

Texte pseudonymisé

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

N° 144 / 2025

du 24.10.2025

Numéro CAS-2025-00025 du registre

Audience publique extraordinaire de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du vendredi, vingt-quatre octobre deux mille vingt-cinq, à 17.45 heures.

Composition :

Thierry HOSCHEIT, président de la Cour,
Marie-Laure MEYER, conseiller à la Cour de cassation,
Monique HENTGEN, conseiller à la Cour de cassation,
Gilles HERRMANN, conseiller à la Cour de cassation,
Rita BIEL, conseiller à la Cour de cassation,

Daniel SCHROEDER, greffier à la Cour.

Entre

la société anonyme SOCIETE1.) (LUXEMBOURG), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), représentée par le conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro NUMERO1.),

demanderesse 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, en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée aux fins de la présente instance par Maître Philippe DUPONT, avocat à la Cour, assistée de Maître Géraud MEGRET et de Maître Alain BENABENT, inscrits à l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation,

et

la société SOCIETE2.) (in official liquidation), une « *exempted segregated portfolio company* », constituée sous les lois des Îles Caïmans, établie et ayant son siège social à ADRESSE2.), représentée par les coliquidateurs officiels, Messieurs PERSONNE1.) et PERSONNE2.) de SOCIETE3.) (CAYMAN) Ltd ayant pour adresse ADRESSE2.),

défenderesse en cassation,

comparant par Maître Stéphane LATASTE, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu.

Vu l'arrêt attaqué numéro 102/24-IX-COM rendu le 5 décembre 2024 sous le numéro 39979 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, neuvième chambre, siégeant en matière commerciale ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 14 février 2025 par la société anonyme SOCIETE1.) (ci-après « *société SOCIETE1.)* » ou « *société SOCIETE1.)* ») à la société SOCIETE2.) (in official liquidation) (ci-après « *société SOCIETE2.)* »), déposé le 17 février 2025 au greffe de la Cour supérieure de Justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 9 avril 2025 par la société SOCIETE2.) à la société SOCIETE1.), déposé le 10 avril 2025 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réplique signifié le 16 juin 2025 par la société SOCIETE1.) à la société SOCIETE2.), déposé le 19 juin 2025 au greffe de la Cour, en ce qu'il vise à redresser l'appréciation fautive que la défenderesse en cassation aurait faite des faits qui servent de fondement au recours et remplit à cet égard les conditions de l'article 17, alinéa 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, en ce qu'il répond aux moyens d'irrecevabilité opposés aux moyens du pourvoi en cassation et doit à cet égard être examiné en vue de la préservation des droits de la défense et en ce qu'il répond au fond aux moyens et arguments contenus dans le mémoire en réponse que la demanderesse en cassation ne pouvait pas anticiper et doit à cet égard être examiné en vue de la préservation des droits de la défense, l'écartant pour le surplus ;

Sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint Marie-Jeanne KAPPWEILER ;

Entendu Maître Géraud MEGRET, Maître Philippe DUPONT, Maître Stéphane LATASTE et le premier avocat général Marc SCHILTZ.

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, la société SOCIETE2.) et la société SOCIETE1.) avaient conclu en date du 29 mars 2004 deux contrats. D'une part, par contrat dénommé « *administration agreement* », la société SOCIETE1.) avait été désignée

comme agent d'administration centrale de la société SOCIETE2.). En exécution de ce contrat, la société SOCIETE1.) devait exécuter au profit de la société SOCIETE2.) un certain nombre de fonctions et de devoirs administratifs et de gestion, notamment établir les comptes et livres financiers. D'autre part, par contrat dénommé « *custodian agreement* », la société SOCIETE1.) avait été chargée de la mission de banque dépositaire de la société SOCIETE2.). Ce contrat emportait notamment obligation à charge de la société SOCIETE1.) d'inscrire les titres appartenant à la société SOCIETE2.) en compte chez elle.

Dès avant la conclusion de ces deux contrats, la société SOCIETE1.) avait confié à la société SOCIETE4.) LLC (ci-après « *société SOCIETE4.)* ») l'exécution d'opérations d'investissement et avait conclu au profit de ses clients un accord de sous-dépositaire avec la société SOCIETE4.). Les juges d'appel ont retenu que cet accord s'appliquait par la suite à la société SOCIETE2.) et que la société SOCIETE2.) n'était pas client direct de la société SOCIETE4.). Les opérations d'achat et de vente de titres traitées au profit de la société SOCIETE2.) étaient inscrites sur le compte ouvert par la société SOCIETE1.) auprès de la société SOCIETE4.) au nom de la société SOCIETE2.) dénommé « *special custody account for SOCIETE2.), number NUMERO2.)* ».

Toujours selon l'arrêt attaqué, la société SOCIETE1.) inscrivait sur des comptes tenus par elle, sur base des informations qui lui étaient transmises par la société SOCIETE4.), les titres acquis par cette dernière au profit de la société SOCIETE2.).

Saisi par la société SOCIETE2.) de demandes dirigées contre la société SOCIETE1.) tendant à la restitution de titres et à la restitution d'espèces (« *cash* »), le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, avait débouté la société SOCIETE2.) de la demande qui tendait à la restitution de titres. Le Tribunal avait sursis à statuer sur la demande en restitution d'espèces pour permettre aux parties de verser des pièces supplémentaires concernant l'origine, la date et le quantum des espèces déposées sur les comptes de la société SOCIETE1.) et d'approfondir la question de la fin (« *termination* ») du contrat de dépôt.

A la demande des parties, le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait réservé la demande subsidiaire en dommages-intérêts basée sur la violation de l'obligation de restitution pesant sur le dépositaire présentée pour le cas où la restitution en nature des titres ne pouvait plus se réaliser et la demande plus subsidiaire en dommages-intérêts basée sur la violation des obligations de contrôle et de surveillance et sur la violation des obligations professionnelles.

La Cour d'appel, par réformation, a dit fondée en principe la demande en restitution de titres, sauf à dire que la restitution, qui ne pouvait plus se faire en nature, devait se faire par équivalent en espèces. Elle a rouvert les débats pour permettre à la société SOCIETE2.) de présenter un décompte tenant compte des sommes d'ores et déjà touchées dans le cadre de la liquidation de la société SOCIETE4.).

La Cour d'appel a encore, par réformation, dit fondée en principe la demande en restitution d'espèces à hauteur de 521.918.349,08 US\$ se trouvant entre les mains de la société SOCIETE1.) et a invité cette dernière à préciser l'auteur et la procédure

à l'origine d'un séquestre dont elle se prévalait pour s'opposer à la restitution des espèces.

Sur le premier moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré principalement, en sa première branche, de la violation de l'article 1984, alinéa 1^{er}, du code civil ; sinon subsidiairement, en ses deuxième et troisième branches (subsidiaires par rapport à la première branche), d'un défaut de base légale au regard du même article et, en sa quatrième branche, d'un défaut de base légale au regard de l'article 1994, alinéa 1^{er}, du code civil ;

EN CE QUE la cour d'appel a réformé le jugement du 22 mars 2013, EN CE QU'elle a dit fondée en son principe la demande principale de SOCIETE2.) (in official liquidation), une << exempted segregated portfolio company >> constituée sous les lois des Cayman Islands, à l'égard de la société anonyme SOCIETE1.) SA tendant à l'obtention en équivalent des Titres requis en restitution et EN CE QU'elle a, avant tout autre progrès en cause, révoqué l'ordonnance de clôture du 2 septembre 2022 pour permettre aux parties de verser les pièces et documents requis ainsi que de conclure quant aux points soulevés dans la motivation de l'arrêt, à savoir d'établir non seulement un état actualisé des sommes d'ores et déjà perçues par SOCIETE2.) (in official liquidation) mais encore d'établir un nouveau décompte de sa demande, qui tient compte de ce dernier état et du cours des intérêts requis ;

AUX MOTIFS QUE << Aux termes de l'article 58 du Nouveau Code de procédure civile "il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention". Conformément à l'article 1315 du Code civil, "celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation".

En effet, le demandeur doit démontrer l'existence du fait ou de l'acte juridique sur lequel il fonde sa prétention : actori incumbit probatio. Celui qui a fait la preuve des éléments nécessaires à la naissance du droit qu'il invoque ne doit pas, en outre, prouver que ce droit s'est maintenu sans être modifié. Le défendeur se mue en demandeur en tant qu'il invoque une exception : reus in excipiendo fit actor. Il lui appartient donc de faire la preuve des faits qu'il invoque à titre d'exception (R. Mougenot, Droit des obligations, La preuve, éd. Larcier, 1997).

En application des principes directeurs prévus par ces textes, aux fins de pouvoir prospérer dans sa demande, il appartient à SOCIETE2.) de rapporter la preuve tant du fait que SOCIETE1.) est sa banque dépositaire que de celui que SOCIETE4.) est à considérer comme le sous-dépositaire de celle-ci, respectivement à SOCIETE1.) de prouver qu'elle s'est libérée de ses obligations en ayant exécuté, comme elle le prétend, les propres instructions de SOCIETE2.) envers SOCIETE4.), qui serait, dans ce cas, à considérer comme deuxième banque dépositaire.

1) L'examen des liens entre parties

La Cour constate emblée que les parties demeurent, en instance d'appel, en profond désaccord quant à la qualification de la relation triangulaire entre SOCIETE2.), SOCIETE1.) et SOCIETE4.), étant précisé que SOCIETE4.) n'est pas partie à l'instance.

SOCIETE2.) base sa demande et son appel tant sur le "custodian agreement", que la Loi 2001 et aussi sur le Code civil.

La Cour analysera dans un premier temps les termes du "custodian agreement". En effet, aux termes de l'article 1134 du Code civil "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi".

Il ressort des pièces versées en cause que SOCIETE2.) et SOCIETE5.) (le prédécesseur de SOCIETE1.)) ont signé un "custodian agreement" (contrat de dépôt ou de dépositaire) en date du 29 mars 2004. Il y est précisé dans son préambule que le conseil d'administration de SOCIETE2.) a sélectionné, pour le compte de SOCIETE2.), SOCIETE1.) en tant que dépositaire et que SOCIETE1.) accepte de fournir les services de dépositaire aux termes et conditions repris dans ledit accord.

Cet accord a été soumis (clause 28) aux lois du Luxembourg et à la compétence des juridictions luxembourgeoises. SOCIETE1.) s'y est engagé :

- à enregistrer et tenir un compte distinct dans ses livres, de l'ensemble des Titres reçus au fur et à mesure, et faire en sorte que ces Titres soient déposés dans son "coffre-fort", ou autrement détenus par lui ou à son ordre, ainsi qu'il le jugera approprié pour la garde des Titres (...) (clause 6.1): "the Custodian shall record and hold in a separate account in its books all Securities received by it from time to time and shall arrange for all Securities to be deposited in the Custodian's vault or otherwise held by or to the order of the Custodian as it may think proper for the purpose for the safekeeping thereof";

- à identifier les Titres détenus par lui pour le compte de SOCIETE2.) et devra requérir de chaque agent, sous-dépositaire ou délégué (visés aux termes de la clause 15.2) d'identifier les Titres ou autres investissements détenus par un tel agent, sous-dépositaire ou délégué comme étant détenu par ce dernier, en qualité de dépositaire ou fiduciaire, pour le compte de SOCIETE2.) ou de SOCIETE1.) (...) (clause 9.1). La Cour précise qu'il convient de se référer à la partie "discussion" ci-dessus, pour la version originale en langue anglaise des clauses ici majoritairement citées en langue française, par mesure de simplification ;

- à tenir ou à obtenir la tenue de livres, registres et relevés pouvant s'avérer nécessaires pour donner un état complet de l'ensemble des espèces et Titres détenus par elle (SOCIETE1.)) et des transactions par elle réalisées pour le compte de SOCIETE2.) (...) (clause 9.3) ;

- en cas de résiliation de l'accord, de délivrer ou de faire délivrer au dépositaire lui succédant, l'ensemble des Titres détenus au titre de l'accord, et toutes les espèces ou autres actifs qu'elle posséderait de SOCIETE2.) (clause 19.2).

