

N° 19 / 16.
du 25.2.2016.

Numéro 3600 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, vingt-cinq février deux mille seize.

Composition:

Georges SANTER, président de la Cour,
Irène FOLSCHEID, conseiller à la Cour de cassation,
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,
Jean-Claude WIWINIUS, conseiller à la Cour de cassation,
Rita BIEL, conseiller à la Cour d'appel,
Marie-Jeanne KAPPWEILER, avocat général,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

Entre:

la fondation de droit liechtensteinois SOC1), ayant son siège à (...), représentée par son curateur, Maître X, avocat, demeurant à (...), nommé à cette fonction par ordonnance du Fürstliches Landgericht du Liechtenstein du 11 juillet 2005,

demanderesse en cassation,

comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

et:

la société anonyme SOC2), établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre de commerce de Luxembourg sous le no (...),

défenderesse en cassation,

comparant par la société en commandite simple CLIFFORD CHANCE, établie à L-1011 Luxembourg, 10, bd. G.-D. Charlotte, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, qui est constituée et en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée par son gérant, à savoir la société à responsabilité limitée CLIFFORD CHANCE GP, elle-même représentée aux fins de la présente procédure par son gérant, Maître Albert MORO, avocat à la Cour,

=====

LA COUR DE CASSATION :

Vu l'arrêt attaqué rendu le 26 novembre 2014 sous le numéro 38728 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 15 juin 2015 par la fondation de droit liechtensteinois SOC1) à la société anonyme SOC2), déposé au greffe de la Cour le 17 juin 2015 ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 21 juillet 2015 par la société anonyme SOC2) à la fondation de droit liechtensteinois SOC1), déposé au greffe de la Cour le 27 juillet 2015 ;

Sur le rapport du conseiller Irène FOLSCHEID et sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint Georges WIVENES ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait débouté la fondation de droit liechtensteinois SOC1) de sa demande tendant à voir dire que la société anonyme SOC2) a engagé sa responsabilité contractuelle pour fautes commises par elle à l'occasion de la gestion du compte de la demanderesse auprès de la banque, notamment celle de ne pas avoir, contrairement aux instructions reçues, arrêté les investissements en actions opérés à partir de ce compte dès que les investissements boursiers avaient atteint une valeur équivalente à 2.000.000 DEM, et à la voir condamner à indemniser la demanderesse du préjudice qui en était résulté pour elle ; que la Cour d'appel a confirmé le jugement ;

Sur le premier moyen de cassation :

« Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé le jugement de première instance et d'avoir condamné la demanderesse en cassation au paiement d'une indemnité de procédure pour la première instance et pour l'instance d'appel, ainsi qu'aux dépens de l'appel,

en écartant les deux attestations testimoniales émanant de M. A), présentées par la demanderesse,

aux motifs que, conformément à la rédaction actuelle de l'article 405, alinéa 1^{er}, du Nouveau Code de procédure civile, chacun peut être entendu comme témoin,

y compris les personnes ayant un intérêt moral ou matériel à l'issue du litige, à l'exception toutefois des parties au procès ; que

<< [c]oncernant les personnes morales, la jurisprudence ne s'arrête néanmoins pas aux apparences juridiques pour accepter les déclarations des dirigeants ou des détenteurs du capital social de ces entités, mais elle opère un contrôle plus poussé pour déterminer le rôle exact de ces personnes au sein de la personne morale (Th. Hoscheit : Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, n° 699 et s.).

En l'espèce, il n'est pas établi qu'A) occupait une quelconque fonction officielle dans la SOCI), mais il n'est pas contesté que les avoirs déposés sur le compte de cette partie auprès de l'intimée provenaient du patrimoine hérité par A) dans la succession de sa mère et qu'A) était le seul bénéficiaire de la fondation. Il n'est pas contesté que l'appelante avait été constituée dans l'intérêt d'A), afin d'augmenter le rendement des investissements de ce dernier.

La Cour estime que dans ces conditions, la personne morale de l'appelante se confondait avec la personnalité d'A) qui doit être considéré comme ayant été le seul et unique maître de l'appelante. L'attestation d'A) ne saurait partant être prise en considération >>,

alors que, **première branche**, l'exception, mise en œuvre par l'arrêt de la Cour d'appel, au droit de toute personne d'être témoin ne s'applique qu'aux seules personnes qui sont légalement assimilées à une partie au procès ; que lorsqu'une partie au procès est une personne morale, ne peuvent être exclues du droit de témoigner que les personnes physiques qui sont les représentants légaux de cette personne morale en vue du procès, et non les personnes qui - à l'instar des associés détenant une participation dans le capital social d'une société (ou même l'intégralité de ce capital social), ou du bénéficiaire d'une fondation - n'ont qu'un intérêt matériel à l'issue du procès, sans pour autant être habilitées à représenter la personne morale dans le litige ; que dès lors, l'arrêt, qui reconnaît pourtant que la SOCI) est représentée en justice par un curateur nommé par la justice liechtensteinoise et qu'« il n'est pas établi qu'A) occupait une quelconque fonction officielle dans la SOCI) »>>, ne pouvait pas légalement décider d'exclure A) du droit de témoigner dans un procès auquel était partie la SOCI) ; qu'en le faisant néanmoins, la Cour d'appel a violé l'article 405, alinéa 1^{er} du Nouveau code de procédure civile, ensemble l'article 399 du même Code, qui permet au juge de « recevoir des tiers les déclarations de nature à l'éclairer sur les faits litigieux dont ils ont personnellement connaissance »>> et l'article 401, aux termes duquel des attestations testimoniales pouvaient être produites, émanant des personnes qui remplissent les conditions légales pour être entendues comme témoins ;

