

Arrêt N° 8/19 IV-COM

Audience publique du neuf janvier deux mille dix-neuf

Numéro 44685 du rôle

Composition:

Roger LINDEN, président de chambre;
Elisabeth WEYRICH, première conseillère;
Yannick DIDLINGER, conseillère;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

A.), sans état connu, demeurant à F-(...),

appelant aux termes d'un acte de l'huissier de justice Frank Schaal de Luxembourg du 27 mars 2017,

comparant par Maître Thomas Stackler, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

1) la société anonyme BANQUE INTERNATIONALE A LUXEMBOURG, anciennement DEXIA BANQUE INTERNATIONALE A LUXEMBOURG, établie et ayant son siège social à L-2653 Luxembourg, 69, route d'Esch, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 6.307,

intimée aux fins du prédit acte Schaal,

comparant par la société anonyme Arendt & Medernach, représentée par Maître Philippe Dupont, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) la société anonyme EXPERTA CORPORATE AND TRUST SERVICES LUXEMBOURG, établie et ayant son siège social à L-2661 Luxembourg, 42, rue de la Vallée, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 29.597,

intimée aux fins du prédit acte Calvo,

comparant par la société anonyme Arendt & Medernach, représentée par Maître Glenn Meyer, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Par acte d'huissier de justice du 14 août 2014, **A.)** a assigné la société anonyme BANQUE INTERNATIONALE A LUXEMBOURG, anciennement DEXIA BANQUE INTERNATIONALE A LUXEMBOURG (ci-après la BANQUE ou la société BIL) et la société anonyme EXPERTA CORPORATE AND TRUST SERVICES (ci-après la société EXPERTA) devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux fins de voir condamner la société BIL à lui payer la somme de 886.830,70 €, augmentée des intérêts légaux, à titre de réparation du préjudice matériel subi en raison de la perte de valeur des investissements qu'il a dit avoir réalisés dans des parts des fonds Blue Star et Rafale.

Il a encore sollicité la condamnation de la société BIL au paiement du montant de 50.000 € augmenté des intérêts légaux en réparation du préjudice moral subi en raison de la perte de valeur des titres acquis et de la somme de 133.024,60 € avec les intérêts légaux à compter du 3 avril 2009 au titre de « la perte de chance subie du fait des fautes commises par la banque ».

Il a demandé que le jugement soit déclaré commun à la société EXPERTA et a requis une indemnité de procédure de 10.000 € contre la société BIL.

A l'appui de sa demande, **A.)** a exposé que la société EXPERTA, une fiduciaire liée à la société BIL, a créé le 10 juillet 2007 pour lui-même une société de droit panaméen dénommée Philnor Inc. (ci-après Philnor) dont il serait le seul bénéficiaire économique.

La société Philnor aurait ouvert le 18 mars 2008 deux comptes auprès de la société BIL. Cette dernière aurait au cours du même mois souscrit pour le compte de la société Philnor 804.548 parts du fonds Rafale, un fonds d'investissement relevant du droit des îles vierges britanniques, pour une valeur de 154.593,90 € et 888.690 parts du fonds Blue Star, un fonds d'investissement relevant du droit des îles Cayman, pour une valeur de 101.239,56 €. Il aurait acquis une quantité supplémentaire de 2.801.434 parts du fonds Rafale pour une valeur de 538.295,54 €. La société BIL aurait été la banque dépositaire des dits fonds et distributeur des parts. Les titres acquis auraient été

déposés sur les comptes dépôt-titres n° 893872 et 893877 ouverts dans les livres de la BANQUE au nom de la société Philnor.

La BANQUE lui aurait présenté ces titres comme des produits sûrs avec un fort taux de rentabilité. La totalité des actifs des fonds Rafale et Blue Star auraient été cédés par la BANQUE, en tant que dépositaire, à la société **B.)** Investment Securities. Suite aux agissements frauduleux de **B.)**, les titres acquis par le demandeur auraient perdu l'intégralité de leur valeur.