Ce "custodian agreement" a autorisé SOCIETE1.) à désigner des agents, sous-dépositaires et délégués (désignés tous ensemble comme des "Correspondants"), tel qu'il sera nécessaire pour l'exercice de tout ou d'une partie des fonctions et prérogatives de SOCIETE1.) (y compris les pouvoirs de désignation des sous-dépositaires) (...) SOCIETE1.) demeurera responsable à l'égard de SOCIETE2.) de tous actes ou omissions d'un quelconque Correspondant, de quelque manière qu'il ait été désigné, comme si ces actes ou omissions étaient ceux de SOCIETE1.) (clause 15.2).

La clause 15.3 a, dans ce contexte, impose ce qui suit à SOCIETE1.) : dans le cadre de la sélection, de la désignation et de la supervision des Correspondants, conformément à la clause 15.2, SOCIETE1.) fera preuve de compétence et de prudence, mais ne sera uniquement responsable envers SOCIETE2.) des pertes

résultant de la liquidation, de la banqueroute ou de la faillite d'un tel Correspondant, si elle a fait preuve de négligence dans leur sélection et surveillance. Toutefois, dans l'établissement de cette négligence de SOCIETE1.), il sera tenu compte du choix du Correspondant sur un marché, du manque d'expérience ou d'expertise d'un tel Correspondant ainsi que de l'insuffisance et du manque de sérieux des informations ("financières ou autres") concernant ces Correspondants.

De ce qui précède, il ressort clairement que SOCIETE1.) a été désignée en qualité de banque dépositaire par SOCIETE2.) et qu'elle a accepté cela aux conditions ci-dessus reprises. Elle a reconnu inscrire les Titres en compte chez elle aux susdites conditions.

La Cour doit maintenant s'attacher à vérifier s'il existe des liens contractuels entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.) et si ces liens sont exclusifs ou s'il existe également des liens contractuels directs entre SOCIETE2.) et SOCIETE4.).

Il découle des pièces à la disposition de la Cour que SOCIETE5.) a signé différents documents à et avec SOCIETE4.), qui démontrent que SOCIETE5.), actuellement SOCIETE1.), est cliente de SOCIETE4.) : il en est ainsi d'un "trading authorization limited to purchases and sales of securities" du 30 novembre 1994 et de deux "customer agreement" des 6 décembre 1994 et 25 avril 1997. Ces documents indiquent être régis par les lois du Luxembourg et donnent compétence judiciaire aux juridictions du Luxembourg.

Un pas de plus est franchi par la signature d'un "sub-custody agreement" entre SOCIETE5.) et SOCIETE4.) en date du 7 août 2002, par lequel la banque (actuellement SOCIETE1.) est autorisée à ouvrir et maintenir des comptes de dépôt (la Cour a souligné ce passage) auprès du "sub-custody" (SOCIETE4.)) qui seront pour le bénéfice exclusif des clients de SOCIETE1.), comme repris en annexe "A" dudit accord, et qui seront intitulés "SOCIETE5.) special custody account for Customer (name of Customer to appear)" (article 4). Cette volonté se trouve déjà inscrite au préambule dudit accord au point (A) : "The Bank wishes to establish custody accounts with the sub-custodian to hold, maintain and/or administer certain property which the Bank holds as custodian for certain customers, that are listed in Annex "A" to this agreement, which accounts may each be designated as being held for a particular customer". Cet accord est régi par les lois du Luxembourg et SOCIETE4.) se soumet à la compétence non exclusive des juridictions luxembourgeoises.

Il en ressort qu'il existe une relation de sous-dépositaire entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.), depuis cet accord du 7 août 2002. La Cour doit néanmoins s'assurer que cette relation s'applique à SOCIETE2.).

La Cour note que par "Memorandum" de SOCIETE5.) du 30 mars 2004, qui a pour sujet "SOCIETE2.) (Cayman)", dont la constitution aurait été prévue pour le 24 mars 2004, sous forme de société des îles Cayman (SPC), que SOCIETE5.) serait la banque dépositaire et que ce nouveau fonds serait une copie de "ENSEIGNE1.)", dans le sens qu'il y aura des investissements à faire avec SOCIETE4.). Ce "Memorandum" spécifie en son point "7" que SOCIETE4.) sera le sous-dépositaire de SOCIETE1.) pour SOCIETE2.) et qu'un compte sera ouvert auprès de SOCIETE4.) pour SOCIETE2.), par application du "sub-custody agreement" déjà existant, qui serait à modifier pour y inclure SOCIETE2.).

Conformément aux prévisions de ce "Memorandum" de SOCIETE1.), (i) SOCIETE2.) a été constituée le 24 mars 2004, tel que cela ressort du "Memorandum of association" et du "Certificate of incorporation" du "Registrar of Companies, Cayman Islands" (pièces 145 et 146 de SOCIETE2.)), (ii) un compte au nom de

SOCIETE2.) a été ouvert par SOCIETE5.) (SOCIETE1.) dès le 25 mars 2004, sous la dénomination "SOCIETE5.), special custody account for SOCIETE2.), ADRESSE3.)" (soit l'adresse de SOCIETE5.) et sous le numéro "NUMERO5.)", (iii) le nom de SOCIETE2.) a été ajouté à l'annexe "A" du nouveau "sub-custody agreement" entre SOCIETE5.) et SOCIETE4.) daté du 8 septembre 2004, qui reprend les termes du premier "sub-custody agreement" de 2002.

La Cour pointe que ce compte est utilisé dès le 21 avril 2004, avec la désignation ci-dessus reprise, comme cela se déduit des extraits de compte SOCIETE4.), sauf qu'à partir de novembre 2004, le nom de SOCIETE5.) est remplacé par celui de SOCIETE1.): tout le reste desdits extraits de compte de SOCIETE4.) en rapport avec ce compte "1-NUMERO4.)" reste toutefois inchangé, à savoir la référence au "special custody account for SOCIETE2.)" et l'adresse de SOCIETE1.) à Luxembourg.

Il n'a certes pas échappé à la Cour que ce n'est que le 29 mars 2004 que SOCIETE1.) et SOCIETE2.) signent ensemble le "custodian agreement", désignant SOCIETE1.) comme banque dépositaire de SOCIETE2.). Il n'en demeure pas moins que SOCIETE1.) a agi, avant cette date, en conformité du susdit "Memorandum", selon la volonté commune des parties, clairement exprimée à l'époque et n'ayant jamais fait l'objet d'une once de contestation en 2004, mais plutôt de confirmation. Ceci s'explique logiquement, de surcroît, par le fait que SOCIETE2.) n'était pas opérationnel avant le 26 mars 2004, date à laquelle ses trois administrateurs ont été nommés, en les personnes de PERSONNE3.), PERSONNE4.) et PERSONNE5.).

Le même jour que le "custodian agreement", à savoir le 29 mars 2004, SOCIETE5.) et SOCIETE2.) ont signé un "Administration agreement", par lequel SOCIETE1.), qui l'accepte, a été désigné "administrator" (agent d'administration centrale) du fonds (SOCIETE2.), lui accordant de nombreuses fonctions et devoirs, notamment d'établir les comptes et livres financiers de SOCIETE2.), en conformité avec la loi.

Toujours en date du 29 mars 2009, les administrateurs de SOCIETE2.), nommés trois jours plus tôt, ont signé, chacun depuis un autre pays, une "circular resolution of the board of directors" (ci-après "résolution circulaire"), dont il n'est pas contesté que le document ait été préparé par SOCIETE1.), par lequel ils approuvent l'ouverture d'un "bank account" avec SOCIETE4.) "in the name of SOCIETE5.), special custody account for SOCIETE2.)", soit exactement les termes utilisés quatre jours plus tôt par SOCIETE1.), lors de l'ouverture par elle du compte pour SOCIETE2.) auprès de SOCIETE4.). Les administrateurs n'ont fait qu'adhérer à ce qui a déjà été exécuté par SOCIETE1.).

De tout ce qui précède, il est établi que la relation de sous-dépositaire entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.) s'applique à SOCIETE2.), tel que cela a encore été confirmé, si besoin en était, par le "sub-custody agreement" du 8 septembre 2004.

SOCIETE1.) conteste que cette relation soit à prendre en considération, alors qu'elle n'aurait jamais reçu d'application (n'aurait pas été parfaite).

La Cour se doit de vérifier cette assertion.

Il ressort des pièces versées en cause que le compte ouvert par SOCIETE1.) pour SOCIETE2.) auprès de SOCIETE4.), à savoir le "special custody account 1-NUMERO4.)" était, contrairement à la théorie avancée par SOCIETE1.), actif, tel qu'il l'a déjà été dit ci-dessus : en témoignent les extraits de compte, respectivement les avis de crédit, relatifs à ce compte, toujours envoyés par SOCIETE4.) à SOCIETE1.), depuis 2004 (voir notamment les conclusions récapitulatives de SOCIETE2.) du 9 juillet 2021, pages 25 à 30, où sont scannés des avis de crédit, des

avis d'opération ainsi que le premier relevé mensuel dudit compte) jusqu'en 2008 (comme il ressort de la pièce "9" de SOCIETE2.)).

Les différents comptes annuels de SOCIETE2.), tous préparés par SOCIETE1.), confirment également que cette dernière était la banque dépositaire de SOCIETE2.) et que SOCIETE4.) était son sous-dépositaire : il suffit de se référer aux premiers comptes annuels couvrant la période du 24 mars au 31 décembre 2004, qui ont été audités par SOCIETE6.), selon les lois et règlements en vigueur au Luxembourg, pour s'apercevoir que SOCIETE1.) y figure comme "custodian and administrative agent" et que SOCIETE1.) a nommé des entreprises de courtage en investissement en qualité de sous-dépositaire d'elle-même ("the custodian bank has appointed these broker/dealer investment firms as their sub-custodians to hold and maintain the assets of Segregated Portfolios"), ce qui fait explicitement référence à SOCIETE4.).

Le contenu des seconds comptes annuels de SOCIETE2.), arrêtés au 31 décembre 2005 comprend les mêmes stipulations, tout comme les comptes annuels arrêtés au 31 décembre 2006 et au 31 décembre 2007 : la Cour met en exergue que pour cette année il existe un courrier de SOCIETE1.) à SOCIETE6.), du 13 février 2007, par lequel elle prend manifestement position par rapport à des questions qui lui ont été posées auparavant par SOCIETE6.) : SOCIETE1.) y met expressément en document joint le relevé lui envoyé par SOCIETE4.), par rapport au "special custody account for SOCIETE2.), number NUMERO2.)" pour s'y référer quant aux questions touchant les "securities, precious metals, deposit certificates,... in your custody" : elle répond ainsi explicitement "please see attached PERSONNE6.) statements". SOCIETE1.) certifie partant au réviseur SOCIETE6.) avoir en dépôt les Titres se trouvant sur un relevé valant extrait du compte "NUMERO2.)" auprès de SOCIETE4.).

