*Arrêt commercial*

*Audience publique du treize octobre deux mille dix.*

*Numéro 32124 rôle.*

*Composition :*

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

***E n t r e :***

***la KREISSTADT AAA,*** *établie et ayant son siège social à D-….. AAA, représentée par son Bourgmestre actuellement en fonctions,*

***appelante*** *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg des 7 décembre 2006,*

*comparant par Maître François TURK, avocat à Luxembourg ;*

***e t :***

***1) la société anonyme de droit luxembourgeois BBB S.A.,*** ***(****anciennement dénommée BBB3 S.A., plus anciennement dénommée BBB2 S.A., encore plus anciennement dénommée BBB1 S.A.), établie et ayant son siège social à UUU, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……,*

***intimée*** *aux fins du susdit exploit THILL,*

*comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat à Luxembourg ;*

***2) la société anonyme de droit luxembourgeois CCC S.C.A.,*** *(anciennement CCC S.A.), établie et ayant son siège social à VVV,*

*représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro …….,*

***intimée** aux fins du susdit exploit THILL,*

*comparant par Maître Philippe DUPONT, avocat à Luxembourg ;*

***3) la VILLE DE DDD,** établie à D-40721 DDD, représentée par son Bourgmestre actuellement en fonctions,*

***intimée** aux fins du susdit exploit THILL,*

*comparant par Maître Roland ASSA, avocat à Luxembourg.*

---

## LA COUR D'APPEL :

Dans les années 1980 à 2000 plusieurs communes, entreprises communales et arrondissements allemands, qui soit disposaient de liquidités, soit avaient besoin de crédits, ont été en relation avec le courtier financier EEE qui servit d'intermédiaire dans la conclusion de prêts à courte durée dans lesquels les intérêts créditeurs étaient au-dessus, les intérêts débiteurs en-dessous des intérêts bancaires d'usages. EEE traitait avec les différentes parties sans jamais les mettre en contact l'une avec l'autre. De cette manière il a réussi à amener différents participants à effectuer des paiements à lui personnellement et à détourner des millions de DEM. Pour camoufler les trous engendrés par ces détournements il alléguait par la suite à de potentiels dispensateurs de crédit qu'une autre entité désirait contracter un crédit, leur indiquant de temps à autre que le montant du prêt devait être sur instruction de l'emprunteur viré directement au créancier, respectivement prêteur précédent de ce dernier.

Le 24 novembre 1989 la Kreisstadt AAA a, sur demande de EEE, viré la somme de 2.832.202,80 DEM sur le compte numéro 1/51235 détenu par la FFF auprès de la CCC à XXX, avec la mention: "Termingeldanlage bei Stadt DDD unter Ablösung des bei o.g. Bank best. Kassenkredits vom 27.11. bis 27.12.89 zu 7,85%".

Par exploit d'huissier du 20 décembre 2004 la ville de AAA a fait comparaître la société anonyme CCC et la société anonyme BBB1 devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner solidairement, en leur qualité de successeurs de la FFF, à lui payer la somme de 1.882.506,99 euros avec les intérêts à 6% à partir du jour de la demande jusqu'à solde.

Par exploits d'huissier du 31 décembre 2004 la société anonyme BBB1 et la société anonyme CCC Luxembourg ont mis en intervention la ville de DDD afin qu'elle les tienne quittes et indemnes de toute condamnation pouvant être prononcée à leur encontre dans le cadre de la demande introduite par la ville de AAA.

La ville de AAA a fait valoir à l'appui de sa demande que la ville de DDD n'a jamais contracté de prêt auprès de FFF et que le paiement opéré par elle par virement sur le compte détenu par FFF auprès de CCC a dès lors conduit à un enrichissement sans cause de FFF et est remboursable sur cette base. La ville de AAA a conclu à voir trancher le litige sur base de la loi allemande.

Les sociétés BBB1 et CCC Luxembourg ont contesté tout enrichissement dans leur chef, soutenant que FFF n'a reçu le virement litigieux qu'en qualité de mandataire. Elles ont conclu à l'application de la loi luxembourgeoise et ont invoqué la prescription de l'action sur base de l'article 189 du code de commerce.

