qui représente la personne morale n'est exigée par aucun texte (Cour 30.6.199, P.29, 25).

Le moyen de nullité de l'acte d'appel n'est dès lors pas fondé et l'appel est recevable.

En 1989 et 1990 la société BBB a conclu avec la société AAA un contrat d'assurance vie "groupe" et un contrat d'assurance prêt "groupe". Ainsi qu'il résulte d'un arrêt de la Cour Suprême Fédérale des Emirats Arabes Unis (EAU) du 28 mars 2001, la société BBB est le preneur et le bénéficiaire de ces contrats, le risque couvert étant celui lié au décès des employés de cette société.

Le 12 décembre 1991 survient le décès de FFF, employé de BBB, et par courrier du même jour BBB, filiale d'Abou Dhabi, demande à AAA d'enregistrer une prétention de 477.475.- USD au titre de l'assurance vie et de 360.495.- USD au titre de l'assurance solde d'un prêt immobilier.

Dans un courrier adressé le 1er mars 1993 à BBB, succursale d'Abou Dhabi, la société AAA reprend en détail les primes d'assurance redues par BBB, d'un montant total de 147.435,89 USD, les revendications de BBB en relation avec le décès d'FFF, d'un montant total de 837.970,00 USD, pour arriver à un solde de 690.534,11 USD en faveur de BBB.

La lettre continue comme suit:

"We authorize the Court Receiver to adjust the net claim of US$ 690.534,11 (Premium outstanding – Mr. FFF's claim) as worked out above to the debit of our US Dollar account Nos. 01016452/25 and 04002214 and the balance to our Dirham account No. 01016463 with you."

Les liquidateurs de la société BBB ont exposé devant les premiers juges qu'ils n'ont pu procéder au réajustement par compensation entre le solde de la dette de la société AAA avec ses dépôts auprès de BBB, tel que proposé dans cette lettre, étant donné que la compensation est prohibée en cas de faillite aux EAU comme au Luxembourg, qu'une compensation n'a pas non plus pu être opérée sur les premières provisions sur dividendes par eux distribuées, étant donné qu'entretemps les ayants-droits d'FFF avaient fait valoir leur droit exclusif sur l'indemnité redue par AAA, demande qui a été définitivement rejetée par un jugement du "High Union Court" des EAU du 27 mai 2001.

Ils ont donc demandé à voir valider la compensation effectuée par eux entre les montants dus par AAA à BBB et les montants dus par BBB du chef du 5e et 6e dividende et de ceux à intervenir.

Pour s'opposer à cette compensation la société AAA s'est prévalue de l'article 1036/1 du code civil des EAU qui prévoit que les actions résultant du contrat d'assurance ne sont plus prises en considération trois années après l'accident ou après que les concernés aient pris connaissance des faits. Elle a fait valoir que le délai d'action de la société BBB ayant commencé au plus tard le 14 décembre 1991, date de la notification du décès de FFF, la prescription était acquise le 13 décembre 1994 et s'oppose actuellement à la compensation voulue par BBB.

Les premiers juges ont d'abord examiné et résolu affirmativement la question de la compensation entre les primes d'assurance redues par BBB et les indemnités d'assurance lui redues par AAA. Le jugement n'est pas remis en cause sur ce point et la société AAA ne réclame en instance d'appel que le paiement de la somme de 293.968,84 USD représentant le cinquième dividende devant lui revenir, sous réserve des autres dividendes déclarés ou à déclarer sur le boni de liquidation de la BBB.

Concernant la compensation entre le solde des indemnités d'assurance et les dividendes distribués par la société BBB, les premiers juges ont relevé que la société AAA estime que la loi du siège social de la société débitrice de la prestation caractéristique régit le contrat d'assurance, en l'espèce la loi des EAU. Ils ont dit que cette loi prévoit un délai de prescription en principe de trois ans pour les actions dérivant d'un contrat d'assurance, mais que la société AAA reste en défaut de produire toutes les dispositions légales relatives à la prescription et à sa renonciation, de sorte qu'il y a lieu de retenir la loi du for qui a vocation subsidiaire pour résoudre le problème, les EAU n'ayant par ratifié la convention de Londres dans le domaine de l'information sur le droit étranger.