Il découle de la pièce "4" de SOCIETE2.), "Other assets and liabilities report SOCIETE2.)" qu'en date du 30 novembre 2008, les actifs de SOCIETE2.) en dépôt au "SOCIETE1.) PERSONNE6.) Account", soit selon le "screenshot SOCIETE1.) du 18 décembre 2008" le toujours même "special custody account", se chiffraient à 1.897.736.818,66 US\$, constitués par les Titres repris dans ladite pièce, mais également en pages 46 à 48 des conclusions récapitulatives de SOCIETE2.) du 9 juillet 2021.

Il suit de tout ce qui précède, que les opérations d'achat et de ventes de Titres passaient bien par le compte ouvert par SOCIETE1.) auprès de SOCIETE4.) pour le compte de SOCIETE2.), à savoir le compte désormais connu sous la dénomination et le numéro "special custody account NUMERO2.)".

A toutes ces opérations et certifications, SOCIETE1.) oppose la signature par SOCIETE2.) de ce qu'elle appelle les "brokerage agreements" avec SOCIETE4.). La Cour perçoit que ces derniers sont constitués des documents suivants :

- un "customer agreement" non daté (mais dont la date du 29 mars 2004 apparaît comme date d'envoi par fax/télécopie),
- un "option agreement" daté du 29 mars 2004,
- un "trading authorization limited to purchases and sales of securities and options" non daté (mais dont la date du 29 mars 2004 apparaît comme date d'envoi par fax/télécopie),
- un "certificate of foreign status of beneficial owner for United States Tax Withholding" non daté (mais dont la date du 29 mars 2004 apparaît comme date d'envoi par fax/télécopie).

SOCIETE1.) en conclut que par la signature de ces documents, auxquels elle serait tierce, SOCIETE2.) serait devenu un client direct de SOCIETE4.).

La Cour ne peut suivre ce raisonnement, étant donné que, sur la très mauvaise copie lui versée en pièce "6" par SOCIETE1.), dudit "customer agreement", il n'est nulle part fait référence au moindre numéro de compte, a fortiori à celui portant le numéro "NUMERO2.).". Cet accord pré-imprimé n'a de plus pas été entièrement complété, notamment quant au droit applicable et aux autorisations de divulgations. Les mêmes remarques valent pour les trois autres documents, qui ne peuvent pas être mis en lien avec le "special custody account 1-Fr 109" ou tout autre compte d'ailleurs, puisqu'aucun numéro n'y figure.

Ce constat n'est ni éternel par les conclusions du professeur Gordon (qui se base uniquement sur ces documents et les lois en vigueur aux États-Unis, sans prendre en compte le contexte général du litige) ni par la production de pièces sensées clarifier l'existence d'un ou de plusieurs comptes ouverts directement par SOCIETE2.), suite à la signature de ces documents.

La Cour confirme partant, à l'instar des juges de premier degré, l'existence d'une relation de sous-dépositaire entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.), tout en précisant que cette relation s'applique bien à SOCIETE2.) pour toutes les transactions passées par le "special custody account NUMERO2.).".

Comme il est désormais établi que (i) SOCIETE2.) a désigné SOCIETE1.) comme banque dépositaire et que cette dernière a conclu un contrat de sous-dépôt avec SOCIETE4.), duquel elle a fait bénéficier SOCIETE2.) et (ii) non pas que SOCIETE2.) a désigné un deuxième dépositaire, la voie est ouverte pour analyser la demande de SOCIETE2.) en restitution/délivrance des Titres.

2) Les droits et devoirs de SOCIETE1.) comme banque dépositaire

Le "custodian agreement" entre SOCIETE2.) et SOCIETE1.) ayant stipulé être soumis au droit luxembourgeois, la Cour rappelle encore une fois qu'aux termes de l'article 1134 du Code civil "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi".

Il convient partant en premier lieu de se référer à cette loi des parties.

Ce "custodian agreement", dont la plupart des clauses ci-après invoquées ont été citées plus haut en texte original en anglais, précise en sa clause 9.1 : le dépositaire (SOCIETE1.) devra identifier les Titres détenus par lui au titre des présentes comme détenus pour le compte du fonds (SOCIETE2.) et devra requérir de chaque agent, sous dépositaire ou délégué (visés aux termes de la clause 15.2) (SOCIETE4.) d'identifier les Titres ou autres investissements détenus par ledit agent, sous-dépositaire ou délégué, comme étant détenu par lui, en qualité de dépositaire ou fiduciaire, pour le compte du fonds ou du dépositaire. Toutes dépenses de quelque nature que ce soit engagées par le dépositaire, dans le cadre de ces inscriptions, seront à charge du fonds.

Cette clause est à lire ensemble avec la clause 9.3 du même "custodian agreement", qui stipule que le dépositaire devra tenir ou obtenir la tenue de livres, registres et relevés pouvant s'avérer nécessaires pour donner un état complet de l'ensemble des espèces et Titres détenus par lui et des transactions réalisées par lui pour compte du fonds.

Il en ressort qu'il était de la responsabilité de SOCIETE1.) (dépositaire) non seulement de savoir quels Titres et investissements étaient effectués pour SOCIETE2.) (le fonds), mais encore qu'il dût les identifier et les inscrire en ses livres et registres pour pouvoir donner un état complet de l'ensemble de ces espèces et Titres, devant pour cela aussi s'enquérir auprès des sous-dépositaires des Titres ou autres investissements détenus par ces derniers.

Quant à la désignation de ces sous-dépositaires, il a été vu et retenu ci-dessus qu'aux termes de la clause 15.2 du "custodian agreement", SOCIETE1.) pouvait les nommer. Cette clause précise "le dépositaire (SOCIETE1.) demeurera responsable à l'égard du fonds (SOCIETE2.) des actions ou omissions d'un quelconque Correspondant, peu importe la façon dont il a été désigné, comme si lesdites actions ou omissions étaient celles du dépositaire".

La clause suivante, à savoir la 15.3 semble limiter cette responsabilité, en stipulant "dans le cadre de la sélection, désignation et surveillance des Correspondants, conformément à la clause 15.2, le dépositaire fera preuve de compétence et de soin raisonnable, mais ne sera responsable à l'égard du fonds des pertes résultants de liquidations, banqueroutes ou faillites desdits Correspondants que s'il a été négligent lors de la sélection et surveillance de ces derniers". Cette limite n'est donnée qu'en l'absence de légèreté et négligence tant dans le choix que dans la surveillance du sous-dépositaire.

Ici encore, les parties demeurent en désaccord, SOCIETE1.) contestant toute négligence et SOCIETE2.) plaidant l'existence de nombreux doutes de SOCIETE1.) à l'égard de SOCIETE4.), qui feraient conclure à l'existence de négligence.

La Cour rappelle tout d'abord qu'il ressort des développements réalisés dans la partie II-A)1) que l'inscription en compte et la tenue en compte des Titres listés sur les relevés du "special custody account NUMERO2.)" adressés par SOCIETE4.) à SOCIETE1.) est établie par les comptes annuels de SOCIETE2.), établis par SOCIETE1.) et certifiés par SOCIETE6.). Cette existence en dépôt auprès de SOCIETE1.) desdits Titres est encore attestée par le contenu de certains échanges de mails versés en pièces "105" par SOCIETE2.).

Partant de là, il faut en conclure que SOCIETE1.) a inscrit ces Titres, qui se trouvaient en conservation sur ses comptes, tenus par elle, pour le compte de SOCIETE2.). Ces Titres remontaient vers elle depuis SOCIETE4.).

Dans le but d'être complet, la Cour qualifie les pièces sur lesquelles elle se base pour arriver à ce résultat, d'aveu extrajudiciaire, contrairement aux conclusions de SOCIETE1.).

En effet, l'aveu en tant que moyen de preuve est régi par les articles 1354 à 1356 du Code civil. Il y est dit au sujet de l'aveu extrajudiciaire (article 1354) que "L'aveu qui est opposé à une partie est ou extrajudiciaire ou judiciaire".

L'aveu peut être défini d'une façon générale comme étant la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques. Il ne peut y avoir aveu que si la personne en question a conscience des conséquences favorables à son adversaire. L'objet de l'aveu doit porter sur un fait et non sur une règle de droit car celle-ci n'a pas à être prouvée. La force probante de l'aveu varie selon qu'il est judiciaire ou extrajudiciaire. En présence d'un aveu judiciaire, qualifié de preuve parfaite, le juge doit admettre que la preuve du fait allégué est rapportée sur le seul fondement de ce mode de preuve et ce, quelle que soit son intime conviction. Il revient alors aux parties, le cas échéant, de rapporter la preuve contraire, organisée également par la loi. L'aveu extrajudiciaire, en tant que preuve imparfaite relève, à l'inverse, du système de

preuve libre : sa force probante est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond (Dalloz, Répertoire de droit civil, Preuve : modes de preuve — Gwendoline Lardeux — Octobre 2019, N° 147, 221 + ss., 279 + ss.).

En l'espèce, les réponses fournies par SOCIETE1.), une banque officielle de la place de Luxembourg, sur demandes spéciales de SOCIETE6.), une des "big four" des sociétés d'audit et de conseil, à cette dernière, ne peut que valoir comme déclaration par laquelle SOCIETE1.) a reconnu comme véridique, comme devant être tenu pour avéré à son égard, du fait dont question, à savoir qu'elle a en dépôt les Titres litigieux. Cet aveu est de nature à entraîner des conséquences, tant pour elle que pour son client mais aussi de produire contre elle des conséquences juridiques, ce qu'elle était sensée savoir.

Les juges peuvent se déclarer totalement convaincus par un aveu extrajudiciaire, ils peuvent à l'inverse le rejeter, y trouver un indice ou un commencement de preuve par écrit (Jurisclasseur Civil Art. 1354-1356 Fasc. 20 nos 49-50).

Il est admis que les inscriptions faites dans les livres de commerce d'un commerçant qui les a tenus constituent dans son chef un aveu extrajudiciaire. Un commerçant est lié par les inscriptions mentionnées dans sa comptabilité, à moins qu'il ne rapporte la preuve que ces mentions résultent d'une erreur de fait (Van Ryn et Heenen, principes de droit commercial, tome III, 2ème édition Bxl, Bruylant, 1981, p.65, numéros 65 et 68 ; Cour 14 novembre 2001, numéro 25516 du rôle).

Au vu de ce qui précède, que SOCIETE1.) a continué des informations tout en sachant que ces informations allaient servir pour l'audit des comptes annuels de SOCIETE2.), il y a lieu de considérer que ces informations valent comme aveu extrajudiciaire, ce dont la Cour est convaincue. La Cour précise qu'il s'agit de plus d'informations, donc d'éléments factuels et non de règles de droit, comme SOCIETE1.) a tenté de le plaider.

