

Texte pseudonymisé

**Avertissement:** Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

N° 78 / 2023  
du 22.06.2023  
Numéro CAS-2022-00102 du registre

**Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg  
du jeudi, vingt-deux juin deux mille vingt-trois.**

**Composition:**

Agnès ZAGO, conseiller à la Cour de cassation, président,  
Thierry HOSCHEIT, conseiller à la Cour de cassation,  
Françoise SCHANEN, conseiller à la Cour d'appel,  
Stéphane PISANI, conseiller à la Cour d'appel,  
Caroline ENGEL, conseiller à la Cour d'appel,

Daniel SCHROEDER, greffier à la Cour.

**Entre**

**1. la société à responsabilité limitée SOCIETE1.),** inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro NUMERO1.), représentée aux fins de la présente procédure par Maître Max MAILLIET, avocat à la Cour, agissant en sa qualité de curateur de la société SOCIETE2.) SICAV-SIF, en liquidation volontaire, en faillite, établie et ayant eu son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro NUMERO2.),

**2. la société SOCIETE2.) SICAV-SIF,** en liquidation volontaire, en faillite, établie et ayant eu son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro NUMERO2.), déclarée en état de faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, du 11 mars 2016, représentée par la société à responsabilité limitée SOCIETE1.), inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro NUMERO1.), représentée aux fins de la présente procédure par Maître Max MAILLIET, avocat à la Cour, agissant en sa qualité de curateur de la société SOCIETE2.) SICAV-SIF, prise en sa qualité de gestionnaire

du compartiment sinon sous-fonds dénommé SOCIETE3.),

**3. SOCIETE3.),** représentée par son gestionnaire la société SOCIETE2.) SICAV-SIF, en liquidation volontaire, en faillite, établie et ayant eu son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro NUMERO2.), déclarée en état de faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, du 11 mars 2016, représentée par la société à responsabilité limitée SOCIETE1.), inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro NUMERO1.), représentée aux fins de la présente procédure par Maître Max MAILLIET, avocat à la Cour, agissant en sa qualité de curateur de la société SOCIETE2.) SICAV-SIF,

**demandereses en cassation,**

**comparant par la société à responsabilité limitée SOCIETE1.),** inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro NUMERO1.), représentée aux fins de la présente procédure par Maître Max MAILLIET, avocat à la Cour, en l'étude de laquelle domicile est élu,

**et**

**la société anonyme SOCIETE4.) (EUROPE),** établie et ayant son siège social à L-ADRESSE3.), représentée par le conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro NUMERO3.),

**défenderesse en cassation,**

**comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH,** inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE4.), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro NUMERO4.), représentée aux fins de la présente procédure par Maître François KREMER, avocat à la Cour, en l'étude de laquelle domicile est élu.

---

Vu l'arrêt attaqué, numéro 14/22 - IV - COM, rendu le 25 janvier 2022 sous le numéro CAL-2020-00353 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 5 octobre 2022 par la société à responsabilité limitée SOCIETE1.), la société SOCIETE2.) SICAV-SIF et

SOCIETE3.) à la société anonyme SOCIETE4.) (EUROPE), déposé le 12 octobre 2022 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 30 novembre 2022 par la société SOCIETE4.) (EUROPE) à la société SOCIETE1.), à la société SOCIETE2.) SICAV-SIF et à SOCIETE3.), déposé le 2 décembre 2022 au greffe de la Cour ;

Sur les conclusions du premier avocat général Marie-Jeanne KAPPWEILER.

### **Sur les faits**

Selon l'arrêt attaqué, ensemble un arrêt avant dire droit du 2 mars 2021, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, avait dit non fondées les demandes des demanderesse en cassation en annulation, sinon en résolution, de quatre contrats de souscription à des valeurs mobilières et en condamnation de la défenderesse en cassation à des dommages-intérêts. La Cour d'appel a confirmé ce jugement.

### **Sur le premier moyen de cassation**

#### **Enoncé du moyen**

*« tiré de la violation de l'article 89 de la Constitution ;*

*en ce que l'arrêt attaqué, a déclaré la demande en annulation sinon en résolution des contrats de souscription dirigée contre la banque SOCIETE4.) non fondée sans exposer les motifs juridiques sur lesquels il se fonde ;*

*alors que la Cour d'appel pour rejeter la demande en résolution des contrats de souscription formulée à titre subsidiaire, s'est limité à indiquer que << la Cour ne saurait suppléer la carence de [des demanderesse] et de rechercher elle-même les moyens juridiques de droit privé qui auraient pu se trouver à la base de ses prétentions, ce d'autant plus que les conditions d'une annulation d'un contrat diffèrent de celles de la résolution pour inexécution fautive >> ;*

*qu'en statuant de la sorte, la Cour d'appel a statué en l'absence de motifs en violation de l'article 89 de la Constitution susmentionné. ».*

#### **Réponse de la Cour**

Le moyen fait grief aux juges d'appel de ne pas avoir motivé leur décision de rejet de la demande en résolution des contrats de souscription.

