

Arrêt commercial

Audience publique du premier avril deux mille quinze

Numéro 39461 du rôle.

Composition :

*Roger LINDEN, président de chambre;
Marianne HARLES, conseillère ;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Patrick KELLER, greffier.*

E n t r e :

A, (...), demeurant à (...),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette du 4 juin 2012,

comparant par Maître Jean HOSS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

B, établie et ayant son siège social à (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, prise en sa qualité de société absorbante et successeur légal (par acte de fusion absorption devenue effective vis-à-vis des tiers le 28 mai 2010) de la société anonyme C, ayant été établie et ayant son siège social à (...)et ayant été inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro (...), société absorbée,

intimée aux fins du susdit exploit GLODEN,

comparant par Maître Alex SCHMITT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Suivant acte d'huissier du 12 février 2010, A a fait assigner la société anonyme C, actuellement B (ci-après la B) devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour voir dire qu'il résulte d'un arrêt de la Cour d'appel du 12 novembre 2009 que B a engagé sa responsabilité contractuelle sur base de l'article 1147 du Code civil à son égard, et aux fins de l'entendre condamner à lui payer au titre de la perte du profit escompté (lucrum cessans), la somme de 371.190,57 €, réduite en cours de procédure à 366.619, 14 €, sinon de 185.595,29 €, outre les intérêts au taux légal ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.500 €.

Au soutien de sa demande, A a fait valoir que suivant l'arrêt précité, B avait été condamnée à lui payer 2.982.967,36 € à titre de perte subie, 37.664,59 € à titre de commissions et de frais et 2.500 € à titre de préjudice moral.

Arguant avoir lors de l'instruction de l'instance ayant abouti à l'arrêt du 12 novembre 2009 formulé une demande tendant à l'indemnisation de son dommage résultant de la perte du profit escompté, demande déclarée irrecevable par la Cour comme étant nouvelle en appel, A a conclu à voir indemniser ce préjudice.

Par acte de fusion-absorption du 18 mai 2010, B a absorbé C. Cette fusion a pris effet vis-à-vis des tiers le 28 mai 2010. (pièce 7 de la farde de Maître SCHMITT).

Soutenant avoir le 15 mai 2008 transféré la branche d'activité « Private and Corporate Banking » à la société D, (ci-après D), B a opposé le défaut de qualité pour défendre dans son chef. Elle a encore soulevé la fin de non- recevoir tirée de l'autorité de chose jugée au motif que l'indemnisation du préjudice subi du fait de l'inexécution par B de ses obligations contractuelles a fait l'objet d'un premier litige ayant donné lieu à l'arrêt définitif de la Cour d'Appel du 12 novembre 2009.

Quant au fond, elle a résisté à la demande au motif que le gain manqué n'est pas indemnisable, car incertain, et que seul le dommage prévisible, direct et immédiat est indemnisable. Elle a encore insisté sur le partage de responsabilités retenu par l'arrêt précité de la Cour d'appel et a réclamé une indemnité de procédure de 10.000 €.

Par jugement du 16 décembre 2011, le tribunal a rejeté les moyens d'irrecevabilité soulevés par B, a déclaré la demande non fondée et a condamné A à payer à la société B une indemnité de procédure de 1.000 €.

Par acte d'huissier du 4 juin 2012, A a relevé appel de ce jugement qui lui a été signifié le 11 avril 2012. Elle conclut, par réformation, à voir condamner B à lui payer la somme de 366.619,15 € au titre de perte du profit escompté (lucrum cessans), sinon la somme de 183.309,75 €, augmentée des intérêts au taux légal à compter du 12 février 2010, sinon à partir de la décision à intervenir. Elle réclame également une indemnité de procédure de 3.000 €.

B interjette appel incident contre le jugement entrepris en ce qu'il n'a pas déclaré irrecevable la demande de A pour défaut de qualité pour défendre dans le chef de B, et reproche au tribunal de ne pas avoir considéré que la qualité pour agir est une condition de recevabilité de l'action.

Elle réitère son moyen tiré de l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt rendu par la Cour d'Appel le 12 novembre 2009 et conclut, par réformation, à l'irrecevabilité de la demande de A.

Aux termes de ses écritures du 6 mai 2013, B conclut encore à l'irrecevabilité de la demande en soulevant la prescription décennale de l'article 189 du Code de commerce, les faits invoqués par A datant de 1998, de 1999 et en partie du début de l'année 2000 et l'action judiciaire n'ayant été intentée que le 12 février 2010.