Suite à la liquidation et à la clôture des comptes de la société Philnor en 2009, les titres auraient été transférés sur le compte tiers de l'avocat **C.)**, ouvert dans les livres de la BANQUE pour le compte de **A.)** où ils se trouveraient encore actuellement.

La BANQUE aurait engagé sa responsabilité contractuelle, sinon délictuelle, en sa qualité de gestionnaire des comptes et en sa qualité de distributeur des fonds Rafale et Blue Star pour avoir violé ses obligations d'information, de conseil et de mise en garde à l'égard du client.

A.) a critiqué la BANQUE pour lui avoir soumis un document vantant les mérites des deux fonds d'investissement et a souligné qu'elle aurait eu un intérêt financier à vendre les titres souscrits dans les deux fonds litigieux. Il a encore soutenu avoir perdu la chance d'investir dans des fonds autres que ceux proposés par la Banque.

Reprochant en outre à la BANQUE d'avoir manqué à son obligation de conservation matérielle et juridique des titres, de même qu'à son obligation de surveillance et d'information sur la valeur des titres, en sa qualité de banque dépositaire, **A.)** a conclu à voir engager la responsabilité de la BANQUE, principalement, sur base des articles 1927 à 1932 du Code civil, subsidiairement sur base de l'article 1142 et plus subsidiairement sur base de la responsabilité délictuelle.

La défenderesse BIL a soulevé in limine litis l'irrecevabilité de la demande pour défaut d'intérêt et de qualité à agir dans le chef de **A.)**. Au fond, elle a conclu n'avoir commis aucune faute et que le demandeur n'aurait rapporté la preuve ni d'un dommage, ni d'un lien de causalité entre une éventuelle faute et un dommage.

La société EXPERTA a soulevé en ordre principal la nullité de l'assignation pour libellé obscur et s'est ralliée en ordre subsidiaire à la position de la société BIL.

Par jugement du 16 décembre 2016, le tribunal a rejeté le moyen tiré de l'exception du libellé obscur, déclaré recevable la demande de **A.)** et rejeté la demande sur toutes les bases invoquées. Il a dit non fondées les demandes des parties en allocation d'une indemnité de procédure, condamné le demandeur aux frais et dépens de l'instance et déclaré commun le jugement à la société EXPERTA.

Par acte d'huissier de justice du 27 mars 2017, **A.)** a relevé appel de ce jugement. Il conclut par réformation, principalement, à voir condamner la BANQUE à lui payer la somme de 886.830,70 € augmentée des intérêts légaux à partir du 31 décembre 2011, sinon à partir du 14 août 2014, jusqu'à solde, à titre de la perte de l'intégralité des sommes investies.

Il réclame en outre 50.000 € à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice moral subi, ainsi que 133.024,60 € à titre de perte d'une chance.

Il conclut, en ordre subsidiaire, à voir condamner la BIL au paiement de tout montant à déterminer ex aequo et bono au titre de la perte d'une chance.

Il sollicite une indemnité de procédure de 10.000 € pour la première instance et 5.000 € pour l'instance d'appel.

I. Quant à l'exception du libellé obscur de l'acte d'appel

La société EXPERTA conclut à la nullité de l'acte d'appel pour libellé obscur en application des articles 585 et 154 du NCPC.

L'acte d'appel ne contiendrait ni l'objet ni un exposé sommaire des moyens que l'appelant entend faire valoir à son encontre. L'appelant n'aurait pas non plus indiqué le fondement juridique de la demande dirigée contre elle.

L'intimée en déduit qu'elle se serait trouvée dans l'impossibilité d'organiser convenablement sa défense.

Aux termes de l'article 154,1 du NCPC auquel renvoie l'article 585 du même code, l'acte d'appel doit, à peine de nullité, contenir l'objet et un exposé sommaire des moyens.

L'article 586 du même code prévoit en outre que les conclusions d'appel doivent formuler expressément les prétentions de la partie appelante et les moyens sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée.

