Audience publique du premier mars deux mille dix-huit

Numéro 42571 du rôle

Composition:

Eliane EICHER, président de chambre,
Alain THORN, premier conseiller,
Danielle SCHWEITZER, premier conseiller,
Josiane STEMPER, greffier.

E n t r e

A), demeurant à (...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Véronique REYTER, en remplacement de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette, du 15 juillet 2015,

comparant par Maître Pierre MEDINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme **B)**, anciennement C), établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit REYTER,

comparant par Maître Guy LOESCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier de justice du 31 décembre 2013, A) a fait donner assignation à la société anonyme B) - ci-après B) - à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour l'entendre condamner à lui payer la somme de 497.626,13 € à titre de dommages et intérêts pour le préjudice subi suite à une rupture contractuelle imputable à la société C)

Les faits qui sont constants en cause se présentent comme suit.

A) est actionnaire de la société anonyme D).

B) est issue de la scission de la société anonyme C) du 22 juin 2010 en B) et E) et les droits et les responsabilités en relation avec les contrats entre la société anonyme C) et la société anonyme D) sont restés dans le patrimoine de B).

A) et F) ont décidé, en janvier 2008, de procéder à la constitution d'une société dénommée D) dans le but d'acquérir une filiale dénommée G), établie au Royaume Uni, et de financer le développement d'une chaîne de restauration rapide.

Le 7 janvier 2008, ils ont conclu un contrat de services avec la société C) portant sur les services de constitution, de mise à disposition de trois administrateurs ou plus, de domiciliation, de gestion administrative, de secrétariat et de comptabilité.

Le même jour, ils ont conclu un contrat de mandat d'administrateur avec trois mandataires.

Au cours d'une réunion du 8 janvier 2008, le conseil d'administration a décidé, entre autres, d'acquérir 90 % du capital de la société de droit anglais G), d'octroyer à G) une ligne de crédit d'un montant maximal de 1.000.000 € d'une durée de 24 mois renouvelable sur requête de l'emprunteur et d'émettre un emprunt obligataire avec une échéance de cinq ans.

Pour faire face aux engagements prévus, le conseil d'administration a décidé d'émettre un emprunt obligataire d'un montant de 1.000.000 € auquel les deux associés ont souscrit à concurrence de 50 % chacun.

Deux autres emprunts obligataires ont été émis par D) les 20 octobre 2008 et 11 mars 2009 pour les montants respectifs de 600.000 € et de

900.000 €. Ces sommes ont été reversées à G) et ont fait l'objet de contrats de prêt entre D) et G) les 19 novembre 2008 et 27 avril 2009.

Lorsque F) a décidé de ne pas poursuivre son partenariat avec A) et a demandé le remboursement anticipé des obligations auxquelles il avait souscrit, A) a négocié un rachat des obligations de F).

Dans la transaction du 29 novembre 2010, versée par B), A), d'une part, et F) et la société de droit de l'Etat du New-Jersey (USA) H), d'autre part, en présence de D), ont convenu que F) accepte de céder à A) 992 actions de D) pour le prix d'un euro et que H) accepte de céder à A) la totalité des obligations détenues, donc 800 obligations de D) pour un montant de 225.000 €.

B) a soulevé l'irrecevabilité de la demande présentée contre elle par A).

Par jugement du 12 novembre 2014, le tribunal a déclaré la demande de A) irrecevable, il l'a débouté de sa demande présentée sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile et l'a condamné à payer à B) une indemnité de procédure de 2.000 € ainsi qu'aux frais et dépens de l'instance.

Le tribunal a retenu que :

sans préjudice quant au bien-fondé des reproches formulés, ceux-ci, pour autant qu'ils visent directement la défenderesse et non pas les administrateurs de la société D), rentrent dans le champ contractuel liant les parties ;

qu'afin de justifier sa qualité à agir, A) doit également établir que sa demande tend à la réparation d'un préjudice personnel, distinct de celui de la société et des autres actionnaires ;

que c'est dans le but de sauver son investissement initial dans la société D) en reprenant à son compte des obligations à hauteur de 800.000 € que le requérant a procédé à l'arrangement transactionnel avec son ancien partenaire ;

que cette dépense, que le requérant qualifie de préjudice, a dès lors été effectuée afin d'éviter une faillite de la la société D), partant la perte de la valeur de ses actions détenues dans le capital de cette société ;

que les préjudices subis à titre de perte de la valeur des parts détenues dans le capital d'une société par les associés constituent non un dommage propre à chaque associé, un préjudice spécial, distinct, indépendant du préjudice social, mais un dommage subi par la société elle-même, que le dommage causé à l'actionnaire n'est que le « corollaire » de ce préjudice social ;