L'intimée réclame une indemnité de procédure ainsi qu'une indemnité pour procédure abusive et vexatoire de 10.000 € chacune.

Les appels principal et incident sont recevables pour avoir été introduits dans les forme et délai de la loi.

Dans un but de logique juridique, il convient de procéder au préalable à l'examen du moyen tiré de l'autorité de chose jugée.

Quant à l'autorité de chose jugée :

B critique le tribunal pour avoir rejeté le moyen tiré de l'autorité de chose jugée attachée à l'arrêt de la Cour d'appel du 12 novembre 2009.

B reproche au tribunal de ne pas avoir, suite aux arrêts de la Cour d'appel des 6 décembre 2007 et 12 novembre 2009 rendus entre les mêmes parties quant à une demande ayant eu la même cause et le même objet que celle actuellement litigieuse, accueilli le susdit moyen. Elle estime que A aurait dû concentrer toutes ses demandes dans le cadre de la première procédure ayant abouti à l'arrêt du 12 novembre 2009. Elle fait valoir que la cause de la demande est constituée par l'ensemble des faits allégués à l'appui de la demande et qu'il incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause et qu'il ne peut invoquer dans une instance postérieure un fondement juridique qu'il

s'était abstenu de soulever en temps utile. La demande originale présentée par A aurait concerné l'indemnisation de son « préjudice matériel » et devrait dès lors être comprise comme ayant inclus les différents postes de préjudice que sont la perte éprouvée et le gain manqué. A l'appui de son moyen, B invoque un arrêt rendu en assemblée plénière par la Cour de cassation française le 7 juillet 2006 ayant retenu que la nouvelle demande basée sur un fondement juridique que le demandeur s'était abstenu de soulever en temps utile se heurte à la chose précédemment jugée relativement à la même contestation, le demandeur devant présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci (Cass. française, ass. plénière, 7 juillet 2006, RTD civ. 2006, p.825 note Perrot).

A conclut, par adoption de motifs, à la confirmation de la décision entreprise sur ce point spécifique.

En l'espèce, A avait, aux termes de son assignation introductive d'instance devant le tribunal et ayant abouti in fine à l'arrêt de la Cour du 12 novembre 2009 invoqué la responsabilité contractuelle de B et conclu à se voir indemniser des préjudices matériel et moral qu'elle affirmait avoir subis. En cours d'appel, par conclusions du 13 novembre 2008, elle avait sollicité la condamnation de la B au paiement de la somme de 371.190,57 € au titre de la perte du profit escompté et la Cour, avait dans le dispositif de l'arrêt du 12 novembre 2009 « *déclaré irrecevable la demande de Mme A tendant à l'allocation du montant de 371.190,57 euros au titre de la perte du profit escompté* ». La Cour avait dans la motivation dudit arrêt considéré cette demande comme étant une demande nouvelle.

L'autorité de la chose jugée s'attache à toute décision relativement à la contestation qu'elle tranche. Encore faut-il qu'une contestation ait été tranchée au fond.

Tel n'est pas le cas du chef d'un arrêt qui déclare une demande irrecevable comme nouvelle en appel, cette irrecevabilité ne faisant pas obstacle à ce que la même demande soit présentée dans une nouvelle instance. (Cass. 2e civ., 9 juill. 2009, n° 08-17.600 : JurisData n° 2009-049088 ; Cass. 2^{ème} civ., 27 mai 2009, n° 08-11.388 : JurisData n° 2009-048246).

En effet, l'autorité de la chose jugée n'a lieu que si la chose demandée est la même que celle qui a déjà été jugée. Or juger qu'une demande est irrecevable pour avoir été présentée pour la première fois en cause d'appel, ce n'est pas juger qu'elle est mal fondée en droit. Le problème du fond demeure entier, et dès lors que le motif d'irrecevabilité est lié à une circonstance éphémère tenant au fait que la demande était nouvelle en cause d'appel, rien n'interdit à son auteur d'introduire celle-ci dans une nouvelle instance devant les juges du premier degré (Lexisnexis, Revue procédure, août 2009,

p.262, Commentaire par Roger Perrot de l'arrêt rendu par la 2^{ème} chambre civile de la Cour de Cassation française le 27 mai 2009, n°08-11.388).

L'autorité qui est attachée à l'arrêt du 12 novembre 2009 relativement à la demande de A tendant à voir indemniser la perte du profit escompté se limite à ce que cette demande a été déclarée irrecevable comme étant nouvelle.