L'assignation valant conclusions en première instance comme en instance d'appel, cette prescription s'applique à l'acte introductif de l'instance d'appel.

Lesdites dispositions ont pour but de faire connaître à la partie intimée les critiques émises par l'appelant à l'encontre de la décision de première instance et ceci avec suffisamment de précision pour lui permettre de préparer sa défense au fond, au vu du seul acte d'appel.

Force est de constater que **A.)** demande dans son acte d'appel à « *confirmer le jugement entrepris quant à la déclaration en jugement commun à l'encontre de l'intimée sub 2) et quant au débouté des*

demandes des intimées ». Ce faisant, il conclut à voir déclarer commun l'arrêt à intervenir à l'encontre de la société EXPERTA.

La société EXPERTA n'a en conséquence pas pu se méprendre sur la nature et la portée de l'appel dirigé à son encontre, de sorte que le moyen basé sur le libellé obscur de l'acte d'appel n'est pas fondé.

L'appel de **A.)** est en conséquence recevable.

II. Quant au moyen d'irrecevabilité opposé à la demande de **A.)**

La défenderesse BIL a conclu en première instance à l'irrecevabilité de la demande de **A.)** pour défaut d'intérêt et de qualité à agir dans son chef.

Pour rejeter le moyen, le tribunal a relevé qu'il lui appartient d'analyser si malgré l'existence de la société Philnor, le demandeur pouvait faire valoir personnellement des relations contractuelles avec la BANQUE dans le cadre de l'acquisition des titres des fonds Rafale et Blue Star.

Il a retenu « qu'il n'est pas contesté que la société Philnor n'avait aucune activité commerciale ou autre et aucun objet social et que le montage mis en place par la Banque via sa fiduciaire EXPERTA est manifestement destiné à camoufler vis-à-vis des tiers le réel titulaire du compte et portefeuille litigieux.

BIL a donc mis la société PHILNOR à la disposition de **A.)** et cette société n'était qu'une société écran, le client restant le seul maître de l'affaire. Il s'ensuit que c'est bien le client de la Banque, le demandeur **A.)**, qui est lié contractuellement à BIL, situation que la Banque ne pouvait non seulement ne pas ignorer mais qu'elle a volontairement générée, de sorte que les relations contractuelles se sont bien créées entre **A.)** et BIL ».

La société BIL relève appel incident du jugement en ce que le tribunal n'a pas retenu qu'en tant que bénéficiaire économique de la société Philnor, **A.)** n'aurait aucun droit vis-à-vis de la banque dans les livres de laquelle le compte de la société précitée a été ouvert. Elle reproche encore au tribunal d'avoir refusé de toiser la question de l'intérêt et de la qualité à agir du demandeur au niveau de la recevabilité de la demande.

Elle conclut, par réformation, à voir déclarer irrecevable la demande de **A.)** pour défaut d'intérêt, respectivement de qualité à agir.

Il est admis que la qualité d'agir est le pouvoir en vertu duquel une personne exerce une action en justice ou se défend contre une action en justice pour faire reconnaître l'existence d'un droit méconnu ou contesté (Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, tome I., n° 262). La qualité n'est pas une condition particulière de recevabilité lorsque l'action est exercée par celui même qui se prétend titulaire du droit, mais uniquement la condition de son succès au fond, ou, en d'autres termes, de son bien-fondé (Solus et Perrot, précité).

C'est dans le cadre de l'analyse du bien-fondé des demandes formulées par **A.)** que la Cour sera amenée à apprécier la qualité à agir de l'appelant.

III. Quant au fond

A.) soutient que la société Philnor ne serait qu'une société fictive, dépourvue d'une affectio societatis. Elle n'aurait en outre ni activité commerciale, ni objet social. Il soutient que la création de la société Philnor ferait partie d'un montage conçu en plein accord avec la BANQUE et la société EXPERTA. La société Philnor aurait été créée dans le but de masquer l'existence de son bénéficiaire économique. En sa qualité de bénéficiaire économique de la société Philnor, l'appelant fait plaider qu'il aurait été le client véritable de la BANQUE et qu'il aurait en conséquence qualité à agir contre la société BIL sur la base contractuelle.