Par jugement rendu le 10 mai 2006 le tribunal a dit la demande de la ville de AAA, ainsi que les demandes en intervention irrecevables.

Par exploits d'huissier des 10 octobre et 15 novembre 2006 la ville de AAA a régulièrement relevé appel de ce jugement.

En cours d'instance d'appel la société CCC a informé la Cour de ce qu'en 2007 une importante restructuration du groupe CCC a été entreprise et que suite à plusieurs transferts d'universalités dans le cadre de fusions du groupe la société en commandite par actions CCC S.C.A. est issue d'une fusion par absorption de la société CCC S.A. et est actuellement partie au litige.

La société BBB1, déjà devenue BBB2 avant le jugement du 10 mai 2006, a en cours d'instance d'appel changé sa dénomination sociale en BBB3, puis en BBB.

La Cour prend acte de ces changements de dénomination sociale et il en est tenu compte dans le présent arrêt.

Pour fonder leur décision les juges de première instance ont dit qu'il faut déterminer en premier lieu la loi applicable et qu'il faut pour cela classer la question litigieuse dans une des différentes catégories de rattachement, qualification qui se fait en principe selon la loi du juge saisi. Ils ont dit qu'en l'espèce, où la demande tend au remboursement d'une somme au titre d'un enrichissement sans cause, il faut d'abord se demander si on est en présence d'un enrichissement injustifié et seule la loi de la relation juridique de base est habilitée à fournir la réponse, que dans l'hypothèse où celle-ci estime qu'il y a eu transfert illégitime de valeur entre deux patrimoines, deux conceptions s'opposent: selon

un premier courant, afin de connaître l'étendue et les modalités du quasi-contrat, la loi du lieu où il s'est produit devra être appliquée, pour d'autres en revanche, la loi de la relation sous-jacente devra être appliquée non seulement aux questions préalables, mais également au quasi-contrat dans son ensemble.

Ils ont relevé qu'il est constant en cause que la Kreisstadt AAA a entendu accorder un crédit à la ville de DDD en remboursant en novembre 1989, par le biais du paiement litigieux, au nom et pour compte de la ville de DDD un crédit bancaire antérieurement accordé à celle-ci, que la relation juridique de base en vertu de laquelle le paiement, objet du litige, a été fait est la convention de prêt touchée par ledit remboursement, c'est-à-dire celle prétendument conclue par FFF avec la ville de DDD. Ils ont ajouté qu'il n'y a pas lieu d'analyser dans le cadre de la détermination de la loi applicable à la relation juridique de base si celle-ci a valablement été conclue au nom de cette ville.

Ils se sont référés à l'article 4 de la Convention de Rome pour dire que le droit luxembourgeois est applicable à la relation juridique de base et dès lors à la question de savoir s'il y a eu ou non un enrichissement injustifié ce qui implique que la prescription applicable à une action intentée de ce chef est également régie par la loi luxembourgeoise.

Ils ont accueilli le moyen de la prescription invoqué par les sociétés BBB et CCC et basé sur l'article 189 du code de commerce, fixant le point de départ de la prescription au jour du paiement et retenant que la ville de AAA ne peut se prévaloir d'une cause de suspension de la prescription.

L'appelante reproche au jugement entrepris d'avoir appliqué la loi luxembourgeoise à l'enrichissement sans cause dont elle se prévaut à l'encontre des banques BBB et CCC, alors que, selon elle, c'est la loi allemande qui doit s'appliquer.

La société CCC, aux conclusions de laquelle se rallie la société BBB, demande la confirmation du jugement en ce qu'il a décidé de soumettre le litige au droit luxembourgeois dans la mesure où il apparaissait se rattacher à une relation sous-jacente soumise au droit luxembourgeois.

La ville de DDD, tout en contestant l'existence de relations de prêt entre elle et FFF, se joint à ces conclusions pour conclure également à la confirmation du jugement.