Elle ne s'oppose dès lors pas à ce que cette demande soit présentée dans une nouvelle instance.

C'est dès lors à bon droit et par une motivation que la Cour fait sienne que la juridiction de première instance a rejeté le moyen tiré de l'autorité de chose jugée.

L'appel incident n'est dès lors pas fondé de ce chef.

Quant au moyen tiré de la prescription de l'action :

Ce moyen n'avait pas été invoqué devant la juridiction de première instance.

Il convient de rappeler que B fait valoir que l'action de A serait prescrite pour ne pas avoir été introduite endéans le délai de dix ans prévu à l'article 189 du Code de commerce.

Suivant les dispositions de droit commun, applicables à la prescription commerciale prévue à l'article 189 du Code de commerce, « *la prescription peut être opposée en tout état de cause, même devant la Cour d'appel (...)* », ce qui n'est d'ailleurs pas critiqué par A.

Aux termes dudit article, « *les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par dix ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes* ».

Lorsque la relation concerne un commerçant et un non-commerçant, l'acte est considéré comme mixte.

La disposition de l'article 189 du Code de commerce est à interpréter dans le sens qu'elle s'applique également à un acte mixte.

La prescription prévue par l'article 189 du Code de commerce a pour motif principal de faire coïncider le domaine de la prescription avec celui de l'obligation pour le commerçant de conserver pendant dix ans les livres de commerce. Il résulte clairement de cet article que la prescription décennale est normalement applicable à toutes les obligations nées entre les parties dont une seule est

commerçante. Peu importe que l'engagement soit civil pour l'autre partie ; peu importe que l'obligation soit de nature contractuelle ou délictuelle ; peu importe la situation juridique de l'une ou l'autre partie, créancière ou débitrice (Répert. com. Dalloz, verbo Prescription, n° 48 et suiv., Cour d'appel, 17 mars 2005, n° 28 863 ; 10 mai 2012, n° 36168).

Dans la mesure où dans le cadre de l'obligation litigieuse, une partie est commerçante, à savoir B, et que cette obligation est née à l'occasion du commerce de celle-ci, la prescription décennale de l'article 189 du Code de commerce trouve application en l'espèce.

B fait valoir que le délai de dix ans a commencé à courir à partir du jour où A a eu connaissance des pertes servant de base à son action en dommages-intérêts, soit en l'espèce à partir du moment où elle a été mise en possession des extraits de compte retraçant l'évolution de ses investissements, et dès 1998, des pertes liées aux contrats « futures ». Le compte sur lequel l'appelante a effectué l'ensemble des opérations boursières ne serait pas un simple compte - dépôt, mais un compte sur lequel étaient effectuées les opérations boursières de l'appelante, notamment l'achat de contrats « futures ».

Elle ajoute que les contrats « futures » seraient des contrats au sens de l'article 1101 du Code civil et « que les instruments financiers sont considérés en général comme des contrats à titre onéreux suivant la définition de l'article 1106 du Code civil ou comme des contrats aléatoires répondant à la définition de l'article 1964 du même Code ».

En l'occurrence, et dans la mesure où A invoque un dommage lié à la perte des revenus qu'elle aurait pu percevoir si B lui avait fourni de meilleurs conseils d'investissements concernant les contrats « futures », et que la matière est contractuelle, le point de départ de la prescription de l'action sanctionnant l'inexécution est le jour où l'obligation peut être mise à exécution par une action en justice. En l'occurrence, dans la mesure où l'appelante fait état de la violation par B de son obligation d'information et de conseil liée au rapport contractuel entre parties, le point de départ de la prescription de l'action sanctionnant l'inexécution de cette obligation doit nécessairement être concomitant à la conclusion de chaque contrat « future ». Selon l'appelante sur incident, il se dégagerait des deux arrêts de la Cour d'appel des 6 décembre 2007 et 12 novembre 2009, que le 15 février 2000, l'ensemble des contrats « futures » avait été soldé et que les deux dernières ventes avaient été effectuées à cette date. Les ordres d'achat ayant tous été passés antérieurement au 15 février 2000, l'action de l'appelante portant sur de tels contrats « futures », introduite le 12 février 2010, serait donc prescrite.

En ordre subsidiaire, et dans la mesure où les contrats « futures » sont des contrats à terme, B demande à la Cour de fixer le point de départ de la prescription au jour de leurs échéances respectives et de constater qu'à l'exception de deux d'entre eux, tous ont été soldés et seraient parvenus à échéance avant le 12 février 2000, soit plus de dix ans avant l'action de la partie appelante.