Le tribunal de première instance a suivi l'argumentation de **A.)** pour retenir que la société Philnor n'était qu'une société écran.

La BANQUE fait grief au tribunal de ne pas avoir retenu que la société Philnor aurait été régulièrement constituée en application du droit panaméen. Elle ne serait pas une société fictive. En tant que bénéficiaire économique de cette société, l'appelant ne saurait justifier un quelconque intérêt ou qualité à agir. La BANQUE fait valoir à cet égard que la notion de bénéficiaire économique serait une notion exclusivement bancaire et non pas juridique, qu'elle serait sans aucun contenu en droit civil et n'existerait dans aucun texte de loi. Aucune relation contractuelle n'existant entre la BANQUE et **A.)**, ce dernier n'aurait aucune qualité à agir contre la BIL sur la base contractuelle.

Il se dégage des renseignements fournis et des pièces soumises à la Cour que la BANQUE a en date du 18 mars 2008 ouvert un compte bancaire sous la racine 89/3872 au nom de la société Philnor. Le même jour, un deuxième compte a été ouvert dans les livres de la BANQUE sous la racine 89/3877.

Quant au caractère fictif de la société Philnor, il convient de distinguer la fictivité juridique de la fictivité économique. La différence est que la première forme de fictivité apparaît à la constitution de la société tandis que la seconde naît en cours de la vie sociale.

En l'occurrence, dans la mesure où l'appelant fait plaider que la société Philnor a été créée par la société EXPERTA et que certains éléments constitutifs du contrat de société feraient défaut, c'est plutôt la fictivité juridique qui est visée.

La société Philnor est une société de droit panaméen qui a été constituée le 10 juillet 2007 (pièce n° 10 de la société Arendt & Medernach).

Si la preuve de la fictivité est libre, c'est à la partie qui l'invoque de la démontrer.

A.) se limite aux termes de son acte d'appel à soutenir que la société Philnor serait dépourvue d'un affectio societatis et qu'elle n'aurait ni activité commerciale, ni objet social.

Le défaut d'affectio societatis, caractérisé par l'absence de volonté de créer une société et de participer au succès de l'entreprise commune n'est cependant pas établi. Il résulte de l'article 3 des statuts de la société Philnor qu'elle a été constituée avec un capital souscrit de 10.000 USD, représenté par cents actions d'une valeur nominale de cents euros chacune. Aucune information n'est fournie ni quant au nombre des associés, ni quant à la répartition des parts dont se composait le capital social. L'égalité entre associés n'est pas un principe absolu en matière de sociétés, si bien qu'un associé peut détenir la grande majorité des parts sans que la société soit fictive (*note de la Cour*: à admettre qu'il s'agisse d'une société unipersonnelle, l'inexistence d'une société ne peut être déduit du fait qu'une personne est seule propriétaire de l'ensemble des parts sociales : Cass.com., 15 février 2005, Jurisdata n° 2005-027197).

Le reproche que la société n'aurait ni objet social, ni activité commerciale est contredit par les éléments du dossier. Selon l'article 2 a-j) des statuts, l'objet social de la société Philnor consiste entre autres en « *the opening and operation of bank accounts of any nature with any bank or financial establishment in any part of the world* ». Deux comptes en banque ont été ouverts par la société Philnor au nom de celle-ci dans les livres de la société BIL. Bien que **A.)** se soit vu consentir par la société Philnor tous pouvoirs « *aux fins de représenter et d'engager valablement la société dans toutes ses relations avec la BIL, y compris la gestion des comptes, sous sa seule signature* », le titulaire des comptes dépôt-titres ouvert dans les livres de la BANQUE est la société Philnor.

Au vu des considérations qui précèdent, **A.)** n'a pas établi que la société Philnor serait une société fictive.