SOCIETE1.) oppose, dans ce cas, la rétractation de tels aveux extrajudiciaires, en citant l'article relatif à la révocation de l'aveu judiciaire. Elle n'invoque de plus ni d'erreur de droit ou de fait à la base de cette demande ni n'en rapporte de preuve ; la rétractation, qui reste à l'appréciation souveraine des juges, n'est pas possible en l'espèce.

Une rétractation serait encore moins possible dans le cas présent, les informations continuées à SOCIETE6.) ayant été intégrées dans les comptes annuels de SOCIETE2.). La Cour ne dispose d'aucune information et encore moins de preuve de l'existence d'une procédure en rétractation, voire en annulation de ces comptes.

Il est partant établi que SOCIETE1.) a repris à son compte les inscriptions en compte "Titres" portés sur le "special custody account NUMERO2.)" ouvert auprès de SOCIETE4.), à savoir elle a admis qu'elle avait en dépôt chez elle les Titres y inscrits. La Cour précise que SOCIETE1.) est partant encore malvenue à vouloir plaider l'inexistence de ces Titres, parce qu'ils n'auraient sans doute majoritairement jamais été acquis par SOCIETE4.), au vu de ce que l'on saurait maintenant du "scandale PERSONNE6.)". En effet, cet argument est inopposable à SOCIETE2.) : par suite de l'aveu de SOCIETE1.) de détenir lesdits Titres, elle admet implicitement et nécessairement qu'elle s'est assurée que les investissements ont été utilisés à bon escient, que les espèces par elle envoyées à SOCIETE4.) ont été échangées contre des Titres.

Cela étant clarifié, il appartient à la Cour de vérifier si SOCIETE1.) s'est comportée conformément aux stipulations, notamment reprises à la clause 15.3 du "custodian agreement".

Il a été établi ci-dessus que SOCIETE1.) était en relations d'affaire avec SOCIETE4.) dès avant la création de SOCIETE2.) et que c'est bien SOCIETE1.) qui a ouvert le compte litigieux pour SOCIETE2.) auprès de SOCIETE4.).

C'est pourtant à cette époque ayant précédé la création de SOCIETE2.), soit en 2001 et 2002, année de passation du premier "sub-custody agreement" que sont émis les premiers doutes par SOCIETE1.) quant au sérieux de SOCIETE4.). Cela découle de différents mails versés en cause, envoyés entre le personnel de SOCIETE5.), respectivement de SOCIETE1.). Il ressort ainsi de la lecture d'un mail du 25 juillet 2001 adressé par un certain PERSONNE7.) de la SOCIETE5.) à un administrateur de SOCIETE5.), puis de SOCIETE1.), PERSONNE8.), qu'aucune procédure de "due diligence" n'a pu être trouvée en lien avec "PERSONNE6.)" (SOCIETE4.)). Ce même PERSONNE9.) écrit le 30 septembre 2002 à PERSONNE10.), responsable SOCIETE1.) Securities Services (Ireland) qu'il est très inquiet à propos de "PERSONNE6.)" et qu'il pense qu'une confirmation indépendante, comme par SOCIETE7.), devrait être recherchée, qui pourrait être payée par les "GFS" (Global Fund Services). Il dit "It's too big for us to ignore the warning signs". Le premier octobre 2002, PERSONNE9.) répond à PERSONNE11.) des "GFS", qu'il pense "qu'il ne faudrait pas mentir à PERSONNE6.). Nous avons un problème avec lui : il est le gestionnaire (manager), le courtier (broker) et le dépositaire (custodian) de ses comptes. Dans le monde d'aujourd'hui, ceci est une mise en garde (red flag). Nous devons remédier à cela (...) si nous ne nous mouillons pas, nous n'irons nulle part".

Quelques années plus tard, les questionnements sur "PERSONNE6.)" ne semblent toujours pas avoir été résolus, alors qu'il ressort d'un mail de PERSONNE11.) du 18 février 2005 à l'attention de PERSONNE12.), chef de division "AFS" (Alternative Fund Services), de PERSONNE13.), administrateur de SOCIETE1.) et d'autres, qu'il a suggéré à PERSONNE14.), en charge des sous-dépositaires pour SOCIETE1.), de se rendre au Luxembourg "pour revoir les antécédents, les opérations, les rapports, etc, pour avoir un bon ressenti des arrangements avant de rendre visite à PERSONNE6.)".

La même année, le 23 mai, PERSONNE15.), qui n'est autre que la Chief Risk Officer de SOCIETE1.) plc, a même rédigé un "discussion paper" ayant pour sujet "PERSONNE6.)" : "(...) SOCIETE1.) a des relations avec un certain nombre de fonds (repris en annexe "1") qui utilisent SOCIETE4.) : essentiellement des actifs sont placés chez SOCIETE4.) dans le contexte d'un contrat de sous-dépôt. Les relevés de transaction sont envoyés, par client, par SOCIETE4.) au dépositaire SOCIETE1.), pour permettre de mettre à jour nos livres et nos relevés. Ce n'est PAS une procédure en temps réel. La vraie question qui se pose est celle de savoir si nous sommes satisfaits avec l'intégrité des transactions PERSONNE6.), tel que nous soyons à l'aise avec un manque de preuve réellement indépendante dans les transactions avec les actifs des clients. De plus, au vu de notre fonction de dépositaire, sommes-nous en danger par rapport aux obligations légales que nous pouvons avoir ? (...) Toutefois, il existe un risque substantiel dans le cas où se poserait une question sur l'intégrité du processus. Le coût financier de la désignation d'un sous-dépositaire sur lequel nous ne pouvons pas exercer le niveau de vigilance voulu, peut être considérable. Il en sera de même du risque pour notre réputation. La solution, selon moi, réside dans la nécessité de recourir à un contrôle indépendant. (...) Nous devons prendre une décision commerciale sur comment poursuivre avec les comptes clients gérés par PERSONNE6.), de manière urgente,

pour nous permettre de traiter la question des sommes impayées pour nos clients repris dans l'annexe jointe".

Quelques jours plus tard, PERSONNE16.), de SOCIETE1.) plc répond à PERSONNE15.), à savoir le 30 mai 2005, pour lui faire part de sa vision des choses : "nous n'avons pas le contrôle total des actifs ou une vision en temps réel du flux de transaction. Les transactions sont toutes effectuées en interne dans les entreprises de la famille (PERSONNE6.)) et il n'existe aucune preuve de la bonne exécution ou même d'une réelle exécution. L'audit est effectué par une entreprise qui ne se trouve pas sur nos listes d'auditeurs reconnus (...) Je ne peux approuver ce processus, et je comprends qu'il s'agisse de rentabilité majeure, à moins que nous puissions adopter le procédé commun au secteur bancaire aux USA (...). Si cela ne peut être fait, nous devons nous retirer". (pièces 110 à 118 de SOCIETE2.)).

Suite à tous ces échanges de mails documentés, SOCIETE7.) est enfin mandaté par la maison mère de SOCIETE1.), SOCIETE1.) plc, le 8 septembre 2005, pour établir un rapport, qui sera établi le 16 février 2006. Huit clients de la Banque y figurent en annexe "G", dont SOCIETE2.). A la section "constatations majeures", le rapport indique par rapport à ce qu'il a trouvé et à ses recommandations, que 25 fraudes et risques opérationnels ont été détectés, (...) qu'il y a une forte confiance placée par SOCIETE1.) en SOCIETE4.). Les recommandations majeures sont les suivantes : effectuer un contrôle des centres SOCIETE1.) à Luxembourg et DUBLIN pour s'assurer que des procédures appropriées soient mises en place pour confirmer, de manière indépendante, lorsque c'est possible, l'exactitude des transactions, identifier les risques et problèmes possibles et enregistrer toute erreur, information manquante ou autre problème opérationnel.

SOCIETE7.) y préconise notamment que SOCIETE1.) devrait effectuer un contrôle périodique sur SOCIETE4.), qui devrait prévoir : (...) le contrôle de l'audit interne et des rapports de conformité (...), la confirmation indépendante, sur base périodique, des fax d'information concernant les transactions clients fournis par SOCIETE4.), dans la mesure où un fax peut être facilement dupliqué ou falsifié en vue d'une fraude, appel à SOCIETE4.) pour fournir les rapports de conformité, d'audit interne et de tout autre contrôle sur base périodique (...)"

Le 19 mars 2008, SOCIETE1.) plc commande un deuxième rapport à SOCIETE7.), sur les risques qu'entraîneraient pour elle et ses filiales la qualité de sous-dépositaire de SOCIETE4.). Ce deuxième rapport sera déposé le 8 septembre 2008. Les constatations sinon recommandations sont presque identiques à celles déjà reprises dans le rapport SOCIETE7.) 2006.

Entre les deux rapports, PERSONNE15.) envoie un mail, entre autres, à PERSONNE13.), le 19 mars 2007, dans lequel elle revient sur les problématiques avec SOCIETE4.), en sa qualité de sous-dépositaire pour des clients spécifiques. Elle indique : "la réalité montre que le contrôle de tout par PERSONNE6.) est central et que les occasions de falsification ou de détournement existent, s'il y est enclin. Le risque de fraude pour nous, comme dépositaire, est énorme. Par conséquent, il est probable que nous devons augmenter le niveau de contrôle que nous avons sur PERSONNE6.). Il ne fait aucun doute qu'il y aura une résistance de la part de PERSONNE6.), mais franchement, si tel est le cas, ça en dit long. L'histoire nous a montré que PERSONNE6.) essaie de nous opposer aux clients, mais ma proposition serait d'impliquer les clients en premier. Le revenu global pour SOCIETE1.) est important mais les risques sont bien plus grands si nous ne faisons rien (...)"

Il ressort de tous ces échanges entre des salariés à haut niveau de SOCIETE1.), sinon de sa maison mère, pour des risques concernant SOCIETE1.), à

laquelle il y est d'ailleurs expressément fait référence, qu'avant même la nomination de SOCIETE4.) comme sous-dépositaire de SOCIETE2.) et durant toute la durée d'exécution du contrat de sous-dépôt, au moins jusqu'à l'arrestation de PERSONNE6.), des doutes sérieux ont été formulés au sein du groupe dont fait partie SOCIETE1.) quant à leurs relations avec SOCIETE4.). Ces doutes concernent, de façon quasi prémonitoire, les risques encourus par SOCIETE1.) comme banque dépositaire et par certains de leurs clients, dont SOCIETE2.).

Ces flottements ont amené à la commande de deux rapports auprès de SOCIETE7.), qui a confirmé l'existence réelle de risques pour SOCIETE1.) et ses clients, à cause de SOCIETE4.). SOCIETE7.) a émis des recommandations pour y pallier.

Il ne ressort d'aucune pièce versée en cause que (i) ces questionnements aient été partagé avec SOCIETE2.), (ii) des mesures aient été prises par SOCIETE1.) pour rendre effectives les recommandations de SOCIETE7.).