Selon A, le point de départ du délai de prescription serait à fixer, non pas à partir de chaque opération litigieuse sur le compte bancaire de l'appelante, mais à partir de la clôture du compte courant.

Quant à la nature juridique des contrats « futures », A se prévaut de l'ouvrage de K. Medjaoui, intitulé « Les marchés à terme dérivés et organisés d'instruments financiers » pour soutenir qu'il est impossible d'assimiler les contrats de « futures » à des contrats soumis au droit commun du Code civil et que l'opération bancaire sur « futures » ne peut pas être assimilée à un contrat de droit commun. Ces « futures » feraient partie des opérations bancaires sui generis qui rentreraient dans le cadre des opérations de compte, et qui seraient ainsi soumises aux règles de prescriptions qui leur sont propres. A rappelle en outre avoir ouvert un compte courant en 1990 auprès de B et se prévaut en outre d'une clause d'unicité de compte, au regard des articles 4 et 17 des conditions générales de B. Contrairement à l'argumentation de celle-ci, les parties auraient été en relation de compte-courant et l'appelante au principal insiste sur la fongibilité de toutes les opérations rentrées en compte-courant.

Dans la mesure où les dernières opérations enregistrées sur le compte de la cliente relatives à des opérations d'investissement dans des contrats « futures » datent du 15 février 2000, la clôture du compte de A ouvert auprès de B serait donc nécessairement intervenue à une date postérieure au 15 février 2000.

A conclut par conséquent au rejet de la fin de non-recevoir tiré de la prescription d'agir.

Il résulte de l'arrêt rendu par la Cour d'appel le 6 décembre 2007 (pièce 1 de Maître Hoss, pièce 8 de Maître Schmitt), que « A a ouvert en date du 5 juillet 1991 un compte auprès de C à Luxembourg et confié à la B un mandat de gestion discrétionnaire en lui demandant d'effectuer pour son compte les opérations suivantes :

- achats et ventes d'actions et d'obligations
 - souscriptions et rachats de parts de Sicav et de Fcp
 - opérations de change au compte et à terme
 - placements de fonds en compte à terme
- (...)

que le compte a été géré selon les principes ci-dessus indiqués et que suite à la visite d'un représentant de B en Italie auprès de A,

celle-ci a donné ordre à B, à partir du 9 juin 1998 de conclure des « contrats Futures » basés sur l'indice Fib de la bourse de Milan ».

L'arrêt mentionne en outre l'existence d'un compte-titres en relevant *« que B procéda le 17 février 2000 à la vente des titres détenus sur le compte titres pour couvrir les pertes subies lors des opérations litigieuses ».*

Il se dégage des documents actuellement soumis à la Cour que le 5 juillet 1991, A était titulaire d'un compte n° (...) auprès de B (pièce 20 de Maître Schmitt).

Force est en outre de constater, tel que le fait remarquer à juste titre A, qu'aux termes de l'article 4 des conditions générales de B (pièce 9 de Maître Schmitt), *« tous les comptes d'un même client, qu'ils soient établis en une même monnaie ou en monnaies différentes, qu'ils soient de nature spéciale ou différente, qu'ils soient à terme ou immédiatement exigibles ou encore qu'ils soient soumis à des taux d'intérêts différents, ne constituent en fait et en droit que les éléments d'un compte-courant unique et indivisible, dont la position créditrice ou débitrice à l'égard de B n'est établie qu'après conversion, en monnaie ayant cours légal au Luxembourg au cours du jour de l'arrêté des comptes, des soldes en monnaie étrangère ».*

L'existence d'une convention de compte courant entre B et A n'est pas contestée par l'appelante sur incident.

La Cour se rallie par conséquent à l'argumentation de A pour retenir que la volonté des parties était de faire fonctionner leurs comptes conformément à une convention de compte-courant unique de telle sorte que chaque créance remise a perdu son individualité pour se fondre dans une série homogène d'articles du compte, perdant ainsi son caractère propre.

Le compte courant étant destiné à permettre un règlement simplifié des créances réciproques des parties, il est naturel que toutes les opérations naissant entre elles y trouvent leur dénouement.

Ainsi s'accorde-t-on pour considérer comme caractéristique du compte courant l'affectation générale au compte des créances réciproques des correspondants. De ce principe, il découle, que l'entrée d'une créance en compte n'implique pas un accord spécial du créancier et, d'autre part, que le créancier ne peut, en principe, s'opposer à l'inclusion d'une créance dans le compte et en demander un règlement direct. (Rép. com. Dalloz, Le compte-courant n° 21).