En tant que tiré de la violation de l'article 89 de la Constitution, le moyen vise le défaut de motifs, qui est un vice de forme.

Une décision judiciaire est régulière en la forme, dès lors qu'elle comporte une motivation, expresse ou implicite sur le point considéré.

Par les motifs reproduits au moyen, les juges d'appel ont motivé leur décision.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

### **Sur les deuxième et troisième moyens de cassation réunis**

**le deuxième**, « tiré de la violation de l'adage *Da mihi factum, dabo tibi jus* ;

*en ce que l'arrêt attaqué, a déclaré la demande en annulation sinon en résolution des contrats de souscription dirigée contre la banque SOCIETE4.) non fondée sans analyser les développements factuels de la partie appelante pour y appliquer les dispositions juridiques en vigueur ;*

*alors que la Cour d'appel pour rejeter la demande en résolution des contrats de souscription formulée à titre subsidiaire, s'est limité à indiquer que << la Cour ne saurait suppléer la carence de [des demanderesses] et de rechercher elle-même les moyens juridiques de droit privé qui auraient pu se trouver à la base de ses prétentions, ce d'autant plus que les conditions d'une annulation d'un contrat diffèrent de celles de la résolution pour inexécution fautive >> ;*

*qu'en statuant de la sorte, la Cour d'appel a statué par défaut de base légale. »*

et

**le troisième**, « tiré de la violation de l'article 61 du Nouveau Code de Procédure Civile ;

*en ce que l'arrêt attaqué, a déclaré la demande en annulation sinon en résolution des contrats de souscription formulée par les demanderesses en cassation et dirigée contre la banque SOCIETE4.) non fondée ;*

*alors que, la Cour d'appel n'a pas tranché le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables au regard des faits soumis par les demanderesses en cassation, à savoir que la signature des Contrats de souscription constitue une violation des statuts du Fonds et du Sous-Fonds et, par référence, du prospectus d'SOCIETE5.) en ce qu'elle s'est contenté d'indiquer qu'il ne lui revient pas de rechercher les moyens juridiques applicables à ce qui précède ;*

*qu'en statuant de la sorte, la Cour d'appel a statué par défaut de base légale. ».*

### **Réponse de la Cour**

Les moyens font grief aux juges d'appel de ne pas avoir recherché la règle de droit applicable aux faits leur soumis par les demanderesses en cassation à l'appui de la demande en résolution des contrats de souscription.

L'adage invoqué au deuxième moyen réunit en une formulation la règle de l'article 55 du Nouveau Code de procédure civile, qui dispose

*« A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à fonder. »*

et celle de l'article 61, alinéa 1, du Nouveau Code de procédure civile, invoqué au troisième moyen, qui dispose

*« Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. ».*

L'application du droit par le juge présuppose l'allégation du fait par les parties.

Ayant retenu, pour rejeter la demande en résolution des contrats de souscription,

*« Dans le cadre du dispositif de son acte d'appel, le curateur demande à titre subsidiaire à la Cour de prononcer la résolution des contrats de souscription. Aucun développement quant à cette demande n'est cependant fait dans le cadre de la motivation de l'acte d'appel, ni dans le cadre des conclusions récapitulatives du 19 octobre 2020.*

*La Cour ne saurait suppléer la carence de l'appelante et rechercher elle-même les moyens juridiques de droit privé qui auraient pu se trouver à la base de ses prétentions, ce d'autant plus que les conditions d'une annulation d'un contrat diffèrent de celles de sa résolution pour inexécution fautive. La demande est partant à rejeter. »,*

l'arrêt attaqué contient des constatations de fait complètes pour relever l'absence d'allégation du fait par les demanderesses en cassation à l'appui de leur prétention tendant à la résolution des contrats de souscription, ce dont il résulte que les juges d'appel ont fait l'exacte application des règles visées aux moyens.

Il s'ensuit que les moyens ne sont pas fondés.