C'est la société Philnor qui était titulaire des comptes dépôt-titres au moment de la souscription des parts Rafale et Blue Star.

Le banquier n'a de relation contractuelle qu'avec son client, titulaire du compte et signataire des documents d'ouverture, en l'espèce, la société Philnor, à l'exclusion du bénéficiaire économique de la société qui n'est pas partie au contrat (Le banquier luxembourgeois face à l'ayant droit économique par M. Pierrat et P. Reckinger, Droit bancaire et financier au Luxembourg, Larcier 2004, vol.2, p.690 et suiv.).

A.) ne pouvant se prévaloir de l'existence d'une relation contractuelle entre lui-même et la BANQUE en rapport avec les

opérations de souscription des parts Rafale et Blue Star, sa demande en ce qu'il recherche la responsabilité contractuelle de la BANQUE est à rejeter.

Pour que la responsabilité d'un contractant puisse être mise en jeu par un tiers, il faut que les conditions de mise en œuvre de la responsabilité délictuelle soient réunies. Il faut partant la preuve d'une faute et d'un préjudice, ainsi que de l'existence d'un lien de causalité entre ces deux éléments.

Concernant la faute, l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation française permet d'admettre qu'une faute contractuelle peut également constituer une faute délictuelle à l'égard d'un tiers au contrat, et qu'il convient de distinguer à cet égard entre l'inexécution d'une obligation qui se limite au cercle des contractants et celle d'une obligation qui par son objet même intéresse les tiers (JCL, Responsabilité civile et assurances, Fasc. 176-20 : Droit à réparation. Rapports entre responsabilité délictuelle et contractuelle. Domaine. Nature de la responsabilité entre contractants et tiers, édition numérique, 27 novembre 2017, n° 25 et suivants).

Il appartient à **A.)** d'établir que la faute reprochée à l'intimée sub 1) constitue, indépendamment du contrat, une imprudence ou négligence abstraction faite de la convention. La faute invoquée par le tiers à l'appui de son action en responsabilité délictuelle doit se distinguer de l'inexécution voire de la mauvaise exécution du contrat et être détachable ou indépendante de celui-ci.

Cette preuve laisse toutefois d'être établie dès lors que **A.)** se borne à relever que la société BIL n'aurait pas satisfait à son obligation d'information et de mise en garde à l'égard de la société Philnor au moment de l'acquisition des titres Blue Star et Rafale, sans caractériser en quoi ce prétendu manquement contractuel qu'il relève constitue une faute délictuelle à son égard.

La demande basée sur la responsabilité délictuelle de l'intimée est donc également à rejeter.

Le jugement est, quoique pour d'autres motifs, à confirmer.

IV) Quant aux indemnités de procédure

A.) conclut, par réformation, à l'allocation d'une indemnité de procédure de 10.000 € pour la première instance et de 5.000 € pour l'instance d'appel.

Les sociétés BIL et EXPERTA sollicitent chacune une indemnité de procédure de 5.000 € pour chacune des deux instances.

Au vu de l'issue du litige, c'est à juste titre que le tribunal de première instance a rejeté la demande de **A.)**. C'est encore à bon droit qu'il a dit non fondées les demandes des sociétés BIL et EXPERTA, étant donné qu'elles n'ont pas établi l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC.

Au vu du sort réservé à son appel, la demande de **A.)** en obtention d'une indemnité de procédure est à rejeter.

Les demandes des sociétés BIL et EXPERTA sont à rejeter, étant donné qu'il n'est pas inéquitable de laisser à leur charge les frais non compris dans les dépens.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit les appels principal et incident,

les dit non fondés,

confirme le jugement entrepris,

déclare non fondées les demandes en allocation d'une indemnité de procédure,

déclare l'arrêt commun à la société anonyme EXPERTA CORPORATE AND TRUST SERVICES LUXEMBOURG,

condamne **A.)** aux frais et dépens de l'instance d'appel.