Toutes les créances réciproques appartiennent au compte, qu'elles aient directement leur source dans un contrat ou qu'elles consistent en une créance de dommages-intérêts pour inexécution d'une obligation contractuelle. (n° 24 même ouvrage).

Le fonctionnement du compte courant est caractérisé par l'indivisibilité, ainsi définie par la Cour de cassation en 1903 (Civ. 24 juin 1903 DP 1903. 1. 472, : « [...] *Les opérations d'un compte courant, se succédant les unes aux autres jusqu'au règlement définitif, forment un tout indivisible qu'il n'est pas permis de décomposer, ni de scinder; tant que le compte fonctionne, il n'y a ni créance ni dette mais seulement des articles de crédit et de débit et c'est par la balance finale que se détermine le solde à la charge de l'un ou l'autre des contractants et par conséquent les qualités de créancier et de débiteur, jusque-là en suspens* ».

Les qualités de créancier et de débiteur sont en suspens en ce sens que, jusqu'à la clôture, une partie ne peut exiger et poursuivre le paiement du solde du compte qui n'a qu'un caractère provisoire puisqu'il est susceptible d'être modifié par des remises en sens contraire. Tant que le compte n'est pas définitivement arrêté, le solde ne peut donner lieu à un paiement forcé, ni même volontaire. Le défaut d'exigibilité empêche la prescription de courir avant la clôture du compte. (n° 94, même ouvrage)

La prescription qui ne court pas en cours de fonctionnement du compte commence à la date de la clôture. (n° 120 même ouvrage, voir également Jcl Fasc.250 : Pluralité de comptes en B ouverts à un même client).

Aussi au vu des développements qui précèdent, l'argumentation de B selon laquelle la prescription de l'action aurait commencé à courir à partir de chaque opération prise isolément est à rejeter. Les développements de B tant au sujet de la nature juridique des contrats « futures » que quant à la date d'échéance des dits contrats ne sont pas à prendre en considération étant donné qu'ils ne sont d'aucun intérêt pour la solution du litige.

Aucun document bancaire relatif à la clôture du compte courant n'est versé aux débats.

A n'est pas critiquée dans son assertion que le dernier extrait de compte date du 15 février 2000.

La Cour renvoie à la motivation de l'arrêt du 6 décembre 2007 ayant retenu « *que les contrats subsistants furent clôturés sur l'instruction de l'époux de A le 11 et 15 février 2000 et que B procéda le 17 février 2000 à la vente des titres détenus sur le compte titres pour couvrir les pertes subies lors des opérations litigieuses* ».

La Cour en déduit que la clôture du compte courant est intervenue au plus tôt le 17 février 2000 sinon à une date postérieure au 17 février 2000.

L'action introduite par A datant du 12 février 2010, le moyen tiré de la prescription décennale est à rejeter.

Quant au défaut de qualité dans le chef de B :

B reproche encore au tribunal de première instance de ne pas avoir déclaré irrecevable la demande de A pour défaut de qualité dans le chef de la défenderesse. Arguant que l'existence de la qualité pour agir en justice serait une condition de recevabilité de l'action, elle conclut, par réformation, à voir déclarer irrecevable la demande. Elle soutient à l'appui de son appel que l'action aurait à tort été engagée à l'encontre de B, dès lors que celle-ci a cédé le 25 juin 2008 l'ensemble de la branche d'activité « Private and Corporate Banking », dont relevait A, à la société D.

Le tribunal, dans son jugement du 16 décembre 2011, a considéré que l'existence effective du droit invoqué par le demandeur n'est pas une condition de recevabilité de la demande, mais uniquement la condition de son succès au fond, ou, en d'autres termes, de son bien-fondé. Le moyen d'irrecevabilité tiré du défaut de qualité dans le chef de la défenderesse a été rejeté, motif pris que la question de savoir si B est toujours débitrice d'une éventuelle obligation de réparation relève du fond et non pas de sa recevabilité.

A conclut à la confirmation de la décision entreprise de ce chef.

C'est à bon droit et par une motivation que la Cour fait sienne que la juridiction de première instance a rejeté le moyen d'irrecevabilité tiré du défaut de qualité pour défendre dans le chef de l'appelante sur incident.

Afin d'apprécier si B a ou non qualité pour défendre, il est nécessaire de procéder à l'examen du fond du litige.

L'appel incident n'est dès lors pas fondé de ce chef.