## **Sur le quatrième moyen de cassation**

### **Enoncé du moyen**

*« tiré de la violation de l'article 61 du Nouveau Code de Procédure Civile et de l'article 35 de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés ;*

*en ce que l'arrêt attaqué, a déclaré l'action en responsabilité dirigée contre la banque SOCIETE4.), non fondée ;*

*alors que, la Cour d'appel a insuffisamment motivé sa décision en fait au regard de la qualité de commissionnaire, de banque dépositaire, de mandataire, d'agent d'administration centrale, ainsi qu'agent de domiciliaire de SOCIETE4.) laquelle ne pouvait dès lors pas ignorer les restrictions et les limites d'investissement de SOCIETE5.) ;*

*qu'en statuant de la sorte, la Cour d'appel a statué par défaut de base légale, respectivement a déduit des conséquences erronées en droit. ».*

### **Réponse de la Cour**

Aux termes de l'article 10, alinéa 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, un moyen ou un élément de moyen ne doit, sous peine d'irrecevabilité, mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture.

Le moyen articule, d'une part, la violation de l'article 61 du Nouveau Code de procédure civile, soit la violation d'une obligation procédurale à charge du juge, et, d'autre part, la violation de l'article 35 de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés, soit la violation d'une disposition de fond régissant la responsabilité des dépositaires des fonds d'investissement spécialisés, partant deux cas d'ouverture distincts.

Il s'ensuit que le moyen est irrecevable.

### **Sur le cinquième moyen de cassation**

#### **Enoncé du moyen**

*« tiré de la violation de l'article 89 de la Constitution ;*

*en ce que l'arrêt attaqué, a déclaré l'action en responsabilité dirigée contre la banque SOCIETE4.), non fondée ;*

*alors que la Cour d'appel pour rejeter l'action en responsabilité dirigée contre la banque SOCIETE4.), a indiqué qu'« qu'en l'absence d'obligation contractuelle et/ou légale de vérifier le respect des restrictions d'investissement, aucune faute contractuelle, sinon délictuelle ne saurait être constatée dans le chef [de SOCIETE4.] que ce soit dans la qualité de banque dépositaire ou de commissionnaire >> après avoir estimé que « le fait que la mission de la banque dépositaire est rémunéré ne permet pas [...] de conclure, à lui seul, à une obligation de surveillance renforcée qui se superpositionnerait aux dispositions contractuelles >> ;*

*qu'en statuant de la sorte, la Cour d'appel a statué en l'absence de motifs en violation de l'article 89 de la Constitution susmentionné. ».*

### **Réponse de la Cour**

En tant que tiré de la violation de l'article 89 de la Constitution, le moyen vise le défaut de motifs, qui est un vice de forme. Une décision judiciaire est régulière

en la forme, dès lors qu'elle comporte une motivation, expresse ou implicite sur le point considéré.

En retenant

*« Tant l'absence de violation des restrictions d'investissement que l'absence d'obligation dans le chef de SOCIETE4.) de vérifier le respect de ces restrictions d'investissement doivent mener à la conclusion que SOCIETE4.) n'a pas commis de faute. A défaut d'obligation contractuelle ou légale de vérifier le respect des restrictions d'investissement, une telle violation, même à supposer qu'elle soit établie, ne saurait être reprochée à SOCIETE4.). La Cour se prononce donc d'abord sur les obligations assumées par SOCIETE4.) en tant que banque dépositaire et en tant que commissionnaire de SOCIETE2.).*

*Il résulte du Custodian Bank and Services Agreement conclu entre SOCIETE2.) et SOCIETE4.) que << the Bank shall carry out its duties in accordance with the SIF Law and applicable laws and regulations. The Bank is neither responsible for monitoring the management of the Fund's investments nor for ensuring compliance of the Fund's investments with its policies and restrictions (article 2.3) >>.*

*Au même titre, le prospectus de SOCIETE2.) prévoit que << the Custodian has no duty of supervision other than the duties as defined in the Custodian Bank and Services Agreement (including the obligation to be in a position to know where and how the Fund's assets are held), including no duty to control the compliance of the Fund with its investment policy and restrictions (which is the Fund's responsibility) >> (page 19).*

*Les décisions d'investissement ont été prises par les dirigeants du fonds tel que cela est admis par le curateur qui précise que << les avoirs de SOCIETE5.) et du Sous-fonds étaient déposés auprès de SOCIETE4.) qui exécutait les instructions d'investissement données par les représentants de SOCIETE5.) et du Sous-Fonds >> (page 17 des conclusions récapitulatives).*

*Les dispositions contractuelles citées ne sont pas à qualifier de clauses limitatives de responsabilité étant donné qu'il n'est pas établi qu'en droit commun la banque dépositaire d'un FIS ait une telle obligation de vérifier si les instructions d'investissement émanant des organes de gestion d'un FIS sont conformes au prospectus. Il s'agit plutôt de dispositions qui précisent les obligations réciproques des parties.*