Les sociétés CCC et BBB invoquent un argument supplémentaire en faveur de l'application de la loi luxembourgeoise, consistant, selon elles, dans le caractère de "loi de police" de l'article 189 du code de commerce. Elles soutiennent qu'en raison des liens étroits qui unissent l'article 189 du code de commerce avec les articles 16, alinéa 2 et 10 du code de commerce et plus généralement le droit comptable

luxembourgeois, cette disposition doit constituer une loi d'application immédiate, faisant obstacle au conflit des lois et donc à l'éventuelle mise en œuvre d'une loi étrangère.

Selon ces parties, les lois de police sont les lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays, que le droit comptable forme un ensemble de règles juridiques dont l'importance est fondamentale dans l'organisation de l'économie nationale, et qu'il est généralement admis que la loi applicable aux diverses obligations des commerçants est en principe la loi territoriale car il s'agit de règles de police.

Ces parties intimées font valoir que l'article 16, alinéa 2 du code de commerce qui prévoit une obligation de conservation des documents comptables pendant une période de dix ans, ensemble l'article 10 du même code, réglementant le contenu de la comptabilité des personnes morales, présentent avec l'article 189 du code de commerce, qui limite la prescription des engagements des commerçants à dix ans, des liens si étroits que l'article 189 du code de commerce doit également être considéré comme une loi de police afin de maintenir la cohérence dans l'ordre juridique luxembourgeois. L'objectif de la sécurité juridique et de bonne organisation sous-tendant les articles 189, 16, alinéa 2 et 10 du code de commerce serait en effet ruiné si un commerçant luxembourgeois devait conserver les archives comptables pendant des périodes différentes en fonction de la nationalité et de la résidence des clients, spécialement compte tenu de l'exiguïté du territoire national et de l'activité largement internationale des opérateurs luxembourgeois.

La ville de AAA conclut au rejet de ce moyen. Elle conteste l'existence d'une corrélation entre les articles 16, alinéa 2 et 189 du code de commerce – laquelle a toutefois été confirmée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 39/07 du 30 mars 2007. Elle fait valoir que les conditions pour écarter une loi étrangère sont devenues plus contraignantes et rappelle qu'en matière de prescription de droit commun celle-ci ne peut pas être soulevée d'office par le juge et qu'une partie peut renoncer à la prescription une fois que celle-ci est intervenue.

Il est vrai que les dispositions du livre II du code de commerce réglementant les obligations des commerçants relativement à la tenue des livres de commerce, y compris l'article 16, alinéa 2, imposant un délai de conservation de dix ans de certains documents et informations, sont d'application territoriale et sont considérées comme règles de police (JCL D.I.P. fasc. 561, nos 22 ss.). Mais la libération, après dix ans, de l'obligation de conservation des documents comptables imposée aux commerçants ne participe plus de la règle de police.

La prescription décennale de l'article 189 du code de commerce déroge en matière commerciale à la prescription de droit commun fixée à trente ans par l'article 2262 du code civil. Mais en l'absence de

disposition spécifique lui consacrée par le code de commerce, sa mise en œuvre doit être appréciée suivant les règles établies en matière de prescription de droit commun par les articles 2219 et suivants du code civil (E.D. Rép. de droit commercial, vo Prescription, n° 32). Or, d'après l'article 2220 du code civil, on peut renoncer à la prescription acquise et l'article 2223 du code civil interdit au juge de suppléer d'office le moyen de la prescription. Ces dispositions ne sont pas compatibles avec un caractère de loi de police attribué à l'article 189 du code de commerce.

Ce moyen des sociétés BBB et CCC est partant à rejeter.

A l'appui de son appel la ville de AAA soutient que les premiers juges omettent de motiver pourquoi ils font prévaloir, pour déterminer la loi applicable à l'enrichissement sans cause, celle applicable à la relation juridique de base plutôt que de déclarer applicable à l'enrichissement sans cause la loi du pays où le quasi-contrat s'est réalisé et qui, selon elle, est l'Allemagne.