La Cour en déduit que SOCIETE1.) a agi en violation de l'article 15.3 du "custodian agreement", à savoir qu'elle a été négligente non seulement lors de la sélection mais encore davantage lors de la surveillance du sous-dépositaire (Correspondants), de sorte qu'elle est responsable à l'égard de SOCIETE2.), suite à la "liquidation, bankruptcy or insolvency" de SOCIETE4.). La fin de cette clause, à savoir qu'il sera tenu compte, lors de l'établissement de la négligence du dépositaire, du choix des correspondants sur un marché, du défaut d'expérience ou d'expertise de tels Correspondants et de l'insuffisance et du caractère peu fiable des informations (financières ou autres) concernant ces Correspondants, ne relativise nullement la négligence de SOCIETE1.) : au contraire, SOCIETE4.) était une société créée depuis longtemps, dans les années 1960, avec laquelle SOCIETE1.) entretenait des liens dès avant la constitution de SOCIETE2.) le 24 mars 2004. SOCIETE4.) était donc connue sur le marché newyorkais, respectivement américain voire mondial. Un manque d'expérience ou la qualité des informations qui auraient pu être obtenues, sont des arguments vains. Il aurait suffi à SOCIETE1.) de creuser ses doutes émis dans les mails partiellement retranscrits ci-dessus, d'y réserver des suites et surtout de requérir des preuves des investissements allégués par SOCIETE4.), bref d'effectuer des contrôles réguliers par des personnes physiques ou morales extérieures à la galaxie PERSONNE6.), pour s'être comportée de façon prudente.

Tel n'ayant manifestement pas été le cas, SOCIETE1.) est, par application du contrat entre parties, à savoir aux vœux de la clause 15.3 du "custodian agreement", responsable à l'égard de SOCIETE2.) des pertes causés par SOCIETE4.).

3) La restitution

Il a été retenu ci-dessus que la demande principale de SOCIETE2.) est à dire fondée en son principe, par application des seules dispositions du "custodian agreement". Il est partant superflu d'analyser les longs développements des parties en lien avec l'application de diverses lois luxembourgeoises et/ou directives européennes.

Il est encore constant en cause (i) que le Trustee à la liquidation de SOCIETE4.) a été nommé le 15 décembre 2008, (ii) qu'il a envoyé un formulaire de "customer claim" à SOCIETE1.) avec la référence du "account number NUMERO3.), (iii) que SOCIETE1.) a continué ce formulaire à SOCIETE2.) le 3 février 2009, avec l'information qu'il devait le compléter et le renvoyer au Trustee

pour le 4 mars 2009 au plus tard, (iv) que le Trustee a relancé SOCIETE1.) par courrier du 22 mai 2009, n'ayant pas eu de retour de sa part, mais que ça devait être fait pour le 2 juillet 2009, (y) que SOCIETE1.) a expédié le 5 juin 2009 un rappel de son courrier du 3 février 2009, à SOCIETE2.), (vi) que SOCIETE2.) a finalement rempli ce formulaire, qu'il a renvoyé au Trustee en date du 22 juin 2009, avec un addendum, (vii) que le Trustee a transmis le 8 décembre 2009 une "notice of Trustee's determination of claim" à SOCIETE2.) par laquelle il a rejeté sa "claim N° 011307", au motif qu'il n'aurait pas eu de compte ouvert chez SOCIETE4.) et ne serait ainsi pas un client de SOCIETE4.), selon la loi américaine en cause pour la liquidation.

Il est établi par les pièces à la disposition de la Cour que le 19 mai 2010, le Trustee a adressé une "notice of Trustee's withdrawal of determination" à SOCIETE2.) en lien avec les plaintes N° 011307 et N° 010817, qui seraient des doublons, pour l'informer que les deux plaintes seraient à traiter ensemble et que la plainte N° 011307 aurait été refusée par erreur (pièce "14" de SOCIETE2.)).

Il découle de la pièce "179" de SOCIETE2.) qu'un accord a été signé le 12 novembre 2014 entre le Trustee d'une part et les liquidateurs de ENSEIGNE1.) et de SOCIETE2.) d'autre part. Il y est précisé que SOCIETE2.) avait un compte ouvert auprès de SOCIETE4.), au travers de son dépositaire luxembourgeois, SOCIETE1.), désigné sous le numéro "NUMERO3.)" et que sa plainte est allouée à hauteur de 1.639.896.943.- US\$. En exécution de cet arrangement transactionnel, la somme initiale de 755.320.133.- US\$ serait à payer par le Trustee à SOCIETE2.). Il ressort des pièces 138 à 143 ainsi que des pièces 182 et 183 de SOCIETE2.) que d'autres paiements sont intervenus depuis.

Après examen de ces pièces, il est faux de prétendre, comme le fait SOCIETE1.), en prenant des raccourcis injustifiés, que cela signifie que SOCIETE2.) était client direct de SOCIETE4.), qu'il existait une relation financière directe entre SOCIETE4.) et SOCIETE2.) ou que le "brokerage agreement" en aurait été la base.

Au vu de ces éléments constants, sinon rapportés en preuve, la Cour ne saurait cependant faire droit à la demande formulée par SOCIETE2.) en délivrance des Titres : il a lui-même été d'accord à les recevoir sous forme de leur équivalent en argent. De plus, il serait impossible de déterminer quels Titres seraient actuellement à remettre après l'intervention du paiement de multiples sommes d'argent. La Cour note que SOCIETE2.) ne lui a d'ailleurs jamais remis de décompte dans ce sens, à savoir un décompte mixte entre Titres et équivalent en argent.

La Cour note que les parties sont toujours en désaccord quant à l'incidence de l'accord transactionnel avec le Trustee :

* SOCIETE1.) y voit la reconnaissance par SOCIETE4.), via le Trustee, de sa qualité de dépositaire des Titres réclamés par SOCIETE2.). En acceptant les paiements, SOCIETE2.) aurait accepté que SOCIETE4.) soit le seul dépositaire des Titres. SOCIETE2.) serait "partiellement" malvenu à réclamer la restitution de ces mêmes Titres : cette demande serait irrecevable pour défaut d'intérêt à agir, sinon non fondée.

Les recouvrements ainsi effectués viendraient nécessairement réduire, sinon satisfaire entièrement la demande de SOCIETE2.). Si SOCIETE2.) obtenait le paiement et de SOCIETE4.) et de SOCIETE1.), cela constituerait un enrichissement sans cause. De ce fait, SOCIETE1.) réitère son appel incident. En tout état de cause, les demandes de SOCIETE2.) seraient irrecevables sinon non fondées pour absence d'objet (demande en restitution) ou absence de préjudice (demande en dommages et intérêts).

* SOCIETE2.) conteste en bloc ces théories, qui feraient abstraction de la qualité de client de SOCIETE1.) à l'égard de SOCIETE4.).

La Cour constate à la lecture de l'"agreement" signé en date du 12 novembre 2014 entre notamment le Trustee et les liquidateurs officiels de SOCIETE2.), qu'il y est bien établi que SOCIETE2.) avait un compte ouvert auprès de SOCIETE4.), au travers de sa banque de dépôt basée à Luxembourg (SOCIETE1.)), compte désigné sous le numéro "NUMERO3.), qui a été ouvert en ou aux alentours du mois d'avril 2004".

Ce n'est donc pas SOCIETE2.) qui était en lien direct avec SOCIETE4.). Les conclusions de SOCIETE1.) à ce sujet ne sont ainsi pas établies. Le juge Vaughn R. Walker interprète, si besoin en était, dans son troisième rapport daté du 2 juillet 2021, ce "SIPA Agreement" (Securities Investor Protection Act of 1970 as amended) selon les dispositions de droit américain relatives à la définition de "customer" : [le fait qu'un bénéficiaire effectif de Titres comme SOCIETE2.) a été autorisé de recouvrer sur base d'une plainte SIPA, ne fait pas, par définition, de ce bénéficiaire effectif un "client" aux fins de l'Exchange Act Rule 15c3-3. Ni non plus le fait que SOCIETE2.) ait obtenu une plainte SIPA dans sa transaction avec le Trustee de PERSONNE6.), en tant que bénéficiaire effectif du compte dont SOCIETE1.) était le propriétaire légal, n'annule la relation contractuelle de client entre SOCIETE4.) et SOCIETE1.)] (pièce "179, point 6" de SOCIETE2.)).

La Cour en déduit que face à l'immobilisme de SOCIETE1.), SOCIETE2.) a été obligé de remplir le formulaire pourtant envoyé par le Trustee à SOCIETE1.), en lieu et place de cette dernière : ce faisant, SOCIETE2.) a essuyé un premier échec, avant que le Trustee ne revienne sur sa position de refus : le Trustee n'a néanmoins pas purement et simplement accepté ladite "customer claim" par la suite : il a fallu passer par un "settlement agreement", soit une transaction, pour permettre à SOCIETE2.) de percevoir des sommes de la part du Trustee, sommes que ce dernier a pu récupérer dans le cadre de sa mission. De plus, cette transaction a été approuvée par la "Grand Court of the Cayman Islands" et par la "United States Bankruptcy Court, Southern District of New York". Il s'ensuit que rien ne permet de conclure à un changement des relations contractuelles établies avant la liquidation de SOCIETE4.) : SOCIETE1.) a ouvert le compte "NUMERO3.)" auprès de SOCIETE4.) en sa qualité de dépositaire de SOCIETE2.) : ce faisant, SOCIETE4.) est devenu le sous-dépositaire de SOCIETE2.). C'est donc bien SOCIETE4.) qui inscrivait les Titres, soit des biens fongibles, en ses comptes, en sa qualité de dépositaire de SOCIETE1.) et de sous-dépositaire de SOCIETE2.), avant de les faire remonter vers SOCIETE1.), tel que confirmé par celle-ci. SOCIETE1.) ne peut ainsi pas alléguer qu'aucun Titre ne lui a été remis et qu'elle n'en aurait pas remis à SOCIETE4.) : le contraire est vrai.

Comme il a été décidé ci-dessus que SOCIETE1.) a reconnu avoir en ses comptes les Titres repris sur les relevés envoyés par SOCIETE4.) et que SOCIETE1.) s'est montrée négligente, il lui appartient toujours de payer les pertes causées par SOCIETE4.). La signature avec le Trustee du susdit accord transactionnel n'y change rien.

SOCIETE1.) est effectivement un dépositaire au sens de l'article 1915 du Code civil.

Cet article dispose : "le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature". S'agissant, comme en l'espèce, en présence de biens dématérialisés, non plus de biens mobiliers déposés, mais de biens fongibles, le conservateur doit être en mesure de répondre à

une demande de son client de transférer, par virement de compte à compte, les titres inscrits à son compte (Droit des marchés financiers, Hubert De Vauplane et Jean-Pierre Bornet, éditions Litec, 1998, numéro 982).

Par application du contrat entre parties (custodian agreement) et du Code civil luxembourgeois, il appartient à SOCIETE1.) de rendre, par équivalent, les Titres requis par SOCIETE2.). Comme ce dernier a d'ores et déjà reçu, par des transferts de la part du Trustee, une partie des sommes par lui réclamées, il ne peut plus que réclamer le surplus à SOCIETE1.), à savoir la partie non encore remboursée par le Trustee. Il ne peut en effet pas recevoir deux fois le prix des Titres réclamés.

La Cour rappelle que de nombreux mois se sont écoulés entre les dernières conclusions récapitulatives de SOCIETE2.) et le prononcé du présent arrêt : il convient de demander à SOCIETE2.) d'établir non seulement un état actualisé des sommes actuellement déjà perçues par lui mais encore d'établir un nouveau décompte de sa demande, qui tient compte de ce dernier état et du cours des intérêts requis. La Cour ne s'oppose pas à ce que SOCIETE2.) lui verse deux versions dudit décompte : l'une qui part du principe que seul le solde non encore reçu reste dû par SOCIETE1.) ; l'autre qui se base sur le scénario proposé par SOCIETE2.), de continuer toutes les sommes à lui payées par le Trustee à SOCIETE1.), qui elle devra la totalité de la somme requise à SOCIETE2.), sans aucune déduction, mais à augmenter des intérêts. La Cour l'invite à ce faire et procède, par application de l'article 225 du Nouveau Code de procédure civile, à la révocation de l'ordonnance de clôture.

