Arrêt N°26/19 - IX - COM

Audience publique du vingt-huit février deux mille dix-neuf

Numéro 42305 du rôle

Composition:

Serge THILL, président de chambre,
Danielle SCHWEITZER, premier conseiller,
Yannick DIDLINGER, conseiller,
Alexandra NICOLAS, greffier assumé.

E n t r e :

A.), demeurant à D-(...),

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 16 avril 2015,

comparant par Maître François TURK, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme **HSH NORDBANK SECURITIES S.A.**, établie et ayant son siège social à L-2180 Luxembourg, 2, rue Jean Monnet, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 14784, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit CALVO du 16 avril 2015,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, inscrite au barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la présente par Maître Paul MOUSEL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par jugement rendu en date du 4 décembre 2014, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a dit que **A.)** avait qualité pour agir en responsabilité à l'encontre de la S.A. HSH NORDBANK SECURITIES, ci-après HSH. La demande qu'il avait présentée a toutefois été déclarée non fondée et **A.)** a été condamné à payer une indemnité de procédure de 1.000.- € à HSH.

Par exploit du 16 avril 2015, **A.)** a régulièrement interjeté appel contre le jugement en question, qui lui avait été signifié le 23 février 2015.

A l'audience du 10 janvier 2019, à laquelle l'affaire avait été fixée pour plaidoiries, les mandataires des parties ont marqué leur accord à ce qu'il soit procédé conformément aux dispositions de l'article 227 du nouveau Code de procédure civile.

L'appelant demande à être déchargé de la condamnation au paiement d'une indemnité de procédure prononcée à son encontre en première instance et requiert l'allocation de dommages-intérêts de 714.483.- €, réduits à 439.229,80.- € en cours d'instance, pour préjudice matériel, de 10.000.- € pour préjudice moral et d'une indemnité de procédure de 12.500.- € par instance.

Il fait grief à HSH d'avoir, dans le cadre de l'exécution de deux contrats de gestion discrétionnaire, violé les obligations qui lui incombent.

L'intimée estime que c'est à tort que le tribunal a retenu que **A.)** avait qualité pour agir à son encontre, les contrats litigieux n'ayant pas été conclus par l'appelant, mais par la société de droit panaméen IMMERRHIN FINANCE S.A., ci-après IMMERRHIN. Elle conclut, en conséquence, à la réformation de la décision de première instance sur ce point et à voir dire que l'appelant n'a ni qualité, ni intérêt pour agir.

En ordre subsidiaire, elle sollicite la confirmation du jugement attaqué dans la mesure où l'action de **A.)** a été déclarée non fondée.

Elle demande, en outre, une indemnité de procédure de 10.000.- € pour l'instance d'appel.

A.) entend faire échec à l'argumentation principale de HSH en faisant valoir qu'IMMERRHIN aurait été liquidée entre-temps, qu'il aurait récupéré tous les avoirs de la société et que cette dernière aurait, de toute façon, été une société fictive dont l'existence ne pourrait lui être opposée.

Pour autant que de besoin, il veut établir par l'audition d'un témoin :

- « 1. que la société Immerhin Finance S.A. sise Via España 122, Bank Boston 8th Floor, Panama, a été créée par HSH NORDBANK,
2. que la société Immerhin Finance S.A. était détenue par Monsieur **A.)**,

3. *que HSH NORDBANK n'a jamais remis le moindre document relatif à Immerhin Finance S.A. à Monsieur A.),*
4. *que la société Immerhin Finance S.A. était la détentrice des comptes n° 115551-Pentium et n° 115611-Pentium II,*
5. *qu'en 2009, sans préjudice quant à la date exacte, Monsieur Marc Clemens, alors représentant de HSH NORDBANK auprès de Monsieur A.), a demandé à ce dernier de s'acquitter des frais annuels relatifs à la société Immerhin Finance S.A.,*
6. *que Monsieur A.) a refusé de payer ces frais,*
7. *que Monsieur Marc Clemens a alors informé Monsieur A.) que face à son refus de s'acquitter des frais annuels de la société Immerhin Finance S.A., cette société serait liquidée,*
8. *que depuis lors, aucuns frais annuels relatifs à la société Immerhin Finance S.A. n'ont été payés par Monsieur A.) ».*

Afin d'établir le montant exact du préjudice causé, il a formulé une offre de preuve par expertise.

1. La qualité et l'intérêt pour agir

La qualité est le pouvoir en vertu duquel une personne exerce l'action en justice. Elle n'est pas une condition particulière de recevabilité lorsque l'action est exercée par celui-là même qui se prétend titulaire du droit, car, en principe, le fait de se prétendre titulaire d'un droit confère nécessairement le pouvoir de saisir la justice afin d'en obtenir la sanction (H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé T. 1 N° 262 et 267).