et que, **deuxième branche**, pour autant que la Cour d'appel a « estimé »>> pouvoir déduire de ses constatations que « la personne morale de l'appelante se confondait avec la personnalité d'A) qui doit être considéré comme ayant été le seul et unique maître de l'appelante »>>, elle n'indique pas sur quelles circonstances de fait - au-delà du seul fait que l'appelante avait été constituée dans l'intérêt d'A) afin d'augmenter le rendement des investissements de ce dernier, circonstance légalement insuffisante - elle fonde cette conclusion de droit ; qu'en

cet état, l'arrêt attaqué n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle, privant ainsi son arrêt de base légale au regard des articles 399, 401 et 405, alinéa 1^{er}, du Nouveau code de procédure civile. »

Sur la première branche:

Attendu que si une personne physique a constitué une personne morale dans le but exclusif d'agir officiellement en ses lieux et place, il y a identité entre ces personnes physique et morale, enlevant à la personne physique dans un litige impliquant la personne morale la qualité de tiers au sens de l'article 399 du Nouveau code de procédure civile ;

Qu'en constatant dès lors que les avoirs déposés sur le compte de la fondation (SOC1) provenaient du patrimoine hérité par A) et que la fondation avait été constituée dans l'intérêt de A) qui en était le seul bénéficiaire, la Cour d'appel a pu dire que la personne morale se confondait avec la personnalité d'A), qui doit être considéré comme le seul et unique maître de la fondation, écartant en conséquence l'attestation testimoniale de ce dernier, sans violer les dispositions légales invoquées ;

Que le moyen n'est dès lors pas fondé en sa première branche ;

Sur la seconde branche :

Attendu qu'en se déterminant ainsi qu'il est dit dans la réponse à la première branche du moyen, la Cour d'appel a, par des motifs exempts d'insuffisance, légalement justifié sa décision ;

Qu'il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé en sa seconde branche ;

Sur le second moyen de cassation :

« Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé le jugement de première instance et d'avoir condamné la demanderesse en cassation au paiement d'une indemnité de procédure pour la première instance et pour l'instance d'appel, ainsi qu'aux dépens de l'appel,

aux motifs qu'« A) disposait des extraits relatifs à son compte tant que ce compte lui était personnel, de même que [la SOC1] disposait des extraits du compte dès que les avoirs lui avaient été transférés. En acceptant ces extraits sans protestations, tant A) que l'appelante ont approuvé les opérations y portées et les avoirs y inscrits. Ils disposaient de tous les éléments leur permettant d'apprécier la valeur des avoirs déposés sur les comptes respectifs. Il faut en déduire qu'en n'arrêtant pas les opérations boursières au moment où il devait se rendre compte que la valeur des avoirs avait atteint la somme de 2.000.000 DEM, A), agissant d'abord en nom personnel et ensuite au nom de l'appelante, a clairement manifesté sa volonté de ne pas se tenir à cette limite >> (p. 16-17).

alors que, ce faisant, la Cour d'appel a omis de répondre aux moyens contenus dans les écritures d'appel de la demanderesse en cassation, qui tendaient à démontrer que le silence gardé par M. A) et par les organes de la SOCI) au moment même des opérations critiquées et de l'émission des extraits de compte s'expliquait autrement que par leur accord avec lesdites opérations ;

*que, **première branche**, s'agissant d'A), il était indiqué dans les conclusions d'appel du 28 janvier 2013 (p. 7-8) ce qui suit :*

<< 1. Prétendue ratification par M. A)

Lorsque la banque insinue (conclusions d'appel, p. 6, n° 15) que M. A) prenait régulièrement connaissance de la situation des comptes, et était donc informé dès le mois de mars 2000 de la situation, elle semble tenter d'induire en erreur la Cour. Il résulte des pièces versées par la banque elle-même que M. A) n'a pris connaissance des extraits de compte relatifs à son compte personnel, du 31 octobre 1997 au 15 mai 2000, que le même 12 juillet 2001 (pièce 36bis de la banque) et qu'il n'a pris connaissance des extraits de compte relatifs à la SOCI) du 15 mai 2000 au 11 juillet 2001 que le 12 juillet 2001 (pièce 37). Il n'avait aucune connaissance de l'état réel des comptes en mars 2000, ce qui a permis à M. B) de le tromper allègrement sur le fait qu'en réalité, le plafond des 2.000.000 DEM avait été atteint dès le 15 mars 2000, ou peut-être même antérieurement.