En attendant, il convient de réserver les droits des parties quant à ce volet à cette ultime précision de décomptes ainsi que les frais. Il en ressort néanmoins qu'il est superfétatoire de s'attarder aux questions soulevées par SOCIETE1.), à propos de l'enrichissement sans cause ou de l'absence d'objet de la demande de SOCIETE2.).

La demande principale de SOCIETE2.) ayant abouti en son principe, il n'y a partant pas lieu d'analyser la demande formulée à titre subsidiaire par rapport à la restitution des fonds continués à SOCIETE4.), et de tous les développements des parties en lien avec cette demande subsidiaire >> (arrêt attaqué, p. 34 à 49) ;

1°) ALORS QUE, première branche, le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ; qu'en retenant que l'ouverture du compte << special custody account NUMERO2.) >> auprès de SOCIETE4.) avait fait de cette dernière le sous-dépositaire de SOCIETE1.), cependant qu'elle constatait elle-même que ce compte avait été ouvert par SOCIETE1.) << pour le compte de SOCIETE2.) >> (arrêt attaqué, p. 39, al. 3), ce dont elle aurait dû déduire l'existence d'un contrat de mandat, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a ainsi violé l'article 1984, alinéa 1^{er}, du code civil ;

2°) ALORS QUE, deuxième branche (subsidiaire par rapport à la première branche), le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ; qu'en se bornant à relever, pour retenir l'existence d'un contrat de sous-dépôt entre SOCIETE4.) et SOCIETE1.), que SOCIETE1.) avait établi un << memorandum >> le 30 mars 2004 prévoyant que SOCIETE4.) serait sous-dépositaire (arrêt attaqué, p. 37, al. 3), ainsi que le projet de << circular resolution of the board of directors >>

par lesquels les administrateurs de SOCIETE2.) avaient approuvé l'ouverture d'un << bank account >> avec SOCIETE4.) (arrêt attaqué, p. 38, al. 3), sans rechercher, comme elle y était expressément invitée, si SOCIETE1.) n'avait pas << préparé ce document en sa qualité d'agent administratif sur instruction de SOCIETE2.) Fund >> (conclusions récapitulatives et ampliatives Arendt & Medernach S.A. du 13 mai 2022, p. 29, § 67), la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1984, al. 1^{er}, du code civil ;

3°) ALORS QUE, troisième branche (elle aussi subsidiaire par rapport à la première branche), le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ; qu'en se bornant à relever que l'existence d'une relation de sous-dépositaire était établie par les extraits de comptes envoyés par SOCIETE4.) à SOCIETE1.) et les comptes annuels de SOCIETE2.), établis par SOCIETE1.) (arrêt attaqué, p. 38, in fine), sans rechercher, comme elle y était expressément invitée, si les extraits de compte de SOCIETE4.) n'étaient pas adressés à SOCIETE1.), en sa seule qualité d'agent administratif chargé d'établir les comptes annuels de SOCIETE2.) (conclusions récapitulatives et ampliatives Arendt & Medernach S.A. du 13 mai 2022, p. 22, § 54 et p. 82, § 233), la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1984, alinéa 1^{er}, du code civil ;

4°) ALORS QUE, quatrième branche, le mandataire ne répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion que lorsqu'il n'a pas reçu pouvoir de se substituer quelqu'un ou lorsque ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable ; qu'ayant constaté qu'un compte avait été ouvert en 2004 par SOCIETE1.) (alors SOCIETE5.)) au nom de SOCIETE2.) auprès de SOCIETE4.) (arrêt attaqué, p. 36) et que << les opérations d'achat et de ventes de titres passaient bien par le compte ouvert par SOCIETE1.) auprès de SOCIETE4.) pour le compte de SOCIETE2.) >> (arrêt attaqué, p. 39, al. 3), caractérisant ainsi que SOCIETE1.) s'était substituée SOCIETE4.) dans l'exécution de la mission qui lui a été confiée par SOCIETE2.), la cour d'appel qui n'a constaté ni que SOCIETE1.) n'aurait pas reçu pouvoir de se substituer quelqu'un, ni qu'elle aurait fait choix en la personne de SOCIETE4.) d'une personne qui était notoirement incapable ou insolvable en 2004, ne pouvait retenir la responsabilité de SOCIETE1.) sans priver sa décision de base légale au regard de l'article 1994, alinéa 1^{er}, du code civil. ».

Réponse de la Cour

Sur la première branche du moyen

La demanderesse en cassation fait grief aux juges d'appel d'avoir qualifié les relations contractuelles entre elle et la société SOCIETE2.) de contrat de dépôt, alors qu'au vu de leurs propres constatations, elles seraient à qualifier de contrat de mandat.

En retenant, dans le cadre de l'examen des relations contractuelles entre la société SOCIETE2.) et la société SOCIETE1.),

« 1) L'examen des liens entre parties

La Cour constate d'emblée que les parties demeurent, en instance d'appel, en profond désaccord quant à la qualification de la relation triangulaire entre SOCIETE2.), SOCIETE1.) et SOCIETE4.), étant précisé que SOCIETE4.) n'est pas partie à l'instance.

SOCIETE2.) base sa demande et son appel tant sur le << custodian agreement >>, que la Loi 2001 et aussi sur le Code civil.

La Cour analysera dans un premier temps les termes du << custodian agreement >>. En effet, aux termes de l'article 1134 du Code civil << les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi >>.

Il ressort des pièces versées en cause que SOCIETE2.) et SOCIETE5.) (le prédécesseur de SOCIETE1.)) ont signé un << custodian agreement >> (contrat de dépôt ou de dépositaire) en date du 29 mars 2004. Il y est précisé dans son préambule que le conseil d'administration de SOCIETE2.) a sélectionné, pour le compte de SOCIETE2.), SOCIETE1.) en tant que dépositaire et que SOCIETE1.) accepte de fournir les services de dépositaire aux termes et conditions repris dans ledit accord.

Cet accord a été soumis (clause 28) aux lois du Luxembourg et à la compétence des juridictions luxembourgeoises. SOCIETE1.) s'y est engagé :

- à enregistrer et tenir un compte distinct dans ses livres, de l'ensemble des Titres reçus au fur et à mesure, et faire en sorte que ces Titres soient déposés dans son << coffre-fort >>, ou autrement détenus par lui ou à son ordre, ainsi qu'il le jugera approprié pour la garde des Titres (...) (clause 6.1) : << the Custodian shall record and hold in a separate account in its books all Securities received by it from time to time and shall arrange for all Securities to be deposited in the Custodian's vault or otherwise held by or to the order of the Custodian as it may think proper for the purpose for the safekeeping thereof >> ;*

- à identifier les Titres détenus par lui pour le compte de SOCIETE2.) et devra requérir de chaque agent, sous-dépositaire ou délégué (visés aux termes de la clause 15.2) d'identifier les Titres ou autres investissements détenus par un tel agent, sous-dépositaire ou délégué comme étant détenu par ce dernier, en qualité de dépositaire ou fiduciaire, pour le compte de SOCIETE2.) ou de SOCIETE1.) (...) (clause 9.1). La Cour précise qu'il convient de se référer à la partie << discussion >> ci-dessus, pour la version originale en langue anglaise des clauses ici majoritairement citées en langue française, par mesure de simplification.*

- à tenir ou à obtenir la tenue de livres, registres et relevés pouvant s'avérer nécessaires pour donner un état complet de l'ensemble des espèces et Titres détenus par elle (SOCIETE1.)) et des transactions par elle réalisées pour le compte de SOCIETE2.) (...) (clause 9.3) ;*

- en cas de résiliation de l'accord, de délivrer ou de faire délivrer au dépositaire lui succédant, l'ensemble des Titres détenus au titre de l'accord, et toutes les espèces ou autres actifs qu'elle posséderait de SOCIETE2.) (clause 19.2).*

Ce << custodian agreement >> a autorisé SOCIETE1.) à désigner des agents, sous-dépositaires et délégués (désignés tous ensemble comme des << Correspondants >>), tel qu'il sera nécessaire pour l'exercice de tout ou d'une partie des fonctions et prérogatives de SOCIETE1.) (y compris les pouvoirs de désignation des sous-dépositaires) (...) SOCIETE1.) demeurera responsable à l'égard de SOCIETE2.) de tous actes ou omissions d'un quelconque Correspondant, de quelque manière qu'il ait été désigné, comme si ces actes ou omissions étaient ceux de SOCIETE1.) (clause 15.2).

La clause 15.3 a, dans ce contexte, impose ce qui suit à SOCIETE1.) : dans le cadre de la sélection, de la désignation et de la supervision des Correspondants, conformément à la clause 15.2, SOCIETE1.) fera preuve de compétence et de prudence, mais ne sera uniquement responsable envers SOCIETE2.) des pertes résultant de la liquidation, de la banqueroute ou de la faillite d'un tel Correspondant, si elle a fait preuve de négligence dans leur sélection et surveillance. Toutefois, dans l'établissement de cette négligence de SOCIETE1.), il sera tenu compte du choix du Correspondant sur un marché, du manque d'expérience ou d'expertise d'un tel Correspondant ainsi que de l'insuffisance et du manque de sérieux des informations (<< financières ou autres >>) concernant ces Correspondants.

De ce qui précède, il ressort clairement que SOCIETE1.) a été désignée en qualité de banque dépositaire par SOCIETE2.) et qu'elle a accepté cela aux conditions ci-dessus reprises. Elle a reconnu inscrire les Titres en compte chez elle aux susdites conditions. »,

les juges d'appel ont justifié leur décision de retenir l'existence d'un contrat de dépôt entre la société SOCIETE2.) et la société SOCIETE1.), sans que cette conclusion ne soit altérée par l'utilisation des termes « *Il suit de tout ce qui précède, que les opérations d'achat et de ventes de Titres passaient bien par le compte ouvert par SOCIETE1.) auprès de SOCIETE4.) pour le compte de SOCIETE2.), [...] »*, employés à un stade ultérieur de leur raisonnement, en guise de conclusion sur la question différente de savoir si la relation générale de sous-dépositaire entre la société SOCIETE1.) et la société SOCIETE4.), reconnue comme s'étendant à la société SOCIETE2.), avait reçu une application effective à l'égard de cette dernière.

Il s'ensuit que le moyen, pris en sa première branche, n'est pas fondé.

Sur les deuxième et troisième branches du moyen réunies

La demanderesse en cassation fait grief aux juges d'appel d'avoir privé de base légale au regard de l'article 1984, alinéa 1, du Code civil leur décision par laquelle ils ont qualifié les relations contractuelles entre elle et la société SOCIETE4.) de contrat de sous-dépôt en se basant sur certains documents, à savoir, d'une part, un « memorandum » et un projet de « *circular resolution of the board of directors* » (deuxième branche) et, d'autre part, les extraits de compte envoyés par la société SOCIETE4.) à la société SOCIETE1.) et les comptes annuels de la société SOCIETE2.) (troisième branche), sans rechercher si ces documents n'avaient pas été établis par la société SOCIETE1.) en sa qualité d'agent administratif de la société SOCIETE2.) (« memorandum », « *circular resolution of the board of directors* », comptes annuels), respectivement s'ils ne lui avaient pas été adressés en cette qualité (extraits de compte),

et chargée à ce titre d'un certain nombre de tâches administratives, mission qu'elle situe dans le cadre du contrat de mandat.