*Dans ce contexte, il convient également de préciser que la jurisprudence française invoquée par le curateur, à savoir l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 juin 2016 et dont le pourvoi a été rejeté par arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 2017 (n°16-23.991) n'est guère transposable en l'espèce alors qu'elle a été rendue dans le contexte d'un mandat de gestion.*

*Le fait que la mission de banque dépositaire est rémunérée ne permet pas non plus de conclure, à lui seul, à une obligation de surveillance renforcée qui se superpositionnerait aux dispositions contractuelles.*

*Le curateur invoque encore l'article 34 de la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif. Or, face au moyen lui opposé que cette loi ne serait pas applicable à un FIS, le curateur reste en défaut d'établir que cette loi, et notamment le régime de la responsabilité du dépositaire, trouve application en l'espèce. En tout cas, la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés ne prévoit pas que la loi du 17 décembre 2010 s'applique de façon supplétive. Quant au régime de la responsabilité du dépositaire, elle précise à son article 35 que << le dépositaire est responsable, selon le droit luxembourgeois, à l'égard des investisseurs de tout préjudice subi par eux résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution fautives de ses obligations >>. Une telle inexécution n'est pas prouvée en l'espèce.*

*En l'absence d'obligation contractuelle et/ou légale de vérifier le respect des restrictions d'investissement, aucune faute contractuelle, sinon délictuelle ne saurait être constatée dans le chef de SOCIETE4.) que ce soit dans la qualité de banque dépositaire ou de commissionnaire.*

*En effet, en sa qualité de commissionnaire, il incombait à SOCIETE4.) d'exécuter les ordres reçus de la part de SOCIETE2.) à l'instar d'un mandataire et en cette qualité elle n'avait pas non plus d'obligation de vérifier la conformité de ces instructions avec les restrictions d'investissement. »,*

les juges d'appel ont motivé leur décision sur le point de l'absence d'obligation légale ou contractuelle dans le chef de la défenderesse en cassation de vérifier le respect d'éventuelles restrictions d'investissement.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

### **Sur les demandes en allocation d'une indemnité de procédure**

Les demanderesses en cassation étant à condamner aux dépens de l'instance en cassation, leur demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter.

Il serait inéquitable de laisser à charge de la défenderesse en cassation l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens. Il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 2.500 euros.

**PAR CES MOTIFS,**

**la Cour de cassation**

rejette le pourvoi ;

rejette la demande des demanderesses en cassation en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne les demanderesses en cassation à payer à la défenderesse en cassation une indemnité de procédure de 2.500 euros ;

les condamne aux frais de l'instance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le conseiller Agnès ZAGO en présence du premier avocat général Simone FLAMMANG et du greffier Daniel SCHROEDER.

## **Conclusions du Parquet Général dans l'affaire de cassation**

- 1. la société SOCIETE1.) s.à r.l. en sa qualité de curateur  
de la société SOCIETE2.) SICAV-SIF en faillite,**
  - 2. SOCIETE2.) SICAV-SIF en faillite**
  - 3. SOCIETE3.)**
- contre**
- la société anonyme SOCIETE4.)**

Le pourvoi en cassation, introduit par la société SOCIETE1.) par un mémoire en cassation signifié le 5 octobre 2022 à la défenderesse en cassation et déposé au greffe de la Cour Supérieure de Justice le 12 octobre 2022, est dirigé contre un arrêt rendu par la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, en date du 25 janvier 2022 (arrêt n°14/22) dans une affaire portant le numéro du rôle CAL-2020-00353. Cet arrêt ne semble pas avoir été signifié.

Le pourvoi en cassation a dès lors été interjeté dans les forme et délai prévus aux articles 7 et 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

La défenderesse en cassation a signifié un mémoire en réponse le 3 novembre 2022 et elle l'a déposé au greffe de la Cour le 2 décembre 2022.

Ayant été signifié et déposé au greffe de la Cour dans le délai de deux mois à compter du jour de la signification du mémoire en cassation, conformément aux articles 15 et 16 de la loi précitée du 18 février 1885, ce mémoire est à considérer comme recevable.

### **Sur les faits et antécédents :**

La société anonyme SOCIETE2.) SICAV-SIF (ci-après « SOCIETE2. »), a été constituée le 3 août 2009 en tant que fonds d'investissement spécialisé sous forme de société d'investissement à capital variable au sens de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés. Elle comporte un seul sous-fonds, dénommé SOCIETE3.).