Ils ont dit que conformément aux articles 2220 et 2221 du code civil on peut renoncer à la prescription acquise, que cette renonciation peut être expresse ou tacite, cette dernière résultant d'un fait supposant l'abandon du droit acquis. Ils ont relevé que le caractère impératif de la prescription en matière d'assurance ne fait pas obstacle à une prescription acquise.

Se référant à une lettre adressée le 10 juillet 2002 aux liquidateurs de la société BBB, dans laquelle AAA écrit: *"Requesting you to refer to our letter reference CCI/Group/93 dated March 01, 1993 adressed to the court receiver Mr. GGG"* ils ont dit que cette lettre réitère expressément à l'égard des liquidateurs la demande de compensation valant engagement de payer émise par AAA dans son courrier du 1er mars 1993, que cette lettre constitue donc une renonciation à la

prescription acquise laquelle ne fait pas courir un nouveau délai de prescription.

La société AAA reproche aux premiers juges d'avoir considéré qu'elle était en défaut de produire toutes les dispositions légales des EAU relatives à la prescription et à la renonciation à une prescription et d'avoir de ce fait appliqué la loi du for, alors que l'appelante avait versé un avis juridique d'un éminent professeur et praticien émirati et qu'elle avait encore produit les traductions certifiées conformes de la législation des EAU applicable en matière de prescription de réclamations relatives à un contrat d'assurance et de la renonciation à une telle prescription.

La société BBB conteste l'applicabilité de la loi des EAU et soutient que seule la loi luxembourgeoise est applicable.

Elle renvoie à la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance, dont l'article 129 prévoit qu'en matière de contrats d'assurance sur la vie les dispositions de la loi sont applicables aux contrats en cours dès son entrée en vigueur, et selon laquelle la loi applicable est celle de l'Etat du lieu d'établissement de BBB. Elle fait valoir que les contrats ayant été signés par sa succursale anglaise, dépourvue de personnalité juridique, le preneur d'assurance est la société mère, soit l'intimée.

Pour conclure à l'application de la loi des Emirats, l'appelante a invoqué les règles établies par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux relations contractuelles, en vertu desquelles, en l'absence de choix des parties, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits et il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une personne morale, son administration centrale.

Les règles de conflit inscrites à la Convention de Rome ont été introduites dans notre droit interne par la loi d'approbation du 27 mars 1986, mais, d'après l'article 1er de la Convention, ses dispositions ne s'appliquent pas aux contrats d'assurance qui couvrent des risques situés dans des territoires des Etats membres de la CEE, ce qui est le cas en l'espèce.

Dans le conflit des règles de rattachement le juge saisi doit appliquer sa propre règle de conflit et non pas celle d'un pays étranger. Il y a donc lieu de faire abstraction de la loi des EAU qui soumet les contrats d'assurance à la loi du pays de leur conclusion, mais il faut se référer aux règles de conflit édictées par notre loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance, applicable aux contrats litigieux en vertu de son article 129.

L'article 5 de la loi du 27 juillet 1997 dispose que sont soumis à la loi luxembourgeoise … b) les contrats d'assurance ou de capitalisation relevant des branches d'assurances visées à l'annexe II de la loi modifiée du 6 décembre 1991, lorsque l'engagement est pris sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg au sens de l'article 25 point 2 de cette loi.

Dans l'annexe II de la loi du 6 décembre 1991 sont visées toutes les Branches d'assurance Vie, y compris les assurances en cas de décès.

Concernant le renvoi par l'article 5 de la loi du 27 juillet 1997 à l'article 25, point 2 de la loi du 6 décembre 1991, il doit s'agir d'une erreur matérielle, étant donné que c'est le point 3. de l'article 25 qui détermine l'Etat de l'engagement, tandis que le point 2. détermine l'Etat de la situation du risque.