L'appelante reproche encore aux premiers juges d'avoir appliqué la loi luxembourgeoise en tant que loi de la relation juridique de base en mettant totalement sous silence qu'aucune relation juridique de base n'existait entre FFF et la ville de DDD. Elle fait valoir qu'en retenant qu'il n'y a pas lieu d'analyser, dans le cadre de la loi applicable à la relation juridique de base, si celle-ci a été valablement conclue, les premiers juges sous-entendent qu'un contrat de prêt existe entre FFF et la ville de DDD et que les parties sont seulement en désaccord sur la validité de ce contrat, qu'en l'espèce cependant les parties sont en désaccord sur l'existence même du contrat, lequel ne pouvait donc être pris en compte pour la détermination de la loi applicable.

Déjà avant l'entrée en vigueur du règlement (CE) No 864/2007 ("Rome II") du 11 juillet 2007, qui a consacré cette thèse, une partie de la doctrine et plusieurs décisions judiciaires ont, dans la détermination de la loi applicable aux quasi-contrats, opté pour la loi régissant la relation sous-jacente sur laquelle le quasi-contrat s'est greffé (cf. JCL Droit international, fasc. 553-4, no 47 ss.; Trib. féd. suisse 1.11.1952 et note G.Holleaux, RCDIP 1953,401).

Cette solution a été justifiée par le souci de ne pas rompre le lien existant entre le quasi-contrat et la relation sous-jacente qui lui a donné naissance: la loi qui régit la validité de la relation sous-jacente s'appliquera également, en cas mise à néant de cette relation, à l'éventuel enrichissement sans cause qui en est résulté.

Au Jurisclasseur (fasc. 553-4, nos 55 ss.) Gérard Légier énumère trois arguments en faveur de la compétence de la loi de la relation sous-jacente retenue par le règlement Rome II. Selon cet auteur, le lien avec la relation existante est présumé le lien le plus étroit et donc celui qui offrira la localisation la plus légitime aux vues des circonstances du litige. Les quasi-contrats sont d'autre part considérés comme des

correctifs à des règles ordinaires, or un correctif est évidemment conçu au regard de ce qui est à corriger et il vaut donc mieux étendre la loi du rapport de base aux questions de savoir si et comment les règles ordinaires peuvent être amendées. Enfin lorsque deux parties sont liées par un rapport de droit qu'elles savent être régi par le droit déterminé, il y a lieu de penser qu'elles s'attendent de voir s'appliquer ce droit non seulement aux conséquence directes de leur rapport de droit, mais également à ses conséquences indirectes.

Cette dernière considération amène à la question de savoir si la relation sous-jacente doit être un rapport de droit entre l'enrichi et l'appauvri ou si cette relation peut unir l'une des parties au quasi-contrat et un tiers.

Gérard Légier (no 71 du fasc.553-4) discute la question au regard du règlement Rome II dont, selon lui, les termes peuvent être interprétés aussi bien en faveur de la prise en considération d'une relation existante avec un tiers qu'en faveur de son exclusion.

Dans son jugement du 1er novembre 1952 le tribunal fédéral suisse a appliqué à l'enrichissement sans cause la loi d'une relation conventionnelle entretenue par l'enrichi avec un tiers. Dans sa note G. Holleaux qualifie cette solution, à laquelle la Cour se rallie, d'heureuse et élégante, et marquant un pas de plus en avant dans la recherche d'une unité d'ensemble.

Toutefois, pour que la loi de la relation sous-jacente puisse étendre sa compétence à un éventuel enrichissement sans cause qui en résulte, il faut que cette relation sous-jacente ait à un moment donné existé (le tribunal fédéral suisse parle d'une "efficacité au moins temporaire du rapport ayant servi de fondement à la prestation génératrice d'enrichissement").

Si un paiement est fait en vertu d'une relation juridique existante et si ce rapport de droit est annulé, l'enrichissement du créancier, dont la cause procédait de ce rapport de droit, devient sans cause et la loi qui est compétente pour connaître de l'annulation s'appliquera également à l'enrichissement sans cause qui en est résulté. Si ce rapport de droit n'a jamais existé l'enrichissement du créancier était *ab initio* sans cause et une relation juridique, même supposée par l'appauvri, mais non existante n'offre pas de prise pour la détermination de la loi applicable à l'enrichissement sans cause.