que cette partie du préjudice allégué ne saurait partant s'analyser en préjudice personnel du requérant permettant de fonder une action en

responsabilité contre B) et ce d'autant plus que le caractère certain et partant indemnisable de ce prétendu préjudice n'est pas établi ;
qu'il résulte, en effet, de l'examen de cette transaction que le montant transactionnel payé par A) s'analyse en réalité en un investissement intéressant ;
que si le requérant met en avant le fait que son investissement n'aurait plus aucune valeur et justifie son préjudice par la cessation des activités de restauration rapide de la filiale anglaise I) et le non-remboursement des emprunts obligataires à leur échéance par la société D), il ne justifie en rien le caractère direct de ce prétendu préjudice, à savoir son lien de causalité direct avec les prétendues inexécutions contractuelles reprochées à la défenderesse ;
que dans ces conditions, la mise en compte d'intérêts sur cette somme ne saurait davantage justifier la recevabilité de la présente action en responsabilité ;
qu'un constat similaire s'impose concernant les préjudices annexes consistant en divers frais de procédures légales et d'honoraires d'avocats ;
que A) est dès lors resté en défaut d'alléguer et de caractériser un préjudice personnel, direct et certain résultant de l'inexécution d'une obligation contractuelle à charge de la défenderesse et partant de justifier sa qualité à agir sur le fondement contractuel invoqué.

Par acte d'huissier de justice du 15 juillet 2015, A) a relevé appel de ce jugement.

Il demande de le réformer et de condamner B) à lui payer (497.626,13 € + 5.767.356,77 =) 6.264.982,90 €, cette somme avec les intérêts au taux légal à partir d'une mise en demeure du 31 octobre 2011, sinon à partir de l'assignation jusqu'à solde.

L'intimée demande de déclarer l'acte d'appel nul ;
à titre subsidiaire, de déclarer la demande en condamnation au titre de la prétendue perte de chiffre d'affaires dans le chef de la société G) irrecevable comme constituant une demande nouvelle prohibée en instance d'appel ;
de déclarer l'appel non fondé ;
à titre subsidiaire, de dire la demande non fondée.

Quant à la recevabilité de l'appel

L'intimée demande de déclarer l'acte d'appel nul pour vice de fond sinon pour vice de forme et donc de déclarer l'appel irrecevable au motif que la mention du domicile de A) dans l'acte d'appel est inexacte.

Suivant l'acte d'appel, A) demeure à (...). La même adresse figure dans le jugement entrepris et cette indication est conforme à celle faite par A) dans l'assignation introductive de première instance.

Il résulte des pièces versées par l'intimée qu'il n'a pas pu être procédé à la signification du jugement de première instance à l'adresse indiquée par l'huissier de justice luxembourgeois Martine LISE dans l'acte transmis à l'entité requise en Grande-Bretagne les 11 mai et 2 juin 2015.

Suivant attestation d'accomplissement de la signification de l'entité requise, High Court of Justice London, du 23 mars 2016, la signification du jugement de première instance transmise par l'huissier de justice luxembourgeois le 8 décembre 2015 a pu être faite à l'adresse (...).

Aux conclusions de l'appelant, selon lesquelles la demande de signification adressée à l'autorité centrale en Grande-Bretagne indiquerait une adresse erronée, à savoir le code postal (...) qui ne correspond pas au code postal indiqué dans l'acte d'appel, (...), l'intimée répond que l'huissier instrumentaire et l'autorité centrale en Grande-Bretagne ont rectifié l'erreur qui avait été commise par A).

Ces explications sont sans incidence étant donné que d'après les conclusions de l'intimée, non contestées par l'appelant, le mandataire à l'époque de A) a indiqué dans une lettre du 12 novembre 2015 que son mandant avait changé son domicile de (...), le 24 mars 2014 déjà.

L'adresse indiquée par A) dans l'acte d'appel n'était donc pas celle de son domicile.

Aux termes des articles 585 et 153 du Nouveau code de procédure civile, l'acte d'appel indique, entre autres, le domicile de l'appelant à peine de nullité.

La nullité résultant de la violation des susdites dispositions légales est une nullité de forme qui, selon l'article 264, alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile, ne pourra être prononcée que s'il est justifié que l'inobservation de la formalité, même substantielle, aura pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie adverse.