Quant à l'appel principal :

A fait grief au tribunal de ne pas avoir considéré que le transfert de branches d'activités entre les sociétés C et D n'a pas entraîné la dissolution de la société C qui a continué d'exister après juillet 2008 et au moins jusqu'au 28 mai 2010. Une seule branche d'activité déterminée aurait été transférée de C à D, une autre branche d'activité, à savoir « la branche d'activité I » aurait été transférée de D à C. Le préjudice invoqué en l'espèce par A aurait été subi pendant la période durant laquelle la société C prestait encore des

services d'investissement et de B privée entre juin 1998 et février 2000. Le projet de cession ne préciserait pas si la société D s'est engagée à reprendre les « Litiges » de la société C passés, actuels et futurs en rapport avec cette branche d'activité.

Dans la mesure où le projet de scission serait trop vague et ne préciserait pas clairement si les litiges nés ou à naître en rapport avec l'activité de « Private and Corporate Banking » sont à transférer à la société D, il y aurait lieu d'analyser le comportement de la société C adoptée dans le cadre de la première procédure ayant opposé A à B afin de déterminer si cette dernière doit réparer les préjudices nés à l'époque où elle prestait encore des services d'investissement à A.

L'appelante se prévaut du fait que dans le cadre de l'action introduite à l'encontre de la société C par assignation du 5 avril 2001, et qui a abouti aux arrêts des 6 décembre 2007 et 12 novembre 2009, l'intimée, la société C n'avait informé ni la Cour, ni A du transfert de litiges vers la société D suite à l'acte de cession et elle donne à considérer que l'arrêt de la Cour d'appel du 12 novembre 2009 a été rendu contre la société C et que c'est également cette société et non pas la société D qui a payé les montants auxquels elle a été condamnée.

L'appelante estime que si un transfert de litige en cours d'instance avait effectivement eu lieu, la société D aurait dû reprendre l'instance contre A. Il échapperait à toute logique que la société apporteuse poursuive des instances relatives à des litiges qui auraient fait l'objet d'un transfert à la société bénéficiaire et que la société apporteuse règle encore les montants résultant d'une condamnation pour un litige transféré à la société bénéficiaire.

L'appelante se prévaut de l'article 289 3) b), de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales (ci-après la loi « LSC »), protectrice des droits des tiers pour soutenir qu'un créancier peut intenter, à son choix, une action contre la société apporteuse ou bien contre la société bénéficiaire, sans que les recours soient hiérarchisés d'une quelconque manière. Dans la mesure où le projet de cession n'aurait pas précisé le sort des litiges qui devraient naître de cette branche d'activité, le litige ne serait jamais sorti du patrimoine de la société C.

A estime « qu'il serait impensable qu'il n'y ait pas eu entre la société C et D d'autres documents que ceux publiés au Memorial et produits en pièces par l'intimée, et notamment, d'accord relatif aux garanties et aux litiges que C et D se sont forcément mutuellement donnés lors des transferts de branches d'activité I et II ».

L'appelante demande à la Cour, sur le fondement des articles 279 et suivants du NCPC, la production de tous les documents en vertu desquels C et D se sont entendues lors de la cession de branches de part et d'autre.

L'appelante fait finalement valoir que le projet de cession entre les sociétés D et C aurait été publié le 24 mai 2008 sous l'intitulé « Diverses autres publications », au Mémorial C avec une centaine d'autres documents publics de sorte qu'il lui aurait été quasiment impossible de savoir qu'un transfert, susceptible d'avoir un impact sur le présent litige, avait eu lieu.

Aussi, au regard de l'ensemble de ces éléments, et compte tenu notamment du fait que le projet de cession n'a pas précisé ce qu'il advenait des litiges nés ou à naître, l'appelante soutient qu'en l'espèce le litige n'a jamais fait l'objet d'un transfert. La société C aurait dès lors qualité pour défendre.

Le tribunal, pour accueillir le moyen tiré du défaut de qualité de défendre dans le chef de B, a relevé que selon le projet de transfert de branches d'activité du 15 mai 2008, et aux termes des résolutions des assemblées générales des sociétés D et C du 25 juin 2008, la société C a transféré à la société D sans contrepartie la branche d'activité de « Private and Corporate Banking » pour des sociétés et des clients privés, y inclus les activités de trésorerie y relatives et l'activité d'exécution concernant les fonds, et, en particulier tous les éléments d'actif et de passif qui s'y rattachent. Le tribunal a relevé que ces deux sociétés ont décidé de soumettre la cession de cette branche d'activité au régime des scissions prévu aux articles 285 à 308 de la loi LSC. Il a encore constaté au vu des pièces lui soumises que l'appelante était cliente du Private Banking de la société C, pour avoir en date du 5 juillet 1991 ouvert un compte auprès de cette B, lui avoir confié un mandat de gestion discrétionnaire et, à partir de juin 1998 jusqu'en février 2000, lui avoir donné des ordres de conclure des contrats « futures ».