Et, au moment où M. A) prit connaissance des extraits de compte, il avait déjà protesté auprès de la banque : notamment les 21 février 2001 et 5 mars 2001, auprès de la direction de la banque. >>

que l'arrêt ne répond pas à ces conclusions dans le contexte du constat de la prétendue manifestation de volonté de << ne pas se tenir à cette limite >>, violant ainsi l'article 89 de la Constitution et l'article 249 du Nouveau code de procédure civile, en combinaison avec l'article 587 ;

*que, **deuxième branche**, s'agissant de l'organe représentant la SOCI) (le Stiftungsrat), l'acte d'appel faisait valoir l'explication suivante (p.11-12) :*

2. Le défaut de protestation des Stiftungsrätinnen a été expliqué par l'appelante dès son assignation :

<< ... il est important de rechercher les raisons pour lesquelles les deux membres du Stiftungsrat n'ont pas, au vu des extraits de compte, formulé d'observations ou de protestations. Le curateur de la SOCI) leur avait posé la question par lettre du 12 mai 2006, après que M. A) lui eut expliqué combien était surprenante l'affirmation de la banque selon laquelle le Stiftungsrat n'aurait pas réagi au vu des relevés de compte (en effet, parallèlement, M. A) quant à lui était tenu dans l'ignorance la plus complète de l'évolution du compte de la fondation par lui créée). Dans une lettre du 19 mai 2006, Me C), l'une des deux anciennes Stiftungsrätinnen, précise ce qui suit :

<< Nach Erinnerung von Frau D), die zusammen mit mir den Stiftungsrat bildete, und gemäss deren Aktenvermerken hat Frau D), als sie auf Grund der ihr zugestellten Wertpapierabrechnungen feststellte, dass Titel des Neuen Marktes gekauft wurden, die Bank angerufen und sich erkundigt, weshalb SOC2) S.A. derartige Titel kaufe. Nachdem Frau D) seitens der Bank mitgeteilt wurde, dass dies auf ausdrücklichen Wunsch des wirtschaftlich Berechtigten der Stiftung geschehen sei, hat der Stiftungsrat davon abgesehen, gegen den Erwerb dieser Titel zu opponieren >>.

Ceci établit à nouveau la mauvaise foi de la banque. En effet, étant donné que (comme le savait la banque) les instructions de M. A) étaient considérées par les Stiftungsrätinnen comme concluantes, la banque les a induites en erreur en faisant état d'instructions reçues par M. A), sans faire état en même temps de l'instruction essentielle qui tendait à l'arrêt de toutes les opérations en bourse dès que le plafond de 2.000.000 DEM serait atteint. Si on peut le cas échéant faire reproche aux Stiftungsrätinnen de n'avoir pas contacté M. A) pour voir confirmer ou compléter les informations reçues par la banque, un reproche beaucoup plus direct doit être fait à l'égard de la banque qui n'a pas spontanément informé les Stiftungsrätinnen du contenu exact des instructions de M. A) ni du fait que le plafond fixé par ce dernier avait en fait été atteint dès le jour du transfert des avoirs au compte de la SOC1). Dès lors, la décision des Stiftungsrätinnen de ne pas contester les opérations accomplies s'explique elle-même par une faute commise par la banque et qui engage la responsabilité de cette dernière.

Le fait que le tribunal ne mentionne même pas cette argumentation de l'appelante est regrettable >> ;

que l'arrêt ne répond à ces conclusions, violant ainsi l'article 89 de la Constitution et l'article 249 du Nouveau code de procédure civile, en combinaison avec l'article 587. »

Sur la première branche :

Attendu que les juges d'appel ont dit :

« Le fait allégué par l'appelante qu'A) n'a reçu communication des extraits de compte que tardivement n'est pas opérant. Il ne résulte en effet d'aucun élément du dossier que l'intimée se soit engagée en vertu du contrat conclu avec l'appelante à transmettre les extraits de compte à A). Si A) voulait suivre l'évolution des titres inscrits sur le compte de l'appelante, il lui appartenait de se renseigner auprès de cette dernière, respectivement de se faire suivre les extraits de compte en question. Il faut ajouter qu'il a été retenu plus haut qu'A) était autorisé à se faire remettre directement par la banque tous les documents relatifs à l'appelante. Il aurait partant dû intervenir en ce sens auprès de l'intimée s'il le jugeait utile et nécessaire. »

Qu'ils ont ainsi répondu aux conclusions citées dans le moyen qui n'est pas fondé en sa première branche ;

Sur la seconde branche :

Attendu que la Cour d'appel, ayant retenu qu'une instruction formelle donnée par A) à la banque d'arrêter toutes les opérations en bourse dès qu'un plafond de 2.000.000 DEM serait atteint n'était pas établie, n'avait pas à répondre à l'argumentation de la demanderesse en cassation développée dans le moyen ;

Qu'il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé en sa deuxième branche ;

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

condamne la demanderesse en cassation aux dépens de l'instance en cassation, dont distraction au profit de la société en commandite simple CLIFFORD CHANCE, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Georges SANTER, en présence de Madame Marie-Jeanne KAPPWEILER, avocat général, et de Madame Viviane PROBST, greffier à la Cour.