L'intimée fait valoir que la dissimulation de son adresse par l'appelant lui a causé grief puisqu'en raison des difficultés de signifier le jugement de première instance, le délai d'appel n'a pas pu courir en temps opportun et qu'il lui était impossible de faire exécuter le jugement intervenu quant aux condamnations pécuniaires prononcées à son

profit, les condamnations aux frais et au paiement d'une indemnité de procédure.

Les difficultés relatives à la signification du jugement de première instance que l'intimée a rencontrées ne sont pas dues à l'indication inexacte du domicile de A) dans l'acte d'appel puisqu'elles sont antérieures à la signification de l'acte d'appel et n'ont donc pas pu lui causer grief en ce qui concerne sa défense à l'acte d'appel.

Concernant, en second lieu, une exécution retardée de la décision de première instance, il y a lieu de constater que six mois s'étaient écoulés avant que B) fasse transmettre la décision de première instance à l'huissier de justice pour signification à A) et que ce n'est pas la signification du jugement de première instance qui a déclenché l'initiative de celui-ci de relever appel puisque l'acte d'appel avait déjà été signifié à l'intimée presque cinq mois avant la signification du jugement à l'adresse exacte de A).

A ceci s'ajoute que B) ne fait pas état d'une méprise relative à la personne de l'appelant ni n'invoque une désorganisation de sa défense ou du cours normal de la procédure d'appel.

Elle reste ainsi en défaut de justifier d'un grief de nature à impliquer la nullité de l'acte d'appel.

L'appel ayant, par ailleurs, été interjeté dans les forme et délai de la loi, est à recevoir.

L'adresse actuelle indiquée par A) figure dans les qualités des parties précisées à la première page du présent arrêt.

Quant à la recevabilité de la demande de A) portant sur la somme de 5.767.356,77 €

L'intimée soutient que l'appelant majeure indument sa demande en condamnation moyennant une demande nouvelle irrecevable comme telle.

La condamnation requise par A) porte en instance d'appel non seulement sur le paiement de la somme de 497.626,13 € réclamée en première instance, mais également sur celui de la somme de 4.248.235 GBP, soit 5.767.356,77 €, du chef de perte résultant de la liquidation de la société G).

Aux termes de l'article 592 du Nouveau code de procédure civile : « Il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale.

Pourront aussi les parties demander des intérêts, arrérages, loyers et autres accessoires échus depuis le jugement de première instance, et les dommages et intérêts pour le préjudice souffert depuis ledit jugement. »

A défaut de demande de la part de B), la susdite demande de A) ne tend pas à une compensation ni ne peut servir de défense à une action principale.

Elle ne rentre pas non plus dans les exceptions au principe de l'interdiction des demandes nouvelles en instance d'appel, telles que prévues par l'article 592 du Nouveau code de procédure civile en son alinéa 2, étant précisé qu'elle ne vise pas des dommages et intérêts pour un préjudice que l'appelant aurait souffert seulement depuis le jugement de première instance du 12 novembre 2014 puisqu'il se réfère au « *Financial Statements* » de la société G) au 31 décembre 2013.

La demande de l'appelant portant sur la somme de 5.767.356,77 € est donc à déclarer irrecevable pour constituer une demande nouvelle prohibée en instance d'appel.

Quant au fond de l'appel

L'appelant déclare que, contrairement à l'intention initiale des deux associés qui souhaitaient injecter à travers D) la somme de 1.000.000 € à titre de capital pour le financement de leur start-up à Londres, C) leur a conseillé, pour des raisons fiscales, de ne pas constituer D) avec un capital social égal à 1.000.000 €, mais d'émettre un emprunt obligataire qui devrait être remboursé à la fin de la mise en place de la société I) ; que de sa propre initiative et sans que lui-même n'en ait été informé, C) avait prévu, dans les conditions d'émission de l'emprunt obligataire, une possibilité de demander le remboursement anticipé de l'emprunt alors qu'elle n'avait pas prévu cette possibilité dans les contrats de prêt sous-jacents conclus entre D) et G).

A) fait valoir que la possibilité donnée par la Banque à F) de demander à D) le remboursement anticipé de son emprunt obligataire et l'impossibilité corrélative d'en demander de même à la filiale G) dont elle avait financé le développement, a de toute évidence mis D) en difficulté.

A l'appui de sa demande, A) fait valoir qu'il a racheté les obligations de F), faute pour D) d'avoir pu elle-même demander le remboursement anticipé des sommes prêtées à G) et afin d'éviter la faillite de la société dans laquelle il avait déjà beaucoup investi.

Le rachat des actions et obligations détenues par F) lui aurait coûté 497.626,13 € :

- 225.000 € au titre de la transaction avec son associé,
- 22.330,44 € au titre d'intérêts au taux légal sur la somme de 225.000 € pour la période du 29 novembre 2010 au 30 septembre 2013,
- 240.295,69 € au titre de frais de procédures légales,
- 10.000 € au titre d'honoraires d'avocat.