SOCIETE2.) a confié la garde de ses actifs, ainsi que les fonctions de domiciliaire et d'administration centrale à la société anonyme SOCIETE4.) (EUROPE) (ci-après « SOCIETE4. »), par contrat intitulé « *Custodian Bank and Services Agreement* », daté du 18 juin 2010.

En 2011, SOCIETE4.) a souscrit à 2.000 actions d'un compartiment du fonds d'investissement spécialisé SOCIETE6.) SICAV SIF (ci-après « SOCIETE6. ») dénommé SOCIETE7.) (ci-après SOCIETE7.)), pour un prix de souscription total de 2.000.000 euros suivant formulaire de souscription du 18 mars 2011.

En 2012, SOCIETE4.) a effectué trois souscriptions supplémentaires d'actions SOCIETE7.) pour un montant total de 4.700.000 euros, suivant formulaires de souscription du 11 mai 2012, du 3 août 2012 et du 5 décembre 2012.

Par jugement du 11 mars 2016, SOCIETE2.) a été déclarée en état de faillite sur aveu de son liquidateur après avoir été en liquidation volontaire depuis 2013 et Maître Max MAILLIET en a été nommé curateur. Il a été remplacé en tant que curateur par la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) (ci-après « SOCIETE1. »).

Par acte d'huissier de justice du 27 février 2018, SOCIETE1.), agissant en sa qualité de curateur d'SOCIETE2.) a donné assignation à 1) la société anonyme SOCIETE8.), 2) SOCIETE4.) et 3) la société coopérative SOCIETE9.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale. SOCIETE6.) a été mise en intervention aux fins de déclaration de jugement commun. Par acte d'huissier de justice du 20 août 2018, la société anonyme SOCIETE10.) a été assignée en intervention.

Le curateur de SOCIETE2.) demanda principalement l'annulation et subsidiairement la résolution des quatre contrats de souscription suivant formulaires de souscription des 18 mars 2011, 11 mai 2012, 3 août 2012 et 5 décembre 2012, et conclut à la condamnation solidaire, sinon in solidum, sinon de chacun pour sa part, de SOCIETE8.), SOCIETE4.) et SOCIETE9.) de remettre le demandeur dans son pristin état en lui reversant un montant de 6.700.000 euros, tout en augmentant ladite somme des frais d'investissement liés aux investissements.

A titre plus subsidiaire, le curateur agissait en responsabilité contre SOCIETE8.) SA, SOCIETE4.) et SOCIETE9.) et demanda à ce qu'il soit sursis à la fixation du quantum du dommage jusqu'à la liquidation de SOCIETE2.).

Par jugement rendu contradictoirement en date du 13 février 2009, le tribunal d'arrondissement a joint les deux rôles et a rejeté des moyens d'irrecevabilité et a déclaré l'action en responsabilité dirigée contre SOCIETE9.) sur base du rapport d'audit du 25 juin 2012 prescrite. Le surplus et les frais ont été réservés.

Par jugement 29 janvier 2020, le tribunal d'arrondissement a déclaré la demande en annulation, sinon en résolution des contrats de souscription des actions du compartiment dénommé SOCIETE7.) d'SOCIETE6.) non fondée et a déclaré l'action en responsabilité dirigée contre SOCIETE4.), SOCIETE10.) et SOCIETE8.) non fondée.

Par acte d'huissier de justice du 27 mars 2020, SOCIETE1.) agissant en sa qualité de curateur de SOCIETE2.) a relevé appel contre le jugement du 29 janvier 2020 à l'encontre de la seule partie SOCIETE4.).

Par arrêt n° 34/21 rendu en date du 2 mars 2021 entre les parties SOCIETE1.) et SOCIETE4.), la Cour d'appel a reçu l'appel, et, avant tout autre progrès en cause a ordonné la réouverture des débats pour permettre aux parties donner des précisions supplémentaires quant aux questions plus amplement exposées dans la motivation de l'arrêt.

Par arrêt n°14/22 rendu en date du 25 janvier 2022, la Cour d'appel

« vidant l'arrêt n°34/21 IV-Com du 2 mars 2021,

*dit l'appel non fondé,*

*confirme le jugement entrepris du 29 janvier 2020,*

*déboute les parties de leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure,*

*condamne la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel [...].»*

Cet arrêt fait l'objet du présent pourvoi.

### **Sur le premier moyen de cassation:**

Le premier moyen de cassation est tiré de violation de l'article 89 de la Constitution pour absence de motivation.