En retenant, à la suite des motifs reproduits en réponse à la première branche du moyen tenant à la qualification des relations contractuelles entre la société SOCIETE2.) et la société SOCIETE1.),

« La Cour doit maintenant s'attacher à vérifier s'il existe des liens contractuels entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.) et si ces liens sont exclusifs ou s'il existe également des liens contractuels directs entre SOCIETE2.) et SOCIETE4.).

Il découle des pièces à la disposition de la Cour que SOCIETE5.) a signé différents documents à et avec SOCIETE4.), qui démontrent que SOCIETE5.), actuellement SOCIETE1.), est cliente de SOCIETE4.) : il en est ainsi d'un << trading authorization limited to purchases and sales of securities >> du 30 novembre 1994 et de deux << customer agreement >> des 6 décembre 1994 et 25 avril 1997. Ces documents indiquent être régis par les lois du Luxembourg et donnent compétence judiciaire aux juridictions du Luxembourg.

Un pas de plus est franchi par la signature d'un << sub-custody agreement >> entre SOCIETE5.) et SOCIETE4.) en date du 7 août 2002, par lequel la banque (actuellement SOCIETE1.)) est autorisée à ouvrir et maintenir des comptes de dépôt (la Cour a souligné ce passage) auprès du << sub-custody >> (SOCIETE4.)) qui seront pour le bénéfice exclusif des clients de SOCIETE1.), comme repris en annexe << A >> dudit accord, et qui seront intitulés << SOCIETE5.) special custody account for Customer (name of Customer to appear) >> (article 4). Cette volonté se trouve déjà inscrite au préambule dudit accord au point (A) : << The Bank wishes to establish custody accounts with the sub-custodian to hold, maintain and/or administer certain property which the Bank holds as custodian for certain customers, that are listed in Annex "A" to this agreement, which accounts may each be designated as being held for a particular customer >>. Cet accord est régi par les lois du Luxembourg et SOCIETE4.) se soumet à la compétence non exclusive des juridictions luxembourgeoises.

Il en ressort qu'il existe une relation de sous-dépositaire entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.), depuis cet accord du 7 août 2002. La Cour doit néanmoins s'assurer que cette relation s'applique à SOCIETE2.).

La Cour note que par << Memorandum >> de SOCIETE5.) du 30 mars 2004, qui a pour sujet << SOCIETE2.) (Cayman) >>, dont la constitution aurait été prévue pour le 24 mars 2004, sous forme de société des Iles Cayman (SPC), que SOCIETE5.) serait la banque dépositaire et que ce nouveau fonds serait une copie de << ENSEIGNE1.) >>, dans le sens qu'il y aura des investissements à faire avec SOCIETE4.). Ce << Memorandum >> spécifie en son point << 7 >> que SOCIETE4.) sera le sous-dépositaire de SOCIETE1.) pour SOCIETE2.) et qu'un compte sera ouvert auprès de SOCIETE4.) pour SOCIETE2.), par application du << sub-custody agreement >> déjà existant, qui serait à modifier pour y inclure SOCIETE2.).

Conformément aux prévisions de ce << Memorandum >> de SOCIETE1.), (i) SOCIETE2.) a été constituée le 24 mars 2004, tel que cela ressort du << Memorandum

of association >> et du << Certificate of incorporation >> du << Registrar of Companies, Cayman Islands >> (pièces 145 et 146 de SOCIETE2.)), (ii) un compte au nom de SOCIETE2.) a été ouvert par SOCIETE5.) (SOCIETE1.) dès le 25 mars 2004, sous la dénomination << SOCIETE5.), special custody account for SOCIETE2.), ADRESSE3.) >> (soit l'adresse de SOCIETE5.)) et sous le numéro << NUMERO3.) >>, (iii) le nom de SOCIETE2.) a été ajouté à l'annexe << A >> du nouveau << sub-custody agreement >> entre SOCIETE5.) et SOCIETE4.) daté du 8 septembre 2004, qui reprend les termes du premier << sub-custody agreement >> de 2002.

La Cour pointe que ce compte est utilisé dès le 21 avril 2004, avec la désignation ci-dessus reprise, comme cela se déduit des extraits de compte SOCIETE4.), sauf qu'à partir de novembre 2004, le nom de SOCIETE5.) est remplacé par celui de SOCIETE1.) : tout le reste desdits extraits de compte de SOCIETE4.) en rapport avec ce compte << 1-NUMERO4.) >> reste toutefois inchangé, à savoir la référence au << special custody account for SOCIETE2.) >> et l'adresse de SOCIETE1.) à Luxembourg.

Il n'a certes pas échappé à la Cour que ce n'est que le 29 mars 2004 que SOCIETE1.) et SOCIETE2.) signent ensemble le << custodiam agreement >>, désignant SOCIETE1.) comme banque dépositaire de SOCIETE2.). Il n'en demeure pas moins que SOCIETE1.) a agi, avant cette date, en conformité du susdit << Memorandum >>, selon la volonté commune des parties, clairement exprimée à l'époque et n'ayant jamais fait l'objet d'une once de contestation en 2004, mais plutôt de confirmation. Ceci s'explique logiquement, de surcroît, par le fait que SOCIETE2.) n'était pas opérationnel avant le 26 mars 2004, date à laquelle ses trois administrateurs ont été nommés, en les personnes de PERSONNE3.), PERSONNE4.) et PERSONNE5.).

Le même jour que le << custodian agreement >>, à savoir le 29 mars 2004, SOCIETE5.) et SOCIETE2.) ont signé un << Administration agreement >>, par lequel SOCIETE1.), qui l'accepte, a été désigné << administrator >> (agent d'administration centrale) du fonds (SOCIETE2.)), lui accordant de nombreuses fonctions et devoirs, notamment d'établir les comptes et livres financiers de SOCIETE2.), en conformité avec la loi.

Toujours en date du 29 mars 2009, les administrateurs de SOCIETE2.), nommés trois jours plus tôt, ont signé, chacun depuis un autre pays, une << circular resolution of the board of directors >> (ci-après << résolution circulaire >>), dont il n'est pas contesté que le document ait été préparé par SOCIETE1.), par lequel ils approuvent l'ouverture d'un << bank account >> avec SOCIETE4.) << in the name of SOCIETE5.), special custody account for SOCIETE2.) >>, soit exactement les termes utilisés quatre jours plus tôt par SOCIETE1.), lors de l'ouverture par elle du compte pour SOCIETE2.) auprès de SOCIETE4.). Les administrateurs n'ont fait qu'adhérer à ce qui a déjà été exécuté par SOCIETE1.).

De tout ce qui précède, il est établi que la relation de sous-dépositaire entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.) s'applique à SOCIETE2.), tel que cela a encore été confirmé, si besoin en était, par le << sub-custody agreement >> du 8 septembre 2004. »,

les juges d'appel ont légalement justifié leur décision de retenir l'existence d'un contrat de sous-dépôt entre la société SOCIETE1.) et la société SOCIETE4.) applicable à la société SOCIETE2.) en tenant également compte d'éléments extérieurs aux circonstances d'établissement du « memorandum », de la « circular resolution of the board of directors » et des comptes annuels, respectivement de l'envoi des extraits de compte.

Dès lors qu'il n'est pas allégué que les qualités de mandataire dans un contrat de mandat et de dépositaire dans un contrat de dépôt s'excluent mutuellement dans le chef de la société SOCIETE1.), l'existence d'un contrat de mandat entre la société SOCIETE1.) et la société SOCIETE2.) n'est pas de nature à altérer la conclusion des juges d'appel sur l'existence d'un contrat de sous-dépôt entre la société SOCIETE1.) et la société SOCIETE4.) s'appliquant à la société SOCIETE2.).

Il s'ensuit que le moyen, pris en ses deuxième et troisième branches, est inopérant.

Sur la quatrième branche du moyen

La demanderesse en cassation fait grief aux juges d'appel d'avoir privé leur décision de base légale au regard de l'article 1994, alinéa 1, du Code civil en retenant sa responsabilité en tant que mandataire de la société SOCIETE2.) sans avoir vérifié les conditions d'application des hypothèses qui permettent d'engager la responsabilité du mandataire.

Le moyen procède d'une lecture erronée de l'arrêt, en ce que les juges d'appel n'ont pas retenu la responsabilité de la demanderesse en cassation dans le cadre de l'exécution d'un contrat de mandat, mais qu'ils ont retenu son obligation de restitution inhérente au contrat de dépôt caractérisé par eux.

Il s'ensuit que le moyen, pris en sa quatrième branche, manque en fait.

Sur le deuxième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré de la violation des articles 1915 et 1919 du code civil ;

EN CE QUE la cour d'appel a réformé le jugement du 22 mars 2013, EN CE QU'elle a dit fondée en son principe la demande principale de SOCIETE2.) (in official liquidation), une << exempted segregated portfolio company >> constituée sous les lois des Cayman Islands à l'égard de la société anonyme SOCIETE1.) SA tendant à l'obtention en équivalent des Titres requis en restitution et EN CE QU'elle a, avant tout autre progrès en cause, révoqué l'ordonnance de clôture du 2 septembre 2022 pour permettre aux parties de verser les pièces et documents requis ainsi que de conclure quant aux points soulevés dans la motivation de l'arrêt, à savoir d'établir non seulement un état actualisé des sommes d'ores et déjà perçues par SOCIETE2.) (in official liquidation) mais encore d'établir un nouveau décompte de sa demande, qui tient compte de ce dernier état et du cours des intérêts requis ;

AUX MOTIFS QUE << Aux termes de l'article 58 du Nouveau Code de procédure civile "il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention". Conformément à l'article 1315 du Code civil, "celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation".

En effet, le demandeur doit démontrer l'existence du fait ou de l'acte juridique sur lequel il fonde sa prétention : *actori incumbit probatio*. Celui qui a fait la preuve des éléments nécessaires à la naissance du droit qu'il invoque ne doit pas, en outre, prouver que ce droit s'est maintenu sans être modifié. Le défendeur se mue en demandeur en tant qu'il invoque une exception : *reus in excipiendo fit actor*. Il lui appartient donc de faire la preuve des faits qu'il invoque à titre d'exception (R. Mougenot, *Droit des obligations, La preuve*, éd. Larcier, 1997).

En application des principes directeurs prévus par ces textes, aux fins de pouvoir prospérer dans sa demande, il appartient à SOCIETE2.) de rapporter la preuve tant du fait que SOCIETE1.) est sa banque dépositaire que de celui que SOCIETE4.) est à considérer comme le sous-dépositaire de celle-ci, respectivement à SOCIETE1.) de prouver qu'elle s'est libérée de ses obligations en ayant exécuté, comme elle le prétend, les propres instructions de SOCIETE2.) envers SOCIETE4.), qui serait, dans ce cas, à considérer comme deuxième banque dépositaire.