Selon l'appelant, cette dépense n'aurait été rendue nécessaire qu'en raison de la rupture contractuelle imputable à C) ayant agi sans instruction de la part des actionnaires et ce en violation notamment de l'article 2 du contrat de mandat d'administrateur ainsi que de la rupture contractuelle imputable à C) ayant également agi en violation de l'article 3 du contrat de services.

A) fait valoir qu'il a essuyé un grave dommage en raison du décaissement de la somme en rapport avec la transaction pour essayer de sauver la société. La filiale I) n'aurait finalement pas pu survivre au manque de liquidités, le départ précipité de l'associé de l'appelant aurait condamné le projet à mourir dès sa naissance. I) aurait dû fermer son unique point de vente à Londres le 21 mai 2012 et se trouverait actuellement en liquidation ; il aurait subi une perte de GBP 4.248.235 en raison du chiffre d'affaires perdu suivant le plan d'affaires initial.

Il ne saurait donc être nié qu'il a subi non pas un seul, mais plusieurs préjudices et qu'il s'agirait de préjudices personnels, distincts de celui de la société.

Le préjudice par lui subi ne serait pas un préjudice subi au titre de perte de la valeur des parts, mais au titre de la perte de son co-investisseur. Sans la faculté pour F) de sortir de l'opération en cours sans autre forme de préavis, il ne se serait pas retrouvé seul à devoir faire face aux besoins de la filiale vis-à-vis de ses fournisseurs, notamment.

B) fait plaider que l'origine de prétendu préjudice de l'appelant trouve en réalité sa source dans un litige entre actionnaires et plus particulièrement dans la volonté de son coactionnaire F) de sortir de la

société pour des raisons qui lui sont propres, que B) est complètement étrangère à cette situation.

Elle fait valoir que le préjudice allégué par A) n'est que la répercussion d'un préjudice social dans la mesure où il concerne la dette de la société vis-à-vis de l'actionnaire F), que sa demande devra donc être rejetée par confirmation du jugement entrepris.

Il y a lieu de constater, ainsi que le fait relever l'appelant, que le rachat des actions et obligations de F) par A) n'a pas eu d'incidence sur la valeur des parts par lui détenues dans le capital social de D) puisque l'import du capital social était maintenu. Seul l'actionnariat changeait, A) devenait actionnaire unique.

Le dommage dont fait état l'appelant n'est donc pas le corollaire d'un préjudice social.

Le rachat des actions et obligations de F) n'a pas non plus causé de préjudice personnel à A). En effet, ainsi que le tribunal l'a retenu, une dépense de 225.000 € lui a permis d'acquérir des obligations d'une valeur nominale de 800.000 € émises par la société D) et une dépense supplémentaire d'un euro lui a permis de s'approprier les 992 actions dans le capital de cette dernière, partant de devenir l'actionnaire unique de cette entité et de réunir entre ses mains, soit directement, soit indirectement, l'ensemble des obligations émises et d'avoir partant la main sur le financement de cette société.

Si A) déclare qu'il a dû accepter une transaction et assumer seul un plan financier prévu au départ pour être soutenu par deux associés, pour tenter d'éviter que son investissement soit réduit à néant et de sauver les sociétés D) et G) ainsi que leurs employés, il y a lieu de constater qu'il ne saurait être question d'une obligation dans le chef de l'appelant de conclure ladite transaction, d'une contrainte, mais d'un choix de sa part.

A ceci s'ajoute qu'il résulte des explications fournies en cause par A) que lui-même rattache son préjudice au fait que la société I) a été mise en liquidation suite à un manque de liquidités. Or, c'est seulement en mai 2012 que la filiale de I) a fermé son point de vente à Londres alors que la transaction avec F) date de novembre 2010 et les raisons qui ont conduit à la mise en liquidation ne sont pas établies, les causes ayant pu être, entre autres, une mauvaise gestion, une appréciation erronée des besoins financiers de la société I) au moment de sa constitution, une estimation erronée des facultés financières dans le chef de l'appelant. Le lien de causalité entre le rachat des parts de F) et le dommage tel qu'allégué par A) laisse d'être établi.

L'appel n'est donc pas fondé en ce qu'il porte sur le montant de 225.000 € réglé par A) au titre de la transaction avec F) ni sur les intérêts afférents réclamés à concurrence de 22.330,44 €.