De toute façon, pour les assurances qui sont en cause, les points 2. et 3. de l'article 25 désignent comme Etat de l'engagement et comme Etat de la situation du risque, l'Etat où le preneur a sa résidence habituelle ou, si le preneur est une personne morale, l'Etat où est situé l'établissement de cette personne morale auquel le contrat se rapporte.

Il n'est pas contesté que cet établissement est en l'espèce situé au Grand-Duché, siège de la société BBB, de sorte que la loi luxembourgeoise est applicable.

La Cour se rallie aux premiers juges et aux motifs par eux énoncés en ce qu'ils ont retenu que le courrier adressé aux liquidateurs de BBB le 10 juillet 2002, réitérant la demande de compensation, valant engagement de payer, contenue dans le courrier du 1er mars 1993 constitue une renonciation à la prescription acquise.

La société AAA déclare contester que le courrier du 1er mars 1993 vaille aveu ou ordre de payer, soutenant que ledit courrier fait suite à des discussions et tractations entre AAA et la succursale de BBB et ceci dans un contexte très particulier, à savoir la liquidation de la succursale. Selon l'appelante en effet, ledit courrier a été adressé au liquidateur de la succursale de BBB afin qu'AAA puisse faire une déclaration de créance et espérer récupérer les cotisations non payées par BBB au titre des contrats en cause.

Ces explications ne convainquent pas. Elles ne valent certainement pas pour le courrier du 10 juillet 2002 renvoyant au courrier du 1er mars 1993 et réitérant partant la demande de compensation, de sorte que c'est à bon droit que les premiers juges ont dit que par son courrier du 10 juillet 2002 l'appelante a renoncé à la prescription acquise.

La société AAA reproche d'autre part aux premiers juges d'avoir fixé au 1er mars 1993 le point de départ des intérêts de retard sur le montant réclamé par BBB. Elle fait valoir que si la compensation mentionnée

dans le courrier du 1er mars 1993 n'a pas été faite c'est pour des raisons étrangères à AAA, que d'autre part BBB a laissé agir la veuve FFF pour réclamer les primes d'assurance et n'a formulé une demande officielle que par courrier du 2 juillet 2002, que c'est donc seulement à partir de ce courrier de mise en demeure que les sommes réclamées peuvent porter intérêts.

D'après l'article 1153, 3e alinéa du code civil les intérêts de retard ne sont dus que du jour de la sommation de payer. Par réformation du jugement entrepris le point de départ des intérêts est à fixer au 2 juillet 2002, date du courrier de mise en demeure adressé à la société AAA.

La société AAA soutient enfin que c'est à tort qu'elle a été condamnée à tous les frais et dépens des deux instances introduites devant le juge de première instance, alors qu'elle n'a pas abusé de son droit en contestant les sommes réclamées par BBB. Elle conclut à voir mettre les frais de première instance à charge de la société BBB, sinon à voir opérer un partage équitable.

L'appelante n'a pas été condamnée aux frais de première instance parce qu'elle aurait commis un abus de droit, mais en conformité de l'article 238 du nouveau code de procédure civile et cette décision des premiers juges est à confirmer.

Les demandes basées sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile sont à rejeter, la condition d'iniquité n'étant pas remplie en l'espèce.

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

dit l'appel recevable et partiellement fondé;

par réformation du jugement entrepris dit que le montant de 690.534,11 USD que la société anonyme BBB en liquidation est en droit de compenser avec les dividendes dus à la société AAA porte intérêts à partir du 2 juillet 2002 jusqu'à solde;

confirme le jugement pour le surplus;

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

fait masse des frais et dépens de l'instance d'appel et les impose pour moitié à chacune des parties, dont distraction au profit de Maître Yvette Hamilius et de Maître Faruk Durusu, sur leurs affirmations de droit.