Le moyen fait grief à l'arrêt entrepris d'avoir déclaré la demande en annulation sinon en résolution des contrats de souscription dirigée contre SOCIETE4.) non fondée sans exposer les motifs juridiques sur lesquels il se fonde.

Le moyen tiré de l'article 89 de la Constitution vise le défaut de motivation qui est un vice de forme. L'arrêt est régulier en la forme dès qu'il comporte un motif exprès ou implicite si incomplet ou si vicieux qu'il soit sur le point considéré.

En ce qui concerne la demande principale en annulation et la demande subsidiaire en résolution des contrats de souscription, l'arrêt entrepris est motivé comme suit :

*« Il résulte du dernier état de ses conclusions que le curateur sollicite l'annulation du/des contrats(s) conclu(s) entre SOCIETE2.) et SOCIETE4.).*

*La Cour en déduit que le curateur entend faire annuler les quatre souscriptions (formulaires des 18 mars 2011, 11 mai 2012, 3 août 2012 et 5 décembre 2012) des actions SOCIETE7.) que SOCIETE4.) a effectuées en sa qualité de commissionnaire de SOCIETE2.).*

*Dans le cadre de ses conclusions récapitulatives du 19 octobre 2020, le curateur a exposé que « la signature des contrats de souscription constitue une violation des statuts du fonds et du sous-fonds et, par référence, du prospectus de SOCIETE2.). Les administrateurs n'auraient jamais dû et pu engager la société afin d'investir dans des instruments non approuvés par les restrictions d'investissement du fonds et du sous-fonds. (...) L'objet et la cause de ces contrats de souscription sont donc illicites par rapport aux statuts et au prospectus de l'appelante et les investissements doivent être déclarés comme nuls car ils sont contraires à l'intérêt social de la partie appelante. Dès lors, il y a lieu d'annuler lesdits contrats de souscription dans la mesure où ces formulaires contiennent un objet et une cause illicite. »*

*Il découle de cet écrit que le curateur admet que la décision d'investir les actifs du sous-fonds dans SOCIETE7.) a été prise par le sous-fonds, c'est-à-dire ses administrateurs ou son Investment Manager, la société de droit suisse SOCIETE11.) et que SOCIETE4.) a exécuté cette décision en procédant à la souscription, en tant que commissionnaire, de ces actifs. Il*

*n'est pas non plus contesté entre parties que SOCIETE2.) est propriétaire des 7.235,95 parts du sous-fonds SOCIETE7.) acquis par l'intermédiaire de son commissionnaire, SOCIETE4.).*

*Le curateur sollicite l'annulation des contrats de souscription par le biais desquels SOCIETE2.) est devenue titulaire des parts dans SOCIETE7.) par l'intermédiaire de son commissionnaire SOCIETE4.).*

*Il invoque l'article 1108 du Code civil qui prévoit que « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : - le consentement de la partie qui s'oblige ; - sa capacité de contracter ; - un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; - une cause licite dans l'obligation. »*

*Pour être valable, un contrat ne doit pas être contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs (article 6 du Code civil). Afin de s'assurer de cette conformité, le Code civil a prévu deux instruments de contrôle, l'objet et la cause, lesquels doivent être licites et moraux.*

*Aux termes de l'article 1131 du Code civil, l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. En vertu de l'article 1133 du même code, la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.*

*La sanction en cas d'illicéité de la cause est la nullité absolue de la convention.*

*Afin de déterminer si la cause est licite, le juge analyse les mobiles des parties, la cause subjective, et annule les contrats lorsque les motifs qui ont déterminé les parties sont illicites ou immoraux.*

*En l'espèce, aucune contrariété à la loi ou à l'ordre public n'est alléguée par le curateur, le seul reproche émis consistant dans la violation des statuts, respectivement du prospectus de SOCIETE2.). Or, un tel manquement ne rend pas illicite ni l'objet, ni la cause des contrats de souscription.*

*La demande de nullité pour objet et cause illicites est partant à rejeter.*

*Dans la mesure où il est admis que, lorsque le commissionnaire conclut un contrat translatif de droit réel, le transfert dudit droit s'opère directement entre le commettant et le tiers contractant, la Cour constate à titre superfétatoire que la demande en annulation des contrats de souscription se heurte également à l'absence du fonds d'investissement spécialisé SOCIETE6.) en tant que partie à la présente instance d'appel.*

*Dans le cadre du dispositif de son acte d'appel, le curateur demande à titre subsidiaire à la Cour de prononcer la résolution des contrats de souscription. Aucun développement quant à cette demande n'est cependant fait dans le cadre de la motivation de l'acte d'appel, ni dans le cadre des conclusions récapitulatives du 19 octobre 2020.*

*La Cour ne saurait suppléer la carence de l'appelante et de rechercher elle-même les moyens juridiques de droit privé qui auraient pu se trouver à la base de ses prétentions, ce d'autant plus que les conditions d'une annulation d'un contrat diffèrent de celles de sa résolution pour inexécution fautive. La demande est partant à rejeter. »*

L'arrêt comporte dès lors une motivation sur les points considérés.