L'intérêt est un avantage d'ordre pécuniaire ou moral. Dire d'une personne qu'elle a intérêt à exercer une action en justice, c'est dire que la demande ainsi formée est susceptible de modifier et d'améliorer sa condition juridique présente (op. cité N° 226).

En l'occurrence, l'action de **A.)** tend à la réparation d'un préjudice au sujet duquel il affirme qu'il lui est personnel, de sorte qu'il a, sans préjudice quant à son bien-fondé, qualité et intérêt pour l'exercer.

2. Le fond du litige

Il est constant en cause que les opérations critiquées par l'appelant ont été effectuées en rapport avec des avoirs placés sur les comptes N° 115551 (nom de code Pentium) et N° 115611 (nom de code Pentium 2).

Ces comptes, qui ont été ouverts, le premier, le 12 juillet 2007 et le second, le 15 octobre 2007, renseignent comme titulaire IMMERAHIN, une société holding établie au Panama. Lors de l'ouverture des comptes, **A.)** a déclaré être le bénéficiaire économique d'IMMERAHIN.

Dans ses conclusions du 4 octobre 2016, l'appelant soutient qu'il n'y avait « aucune raison pour la création » d'IMMERAHIN.

La Cour ne saurait cautionner cette approche.

En règle générale, la création d'une société holding, dont l'objet consiste en principe dans la prise de participations, poursuit un but d'optimisation fiscale et à propos d'IMMERAHIN la circonstance que tel n'aurait pas été le cas ne résulte d'aucun des éléments du dossier.

Si cette pratique n'est certes pas synonyme de solidarité sociale, il n'en reste pas moins qu'elle est courante et qu'elle n'est pas illégale.

A supposer que la banque ait, tel que **A.)** le soutient, pris l'initiative du stratagème, l'appelant l'a ratifié implicitement, mais nécessairement en y prêtant son concours sans formuler la moindre objection, de sorte qu'il ne saurait s'en plaindre après coup.

Par ailleurs, la fictivité d'une société doit s'apprécier suivant la loi dont elle dépend (JurisClasseur Sociétés Traité, fasc. 32-10, mise à jour 12 mai 2016, N° 95).

Ni **A.)**, ni HSH ne versant la loi panaméenne, la Cour n'est *a priori*, et sauf injonction à donner aux parties de conclure sur base de cette législation, pas en mesure d'examiner cette question.

Cet état de choses ne porte cependant pas à conséquence, tout comme il importe peu de savoir si IMMERAHIN a été liquidée ou si elle existe toujours, de sorte que l'offre de preuve par témoins formulée par l'appelant n'est pas pertinente.

Il ressort, en effet, d'une demande que **A.)**, agissant en sa qualité de représentant d'IMMERAHIN, a adressée le 10 octobre 2009 à HSH, qu'il voulait que les avoirs inscrits sur les comptes de la société soient transférés sur un compte auprès d'une autre banque.

Or, l'intitulé de ce compte (« *Partnerstadt 13896* ») ne permet pas d'admettre qu'il a été ouvert au nom de l'appelant et ce dernier ne verse aucune pièce qui le documenterait. Une telle preuve ne résulte en tout cas pas des relevés de titres produits par **A.)**, qui concernent un autre numéro de dépôt et qui ne renseignent de toute façon pas par qui ils ont été dressés.

Dans les conditions données, il n'est pas établi qu'à supposer qu'une faute contractuelle ou délictuelle ait été commise par HSH et qu'un préjudice ait été causé de ce fait, que c'est **A.)** qui l'a subi.

L'institution d'une expertise afin d'en chiffrer l'ampleur, ne se justifie partant pas non plus.

Au vu de l'ensemble des développements qui précèdent, la demande de **A.)** n'est fondée sur aucune des bases qui ont été invoquées, y compris celle de la perte d'une chance, de sorte que la décision entreprise est à confirmer dans la mesure où l'appelant en a été débouté.

Aucune des parties n'ayant justifié en quoi il serait inéquitable de laisser à charge de chacune d'elles l'intégralité des sommes non comprises dans les dépens qu'elles ont dû exposer tant en première instance, qu'en instance d'appel, elles sont à débouter de leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure et le jugement de première instance est à réformer pour autant qu'il en a alloué une à HSH.

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,

dit les appels principal et incident recevables,

dit l'appel incident non fondé,

dit l'appel principal partiellement fondé,

décharge **A.)** de la condamnation au paiement d'une indemnité de procédure prononcée à sa charge en première instance,

confirme le jugement entrepris pour le surplus,

déboute **A.)** et la S.A. HSH NORDBANK SECURITIES de leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

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

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Serge THILL, président de chambre, en présence du greffier assumé Alexandra NICOLAS.