L'article 8 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, invoqué dans ce contexte par la société CCC et qui dispose: "L'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu de la présente convention si le contrat ou la disposition étaient valables" ne dit pas plus que ce qui y est énoncé et ne peut être tiré de son champ d'application, qui est celui des

obligations contractuelles, pour servir d'indice servant à déterminer la loi applicable aux obligations non contractuelles.

Les parties sont en désaccord sur l'existence d'une relation juridique entre FFF et la ville de DDD. La ville de AAA conteste cette existence, rejointe en cette contestation par la ville de DDD.

Les parties sont encore en désaccord sur la charge de la preuve. La ville de AAA soutient qu'il appartient aux sociétés BBB et CCC d'établir l'existence de la relation sous-jacente et offre en ordre subsidiaire en preuve par témoins qu'une telle relation n'existait pas. Les sociétés BBB et CCC concluent à voir mettre à la ville de AAA la charge de la preuve de l'inexistence de cette relation sous-jacente et plaident l'irrecevabilité de son offre de preuve par témoins.

Les sociétés BBB et CCC, qui concluent à la compétence de la loi luxembourgeoise au titre de loi de la relation sous-jacente, on la charge de la preuve de l'existence de cette relation.

Parmi les pièces versées par l'appelante figure un courrier adressé le 24 novembre 1989 à la ville de AAA par EEE qui se réfère à une convention de prêt entre les villes de AAA et de DDD portant sur la somme de 2.832.202,80 DEM et invite la ville de AAA à virer cette somme sur le compte n° 1/51235 de FFF auprès de la CCC à XXX avec la mention: "Ablösung Kassenkredit Stadt DDD", ainsi qu'un ordre de virement adressé le même jour par la ville de AAA à la Landeszentralbank lui demandant de tranférer le montant en question au compte de FFF avec la mention "Termingeldanlage bei Stadt DDD unter Ablösung des bei o.g. Bank best. Kassenkredits vom 27.11. bis 27.12.89 zu 7,85%".

Parmi les pièces figure encore un extrait de compte relatant les mouvements du compte n° 000005904 .310.06 détenu par la ville de DDD auprès de FFF, et ce entre décembre 1988 et décembre 1989. Il renseigne qu'avant le virement de la somme de 2.832.202,80 DEM par la ville de AAA le compte de la ville de DDD était débiteur de cette somme.

La ville de DDD verse un courrier qu'elle a rédigé le 4 octobre 1989 à l'adresse de FFF en réponse à une demande de confirmation d'une prolongation de crédit lui adressée par cette banque et dans lequel elle écrit ne pas avoir connaissance de la convention invoquée. La société CCC conteste que ce courrier lui soit parvenu et fait valoir qu'il doit s'agir d'un document préparatoire interne à l'administration de la ville de DDD et qui n'a jamais été envoyé. Il est vrai que sur ce courrier figurent en bas des mentions relatives à des investigations faites auprès de différents services de l'administration de la ville de DDD, la dernière mention portant: *"Zwecks weiterer Prüfung wvl. sofort".* Le mot "sofort" est biffé et il est marqué "10.10". Cette pièce n'est dès lors pas

concluante pour la question de savoir s'il y a eu ou non convention de prêt entre FFF et la ville de DDD.

La ville de AAA dénie aux pièces ci-avant mentionnées toute force probante. Elle fait valoir que l'extrait de compte est une pièce unilatérale émanant de FFF et soutient que la prétendue relation bancaire entre FFF et la ville de DDD existerait entre un commerçant et un non-commerçant et pourrait seulement être prouvée conformément aux règles établies par les articles 1341 et suivants du code civil.

Les sociétés BBB et CCC ne se prévalent pas à l'encontre de la ville de DDD du contrat de prêt invoqué, mais à l'encontre de la ville de AAA qui est tiers par rapport à ce contrat et à l'égard de laquelle il constitue un fait juridique.

Au vu des pièces versées on peut conclure à l'existence d'une relation de prêt entre FFF et la ville de DDD.