L'argumentation de A relative à la solidarité entre B et la société D sur le fondement de l'article 289 (3) b) de la loi LSC a été rejetée par le tribunal au motif que le contrat conclu entre la société C et A relève clairement de la branche d'activité de Private Banking et qu'il en découle que les responsabilités encourues dans le cadre de ces activités sont également transférées à la société D tel que cela est expressément prévu dans le contrat de cession.

Le tribunal a encore rejeté l'argumentation de l'appelante relative au comportement adopté par l'intimée dans le cadre du procès qui a abouti à l'arrêt de la Cour d'appel du 12 novembre 2009 et considéré que ce comportement ne la rend pas forclosé à invoquer ladite cession dans le cadre du présent litige. Le tribunal a en outre relevé qu'à la différence du litige antérieur dont l'assignation date du 5 avril

2001, le présent litige a été intenté postérieurement à l'opposabilité aux tiers de l'acte de cession.

Le tribunal a dès lors retenu que les aspects tant actifs que passifs de l'activité du Private Banking de la société C ont été cédés à la société D avec effet au 7 juillet 2008, et ce en conformité à l'article 308-5 de la loi LSC.

L'intimée reprend son moyen développé en première instance tiré du défaut de qualité pour défendre dans son chef, soutenant avoir au cours de l'année 2008 procédé au transfert de la branche d'activité « Private and Corporate Banking » à la société D. Ce transfert aurait produit les effets d'une scission par application de l'article 308bis-5 de la loi LSC, elle aurait été publiée au Mémorial C et rendue opposable aux tiers dès le 7 juillet 2008. L'activité « Private and Corporate Banking » constituerait bien une branche d'activités de la société C, transférée dans son ensemble, y compris tous les litiges pouvant naître en rapport avec cette branche d'activité à la société D antérieurement à l'exploit introductif d'instance du 12 février 2010.

Les conditions d'application de l'article 289 3) b) de la loi LSC ne seraient pas réunies en l'espèce.

La Cour constate ensemble avec les premiers juges que le projet de cession entre les sociétés C et D date du 15 mai 2008 et a été publié au Mémorial C le 24 mai 2008. (pièce 1 de Maître Schmitt). Suite à l'approbation de la cession de branches d'activités par les assemblées générales des deux sociétés le 25 juin 2008, (pièces 2 et 3 de Maître Schmitt), l'acte de cession a été dressé devant le notaire Delvaux le 25 juin 2008.

Il mentionne sous un point II. *Entre C (société cédante) et D (société bénéficiaire) :*

« Considérant qu'il a été décidé que C transfère sans contrepartie la branche d'activité comprenant les activités de Private et Corporate Banking pour des sociétés et des clients privés, y inclus les activités de trésorerie y relatives et l'activité d'exécution concernant les fonds, et, en particulier tous les éléments d'actif et de passif qui s'y rattachent (la « Branche d'Activité II) à D (la « Cession de Branche d'Activité II) .

Les Sociétés ont décidé de soumettre la cession de Branche d'Activité II au régime des scissions prévu par les articles 285 à 308 (hormis l'Article 303 de la loi Luxembourgeoise sur les Sociétés. »

Il est prévu sous « 2. DATE EFFECTIVE DE LA CESSION DE BRANCHE D'ACTIVITE II. : La Cession de Branche d'Activité II prendra effet entre C et D et vis-à-vis des tiers le 7 juillet 2008 (la « date d'Effet »). La publication du présent Acte de Cession et des

actes notariés contenant respectivement les procès-verbaux de l'assemblée générale des actionnaires et C approuvant la Cession de Branche d'Activité II et de l'assemblée générale des actionnaires de D approuvant la Cession de Branche d'Activité I et de l'acte notarié de cession de la Branche d'Activité II, conformément aux dispositions de l'Article 9 de la loi luxembourgeoise sur les Sociétés interviendra le 7 juillet 2008.