A) demande encore de condamner B) au paiement de la somme de 240.295,69 € du chef « de frais de procédures légales » et de 10.000 € au titre d'honoraires d'avocat.

Il déclare qu'il a dû assumer seul les frais dans le cadre du litige né avec F).

Il reproche au tribunal de l'avoir débouté de cette demande faute d'éléments démontrant que ces frais ont effectivement été réglés par lui alors que tous les frais et dépenses procéduraux ont été réglés en son nom et pour son compte. Les frais et honoraires engagés seraient tous en relation avec le litige qui l'a opposé à F). Il s'agirait d'une gestion d'affaires.

L'intimée répond que le préjudice prétendument subi par A) ne trouve pas sa cause dans la prétendue inexécution de ses obligations contractuelles, mais dans des conflits entre A) et F) et qu'elle ne pourrait pas être tenue responsable de ce préjudice.

Les frais et honoraires auraient été librement engagés par l'appelant voire par des sociétés pour des prestations non vraiment identifiées ; le lien causal entre les procédures judiciaires auxquelles se rapportent ces frais et honoraires et les agissements reprochés à la banque ne serait pas précisé. Il ne ressortirait pas de l'acte d'appel quelle est la différence entre frais de procédures légales et honoraires d'avocat.

Les pièces versées par l'appelant sont des mémoires de frais et honoraires adressés par le cabinet d'avocats DSM à J), des mémoires de frais et honoraires du cabinet d'avocats LORANG ROBERTO KOMNINOS adressés à K) à l'attention de J), des factures de la société K) à D) - les copies versées sous les numéros 24 et 25 n'indiquent pas l'expéditeur, mais d'après l'inventaire des pièces, les factures proviennent de la société K) -, et des factures adressées par J) à K), ce également d'après l'inventaire des pièces, les copies versées ne renseignant pas le destinataire des courriers de J).

L'intimée déclare que A) avait son propre conseiller financier en la personne vraisemblablement de sa mère, J), et de la fiduciaire de celle-ci. Il résulte du jugement entrepris que J) et K) ont agi comme conseils dans le cadre de l'opération litigieuse.

Les pièces versées concernent D) et la « causa H) ». Les mémoires de frais et honoraires du cabinet d'avocats DSM portent la mention « *legal assistance* », ceux du cabinet d'avocats LORANG ROBERTO KOMNINOS portent la mention « *D) SA C/H*

A défaut de précision fournie par l'appelant, il n'est pas établi dans quelle mesure les prestations mises en comptes sont en relation causale avec le présent litige.

A ceci s'ajoute, ainsi que l'a retenu le tribunal, que l'appelant n'établit pas qu'il a réglé les factures dont il réclame le paiement dans le cadre de sa demande.

Concernant la gestion d'affaires qu'il invoque en instance d'appel, il n'établit pas non plus que le paiement ait été fait par un tiers qui aurait agi en son nom et pour son compte personnel.

Enfin, il y a lieu de relever qu'aucune justification du montant de 10.000 € du chef d'honoraires d'avocat réclamés en sus de ceux mis en compte dans les mémoires d'avocat versés, n'est fournie.

L'appel est donc également à rejeter en ce qu'il porte sur les « frais de procédures légales » et les honoraires d'avocat.

Quant aux demandes présentées sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile

Demandant à être déchargé des condamnations prononcées à sa charge en première instance, A) vise sa condamnation au paiement d'une indemnité de procédure.

Il demande de condamner B) à lui payer une indemnité de procédure de 2.500 €.

B) conclut à l'octroi d'une indemnité de procédure de 5.000 €.

L'appelant succombant dans ses revendications ne peut pas prétendre au bénéfice des dispositions de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile. Il est donc à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

Etant donné qu'il paraît inéquitable de laisser à charge de B) l'intégralité des sommes non comprises dans les dépens qu'elle a dû exposer pour faire défendre ses droits, le jugement de première

instance est à confirmer en ce qu'il a condamné A) à payer à B) une indemnité de procédure de 2.000 €.

La demande de B) est également à accueillir pour le montant de 2.000 € pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit l'appel,

déclare la demande de A) portant sur la somme de 5.767.356,77 € irrecevable,

dit l'appel non fondé,

en déboute,

dit la demande présentée en instance d'appel par A) sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile non fondée,

en déboute,

dit la demande présentée en instance d'appel par la société anonyme B) sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile partiellement fondée,

condamne A) à payer à la société anonyme B) une indemnité de procédure de 2.000 € pour l'instance d'appel,

condamne A) aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Guy LOESCH, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Eliane EICHER, président de chambre, en présence du greffier Josiane STEMPER.