Le moyen n'est pas fondé.

### **Sur le deuxième moyen de cassation :**

Le deuxième moyen de cassation est tiré de la violation de l'adage *Da mihi factum, dabo tibi jus*.

Dans l'exposé du moyen, le moyen reproche encore à la Cour d'appel d'avoir statué par défaut de base légale, et dans la discussion du moyen, il est fait grief à la Cour d'appel d'avoir statué en l'absence de motifs en violation de l'article 89 de la Constitution.

Conformément à l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, chaque moyen ne doit indiquer qu'un seul cas d'ouverture, sous peine d'irrecevabilité.

Le moyen est irrecevable.

La violation d'un adage en tant que principe général du droit ne donne ouverture à cassation que s'il trouve son expression dans un texte de loi ou s'il est consacré par une juridiction supranationale.

Le moyen n'indique pas quel serait le fondement de l'adage invoqué.

Il en suit que le moyen est irrecevable.

### **Sur le troisième moyen de cassation :**

Le troisième moyen est tiré de la violation de l'article 61 du Nouveau code de procédure civile.

Le moyen reproche à l'arrêt dont pourvoi d'avoir statué par défaut de base légale pour ne pas avoir tranché le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables au regard des faits lui soumis.

L'énoncé du moyen invoque le cas d'ouverture du défaut de base légale, soit une insuffisance ou une absence de constatation suffisante des faits à la base du raisonnement juridique des juges du fond. La décision de justice comporterait dès lors des motifs de fait incomplets ou imprécis qui ne permettraient pas au juge de cassation d'exercer son contrôle sur le droit. Par le contrôle du défaut de base légale, la Cour de cassation détermine quelles sont les constatations de fait nécessaires des arrêts, qui doivent entrer dans le processus de qualification juridique, que ce dernier relève ou non de la souveraineté d'appréciation du juge du fond.

Il ne ressort toutefois ni de l'énoncé du moyen ni de son développement quel motif de fait les juges d'appel auraient omis de constater et quel serait le texte de fond dont votre Cour ne saurait dès lors contrôler l'application.

« Pour ce qui est du manque de base légale, celui-ci est analysé par la Cour de cassation luxembourgeoise comme il l'est en France, et non comme il l'est en Belgique : le manque de base légale est toujours un manque de base légale au regard du texte de fond applicable (mettons un manque de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil)». <sup>1</sup>

La disposition légale visée au moyen a trait au *processus* de qualification à effectuer par le juge. Il ne s'agit pas d'un texte *de fond* appliqué par la Cour d'appel. De manière flagrante, le moyen soulève certes un défaut de base légale, mais concrètement il reproche non pas l'omission d'une constatation de fait nécessaire, mais le défaut d'application de la règle de droit correcte au regard des faits soumis par la demanderesse en cassation. Ce grief ne correspond pas au défaut de base légale.

Le moyen est irrecevable.

### **Sur le quatrième moyen de cassation:**

Le quatrième moyen est tiré de la violation de l'article 61 du Nouveau code de procédure civile et de l'article 35 de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissements spécialisés.

Le moyen invoque la violation de l'article 61 du Nouveau code de procédure civile qui a trait au processus de qualification à effectuer par le juge et la violation de l'article 35 de la loi du 13 février 2007 qui a trait à l'obligation du dépositaire en matière de fonds d'investissements spécialisés. Il s'agit de deux griefs différents, et partant de deux cas d'ouverture distincts.

Conformément à l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, chaque moyen ne doit indiquer qu'un seul cas d'ouverture, sous peine d'irrecevabilité.

Concernant le défaut de base légale allégué, la soussignée reprend les conclusions développées dans le cadre du moyen précédent.

Le quatrième moyen ne précise pas non plus quelle constatation de fait nécessaire à l'application de l'une ou de l'autre disposition légale visée au moyen aurait été omise par l'arrêt attaqué.

Le moyen est irrecevable.

### Subsidiairement :

Le moyen fait grief à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si SOCIETE4.) a opéré une inexécution ou exécution fautive de ses obligations de surveillance en effectuant l'investissement dans SOCIETE7.) en violation des restrictions d'investissement de SOCIETE2.).