A la Date d'Effet tous les éléments d'actif et de passif composant la Branche d'Activité II de C seront transférés à D de plein droit conformément à l'Article 308 bis-5 de la loi luxembourgeoise sur les sociétés et aux risques exclusifs de D. »

L'article 4 de l'acte de cession fournit une « *DESCRIPTION DES ELEMENTS D'ACTIF ET DE PASSIF COMPRIS DANS LA BRANCHE D'ACTIVITE II DE C A TRANSFERER A D* ». Sont entre autres mentionnés sous la rubrique « *Passif* », les dépôts et comptes des clients et les dettes courantes. L'acte renseigne en outre que « *sans préjudice de ce qui précède, les éléments d'actif et de passif relatifs à la Branche d'Activité II à la date d'Effet et qui ne sont pas explicitement énumérés dans le présent Projet de Cession seront transférés à D à la date d'Effet* » (pièce 4 de Maître Schmitt).

L'acte de cession a été déposé le 2 juillet 2008 au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg et publié le 7 juillet 2008 au Mémorial C.

Il importe de noter que A ne conteste ni avoir relevé de l'activité « *Private and Corporate Banking* » de la société C ni la date de publication de l'acte de cession et par conséquent son opposabilité à l'égard des tiers avec effet au 7 juillet 2008.

L'acte de cession versé aux débats est rédigé en des termes clairs et c'est à bon droit et par une motivation que la Cour fait sienne que la juridiction de première instance a considéré que la branche d'activité « *Private and Corporate Banking* » dont relève A a été transférée à la société D et que la cession de cette branche d'activité a été soumise au régime des scissions prévu aux articles 285 à 308 (hormis l'article 303) de la loi LSC.

Le droit pour la victime d'obtenir réparation du préjudice subi existe dès que le dommage est causé. L'obligation résultant pour la société C d'indemniser A de l'éventuel préjudice par elle subi du fait du manquement par la B à son obligation d'information et de conseil a dès lors été transmise avec le patrimoine relatif à la branche d'activité « *Private and Corporate Banking* » à la société D.

Les deux sociétés ont d'ailleurs pris soin de préciser dans l'acte de cession que « *sans préjudice de ce qui précède, les éléments d'actif et de passif relatifs à la Branche d'Activité II à la date d'Effet et*

qui ne sont pas explicitement énumérés dans le présent Projet de Cession seront transférés à D à la date d'Effet ».

C'est dès lors à juste titre et par une motivation que la Cour approuve que la juridiction de première instance a retenu que les prémisses permettant l'application de l'article 289(3) b) de la loi LSC aux termes duquel « *lorsqu'un élément du patrimoine passif n'est pas attribué dans le projet de scission et que l'interprétation de celui-ci ne permet pas de décider de sa répartition, chacune des sociétés bénéficiaires en est solidairement responsable* », ne sont pas données en l'espèce, que B n'était plus débitrice le 12 février 2010 d'une éventuelle obligation de réparation à l'égard de A et que la demande a été déclarée non fondée.

La demande de A tendant à voir ordonner à l'intimée la production de pièces supplémentaires est dès lors à rejeter.

Au vu du résultat du litige, c'est encore à juste titre que le tribunal a condamné l'appelante au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000 €.

Chacune des parties réclame l'allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

Aucune des parties n'ayant établi l'iniquité requise par cet article, leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure sont à rejeter.

La B réclame en outre 10.000 € à titre d'indemnité pour procédure abusive et vexatoire.

Elle fait valoir que l'appelante agit avec une extrême mauvaise foi ou fait preuve au moins d'une extrême légèreté blâmable sanctionnée par l'article 6-1 du Code civil. Il n'existerait aucun fait nouveau pouvant justifier un changement de sa situation antérieurement reconnue en justice de nature à justifier une nouvelle procédure.

L'exercice d'une action en justice ne dégénère en faute, pouvant justifier l'allocation de dommages et intérêts, que si elle constitue un acte de malice ou de mauvaise foi ou du moins une erreur grossière équipollente au dol ou si le demandeur a agi avec une légèreté blâmable.

Aucun élément au dossier ne permettant de retenir que l'appel de A réponde à l'un quelconque de ces critères, la demande de la B basée sur l'article 6-1 du Code civil est à rejeter.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit les appels principal et incident,

les dits non fondés,

dit non fondé le moyen tiré de la prescription pour agir,

confirme le jugement entrepris,

dit non fondées les demandes des parties en allocation d'une indemnité de procédure,

dit non fondée la demande de B en allocation d'une indemnité pour procédure abusive et vexatoire,

condamne A aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Alex Schmitt qui la demande, sur ses affirmations de droit.