La Cour ne s'arrête pas à la discussion entre parties concernant l'existence ou non de comptes identiques auprès de FFF pour différentes villes allemandes, cette discussion, qui reste d'ailleurs ouverte, n'apportant rien à la solution du litige.

A l'appui de sa contestation d'une relation entre FFF et la ville de DDD la ville de AAA formule, suivant le dernier état de ses conclusions, l'offre de preuve par témoins suivante:

*"que les communes de LLL, MMM, NNN et DDD n'ont jamais ou du moins jamais en 1989 et auparavant, entretenu auprès de la FFF de compte bancaire;*

*que les communes en question n'étaient notamment ni prêteurs ni emprunteurs dans les rapports avec ladite banque".*

Les sociétés BBB et CCC concluent à l'irrecevabilité de cette offre de preuve par témoins. Elles font valoir que les premiers juges ont relevé à bon droit que la ville de AAA, qui argue de faux l'extrait de compte versé doit, pour combattre cette pièce, suivre la procédure d'inscription de faux instituée par les articles 310 et suivants du nouveau code de procédure civile.

Les pièces visées par l'article 310 du nouveau code de procédure civile sont les actes authentiques et les actes sous seing privé et non pas un relevé de compte établi par la partie qui s'en prévaut et ne portant aucune signature.

Ce relevé de compte n'est pas non plus un acte au sens de l'article 1341 du code civil, de sorte que le moyen de la prohibition d'une preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, également invoqué, est encore à rejeter. La ville de AAA, qui est de toute façon tiers par

rapport à la relation contractuelle attestée par ce relevé de compte, peut prouver par témoins contre les énonciations du relevé.

La société CCC fait d'autre part plaider que l'offre de preuve n'est ni pertinente, ni concluante, étant donné que même en l'absence de relation juridique de base la loi luxembourgeoise, en tant que loi du lieu de l'enrichissement s'applique au quasi-contrat litigieux. La question de la loi applicable en l'absence de relation sous-jacente sera examinée, le cas échéant, après l'exécution de la mesure d'instruction. En ce qui concerne une fragilité des témoignages et une éventuelle impuissance des témoins à rapporter des faits précis, également invoquées à l'appui de ce moyen, elles ne sont pas de nature à rendre une offre de preuve non pertinente.

Il y a donc lieu d'admettre la ville de AAA à la contre-preuve des énonciations des pièces du dossier et d'accueillir à ces fins son offre de preuve par témoins, sous réserve d'une modification de son libellé. L'appelante n'a pas expliqué pourquoi elle fait figurer dans son offre de preuve les villes de LLL, MMM et NNN et l'éventuelle absence de relations contractuelles entre ces villes et FFF n'est pas de nature à établir, ni même à faire présumer l'absence de relations contractuelles entre la ville de DDD et FFF. Il y a donc lieu d'admettre la ville de AAA à la preuve des faits libellés au dispositif du présent arrêt.

## 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 en la forme;

rejette le moyen d'une application immédiate, au titre de loi de police, de l'article 189 du code de commerce;

avant tout autre progrès en cause,

admet la Kreisstadt AAA à établir par l'audition du témoin

OOO, par adresse Stadtverwaltung DDD,

les faits suivants:

*la commune de DDD n'a jamais, ou du moins jamais en 1989 et auparavant, entretenu auprès de la FFF de compte bancaire;*

*elle n'était notamment ni prêteur, ni emprunteur dans les rapports avec ladite banque;*

fixe jour, heure et lieu pour

- l'enquête au **jeudi, 16 décembre 2010 à 10.30 heures,**

- la contre-enquête **au jeudi, 3 février 2011, à 10.30 heures,**

chaque fois en la salle d'enquêtes n° C.R. 0.12 au rez-de-chaussée de la Cour Supérieure de Justice, Plateau du Saint-Esprit à Luxembourg;

dit que les sociétés CCC et BBB doivent déposer la liste des témoins qu'elles se proposent de faire entendre lors de la contre-enquête au greffe de la quatrième chambre de la Cour le 31 décembre 2010 au plus tard;

charge Madame la présidente de chambre Irène Folscheid de l'exécution de la mesure d'instruction;

réserve les droits des parties et les frais.