L'arrêt dont pourvoi s'est référé à la loi du 13 février 2007 précitée :

« Quant au régime de la responsabilité du dépositaire, elle précise à son article 35 que « le dépositaire est responsable, selon le droit luxembourgeois, à l'égard des investisseurs de tout

---

<sup>1</sup> J.T. Luxembourg, 2011/3, n°15- 5 juin 2011 Les formalités de l'introduction d'un pourvoi en cassation

*préjudice subi par eux résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution fautives de ses obligations ». Une telle inexécution n'est pas prouvée en l'espèce»<sup>2</sup>.*

C'est partant à tort que le moyen reproche à l'arrêt entrepris de ne pas avoir recherché si SOCIETE4.) a opéré une inexécution ou exécution fautive de ses obligations de surveillance.

Le moyen manque en fait.

### **Sur le cinquième moyen de cassation :**

Le cinquième moyen de cassation est tiré de la violation de l'article 89 de la Constitution pour absence de motifs.

Le moyen fait grief à l'arrêt entrepris d'avoir rejeté l'action en responsabilité dirigée contre SOCIETE4.) en indiquant qu'*«en l'absence d'obligation contractuelle et/ou légale de vérifier le respect des restrictions d'investissement, aucune faute contractuelle, sinon délictuelle ne saurait être constatée dans le chef de SOCIETE4.) que ce soit dans la qualité de banque dépositaire ou de commissionnaire »* après avoir estimé que *«le fait que la mission de banque dépositaire est rémunérée ne permet pas non plus de conclure, à lui seul, à une obligation de surveillance renforcée qui se superpositionnerait aux dispositions contractuelles».*

Aux termes de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, chaque moyen doit indiquer en quoi la décision entreprise encourt le reproche allégué, sous peine d'irrecevabilité.

L'exposé du moyen est incompréhensible. Toute indication quant au point concerné par l'absence de motivation fait défaut.

Votre Cour décide régulièrement qu'elle n'a à statuer que sur les moyens, sans que la discussion qui les développe ne puisse en combler les lacunes.

Or, ce n'est que dans la discussion du moyen que la demanderesse en cassation précise que la Cour d'appel n'aurait à aucun moment motivé en quelle mesure les clauses limitatives de responsabilité contenues dans le Contrat de dépositaire aux articles 2.3 et 8.2 seraient à retenir pour écarter une quelconque responsabilité dans le chef de SOCIETE4.), alors que ces clauses seraient manifestement illicites et videraient ledit contrat de sa substance.

Le moyen est irrecevable.

### Subsidiairement :

Etant donné que l'arrêt dont pourvoi avait conclu à *« l'absence d'obligation contractuelle et/ou légale de vérifier le respect des restrictions d'investissement »*, l'argument tiré de l'illicéité des clauses visées devenait sans objet. L'absence d'obligation constatée par les juges d'appel a rendue superflue toute analyse de clauses limitant éventuellement de telles obligations. Il n'incombait partant pas aux juges d'appel de fournir une motivation sur ce point.

---

<sup>2</sup> Page 7, premier paragraphe, de l'arrêt du 25 janvier 2022

Le moyen est inopérant.

Plus subsidiairement :

Le moyen tiré de l'article 89 de la Constitution vise le défaut de motivation qui est un vice de forme. L'arrêt est régulier en la forme dès qu'il comporte un motif exprès ou implicite si incomplet ou si vicieux qu'il soit sur le point considéré.

En ce qui concerne les clauses visées au moyen, l'arrêt attaqué est motivé comme suit :

*«Les dispositions contractuelles citées ne sont pas à qualifier de clauses limitatives de responsabilité étant donné qu'il n'est pas établi qu'en droit commun la banque dépositaire d'un FIS ait une telle obligation de vérifier si les instructions d'investissement émanant des organes de gestion d'un FIS sont conformes au prospectus. Il s'agit plutôt de dispositions qui précisent les obligations réciproques des parties.*

*Dans ce contexte, il convient également de préciser que la jurisprudence française invoquée par le curateur, à savoir l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 juin 2016 et dont le pourvoi a été rejeté par arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 2017 (n°16-23.991) n'est guère transposable en l'espèce alors qu'elle a été rendue dans le contexte d'un mandat de gestion. »*

Le moyen étant motivé sur le point considéré, le moyen n'est pas fondé.

### **Conclusion**

Le pourvoi est recevable mais non fondé.

Pour le Procureur Général d'Etat,  
Le premier avocat général

Marie-Jeanne Kappweiler