1) L'examen des liens entre parties

La Cour constate emblée que les parties demeurent, en instance d'appel, en profond désaccord quant à la qualification de la relation triangulaire entre SOCIETE2.), SOCIETE1.) et SOCIETE4.), étant précisé que SOCIETE4.) n'est pas partie à l'instance.

SOCIETE2.) base sa demande et son appel tant sur le "custodian agreement", que la Loi 2001 et aussi sur le Code civil.

La Cour analysera dans un premier temps les termes du "custodian agreement". En effet, aux termes de l'article 1134 du Code civil "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi".

Il ressort des pièces versées en cause que SOCIETE2.) et SOCIETE5.) (le prédécesseur de SOCIETE1.) ont signé un "custodian agreement" (contrat de dépôt ou de dépositaire) en date du 29 mars 2004. Il y est précisé dans son préambule que le conseil d'administration de SOCIETE2.) a sélectionné, pour le compte de SOCIETE2.), SOCIETE1.) en tant que dépositaire et que SOCIETE1.) accepte de fournir les services de dépositaire aux termes et conditions repris dans ledit accord.

Cet accord a été soumis (clause 28) aux lois du Luxembourg et à la compétence des juridictions luxembourgeoises. SOCIETE1.) s'y est engagé :

- à enregistrer et tenir un compte distinct dans ses livres, de l'ensemble des Titres reçus au fur et à mesure, et faire en sorte que ces Titres soient déposés dans son "coffre-fort", ou autrement détenus par lui ou à son ordre, ainsi qu'il le jugera approprié pour la garde des Titres (...) (clause 6.1): "the Custodian shall record and hold in a separate account in its books all Securities received by it from time to time and shall arrange for all Securities to be deposited in the Custodian's

vault or otherwise held by or to the order of the Custodian as it may think proper for the purpose for the safekeeping thereof”;

- à identifier les Titres détenus par lui pour le compte de SOCIETE2.) et devra requérir de chaque agent, sous-dépositaire ou délégué (visés aux termes de la clause 15.2) d’identifier les Titres ou autres investissements détenus par un tel agent, sous-dépositaire ou délégué comme étant détenu par ce dernier, en qualité de dépositaire ou fiduciaire, pour le compte de SOCIETE2.) ou de SOCIETE1.) (...) (clause 9.1). La Cour précise qu’il convient de se référer à la partie "discussion" ci-dessus, pour la version originale en langue anglaise des clauses ici majoritairement citées en langue française, par mesure de simplification ;

- à tenir ou à obtenir la tenue de livres, registres et relevés pouvant s’avérer nécessaires pour donner un état complet de l’ensemble des espèces et Titres détenus par elle (SOCIETE1.)) et des transactions par elle réalisées pour le compte de SOCIETE2.) (...) (clause 9.3) ;

- en cas de résiliation de l’accord, de délivrer ou de faire délivrer au dépositaire lui succédant, l’ensemble des Titres détenus au titre de l’accord, et toutes les espèces ou autres actifs qu’elle posséderait de SOCIETE2.) (clause 19.2).

Ce "custodian agreement" a autorisé SOCIETE1.) à désigner des agents, sous-dépositaires et délégués (désignés tous ensemble comme des "Correspondants"), tel qu’il sera nécessaire pour l’exercice de tout ou d’une partie des fonctions et prérogatives de SOCIETE1.) (y compris les pouvoirs de désignation des sous-dépositaires) (...) SOCIETE1.) demeurera responsable à l’égard de SOCIETE2.) de tous actes ou omissions d’un quelconque Correspondant, de quelque manière qu’il ait été désigné, comme si ces actes ou omissions étaient ceux de SOCIETE1.) (clause 15.2).

La clause 15.3 a, dans ce contexte, impose ce qui suit à SOCIETE1.) : dans le cadre de la sélection, de la désignation et de la supervision des Correspondants, conformément à la clause 15.2, SOCIETE1.) fera preuve de compétence et de prudence, mais ne sera uniquement responsable envers SOCIETE2.) des pertes résultant de la liquidation, de la banqueroute ou de la faillite d’un tel Correspondant, si elle a fait preuve de négligence dans leur sélection et surveillance. Toutefois, dans l’établissement de cette négligence de SOCIETE1.), il sera tenu compte du choix du Correspondant sur un marché, du manque d’expérience ou d’expertise d’un tel Correspondant ainsi que de l’insuffisance et du manque de sérieux des informations ("financières ou autres") concernant ces Correspondants.

De ce qui précède, il ressort clairement que SOCIETE1.) a été désignée en qualité de banque dépositaire par SOCIETE2.) et qu’elle a accepté cela aux conditions ci-dessus reprises. Elle a reconnu inscrire les Titres en compte chez elle aux susdites conditions.

La Cour doit maintenant s’attacher à vérifier s’il existe des liens contractuels entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.) et si ces liens sont exclusifs ou s’il existe également des liens contractuels directs entre SOCIETE2.) et SOCIETE4.).

Il découle des pièces à la disposition de la Cour que SOCIETE5.) a signé différents documents à et avec SOCIETE4.), qui démontrent que SOCIETE5.), actuellement SOCIETE1.), est cliente de SOCIETE4.) : il en est ainsi d’un "trading authorization limited to purchases and sales of securities" du 30 novembre 1994 et de deux "customer agreement" des 6 décembre 1994 et 25 avril 1997. Ces documents indiquent être régis par les lois du Luxembourg et donnent compétence judiciaire aux juridictions du Luxembourg.

Un pas de plus est franchi par la signature d'un "sub-custody agreement" entre SOCIETE5.) et SOCIETE4.) en date du 7 août 2002, par lequel la banque (actuellement SOCIETE1.) est autorisée à ouvrir et maintenir des comptes de dépôt (la Cour a souligné ce passage) auprès du "sub-custody" (SOCIETE4.) qui seront pour le bénéfice exclusif des clients de SOCIETE1.), comme repris en annexe "A" dudit accord, et qui seront intitulés "SOCIETE5.) special custody account for Customer (name of Customer to appear)" (article 4). Cette volonté se trouve déjà inscrite au préambule dudit accord au point (A) : "The Bank wishes to establish custody accounts with the sub-custodian to hold, maintain and/or administer certain property which the Bank holds as custodian for certain customers, that are listed in Annex "A" to this agreement, which accounts may each be designated as being held for a particular customer". Cet accord est régi par les lois du Luxembourg et SOCIETE4.) se soumet à la compétence non exclusive des juridictions luxembourgeoises.

Il en ressort qu'il existe une relation de sous-dépositaire entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.), depuis cet accord du 7 août 2002. La Cour doit néanmoins s'assurer que cette relation s'applique à SOCIETE2.).

La Cour note que par "Memorandum" de SOCIETE5.) du 30 mars 2004, qui a pour sujet "SOCIETE2.) (Cayman)", dont la constitution aurait été prévue pour le 24 mars 2004, sous forme de société des îles Cayman (SPC), que SOCIETE5.) serait la banque dépositaire et que ce nouveau fonds serait une copie de "ENSEIGNE1.)", dans le sens qu'il y aura des investissements à faire avec SOCIETE4.). Ce "Memorandum" spécifie en son point "7" que SOCIETE4.) sera le sous-dépositaire de SOCIETE1.) pour SOCIETE2.) et qu'un compte sera ouvert auprès de SOCIETE4.) pour SOCIETE2.), par application du "sub-custody agreement" déjà existant, qui serait à modifier pour y inclure SOCIETE2.).

Conformément aux prévisions de ce "Memorandum" de SOCIETE1.), (i) SOCIETE2.) a été constituée le 24 mars 2004, tel que cela ressort du "Memorandum of association" et du "Certificate of incorporation" du "Registrar of Companies, Cayman Islands" (pièces 145 et 146 de SOCIETE2.)), (ii) un compte au nom de SOCIETE2.) a été ouvert par SOCIETE5.) (SOCIETE1.) dès le 25 mars 2004, sous la dénomination "SOCIETE5.), special custody account for SOCIETE2.), ADRESSE3.)" (soit l'adresse de SOCIETE5.)) et sous le numéro "NUMERO5.)", (iii) le nom de SOCIETE2.) a été ajouté à l'annexe "A" du nouveau "sub-custody agreement" entre SOCIETE5.) et SOCIETE4.) daté du 8 septembre 2004, qui reprend les termes du premier "sub-custody agreement" de 2002.

La Cour pointe que ce compte est utilisé dès le 21 avril 2004, avec la désignation ci-dessus reprise, comme cela se déduit des extraits de compte SOCIETE4.), sauf qu'à partir de novembre 2004, le nom de SOCIETE5.) est remplacé par celui de SOCIETE1.) : tout le reste desdits extraits de compte de SOCIETE4.) en rapport avec ce compte "1-NUMERO4.)" reste toutefois inchangé, à savoir la référence au "special custody account for SOCIETE2.)" et l'adresse de SOCIETE1.) à Luxembourg.

Il n'a certes pas échappé à la Cour que ce n'est que le 29 mars 2004 que SOCIETE1.) et SOCIETE2.) signent ensemble le "custodian agreement", désignant SOCIETE1.) comme banque dépositaire de SOCIETE2.). Il n'en demeure pas moins que SOCIETE1.) a agi, avant cette date, en conformité du susdit "Memorandum", selon la volonté commune des parties, clairement exprimée à l'époque et n'ayant jamais fait l'objet d'une once de contestation en 2004, mais plutôt de confirmation. Ceci s'explique logiquement, de surcroît, par le fait que SOCIETE2.) n'était pas

opérationnel avant le 26 mars 2004, date à laquelle ses trois administrateurs ont été nommés, en les personnes de PERSONNE3.), PERSONNE4.) et PERSONNE5.).

Le même jour que le "custodian agreement", à savoir le 29 mars 2004, SOCIETE5.) et SOCIETE2.) ont signé un "Administration agreement", par lequel SOCIETE1.), qui l'accepte, a été désigné "administrator" (agent d'administration centrale) du fonds (SOCIETE2.)), lui accordant de nombreuses fonctions et devoirs, notamment d'établir les comptes et livres financiers de SOCIETE2.), en conformité avec la loi.

Toujours en date du 29 mars 2009, les administrateurs de SOCIETE2.), nommés trois jours plus tôt, ont signé, chacun depuis un autre pays, une "circular resolution of the board of directors" (ci-après "résolution circulaire"), dont il n'est pas contesté que le document ait été préparé par SOCIETE1.), par lequel ils approuvent l'ouverture d'un "bank account" avec SOCIETE4.) "in the name of SOCIETE5.), special custody account for SOCIETE2.)", soit exactement les termes utilisés quatre jours plus tôt par SOCIETE1.), lors de l'ouverture par elle du compte pour SOCIETE2.) auprès de SOCIETE4.). Les administrateurs n'ont fait qu'adhérer à ce qui a déjà été exécuté par SOCIETE1.).

De tout ce qui précède, il est établi que la relation de sous-dépositaire entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.) s'applique à SOCIETE2.), tel que cela a encore été confirmé, si besoin en était, par le "sub-custody agreement" du 8 septembre 2004.

SOCIETE1.) conteste que cette relation soit à prendre en considération, alors qu'elle n'aurait jamais reçu d'application (n'aurait pas été parfaite).

La Cour se doit de vérifier cette assertion.

Il ressort des pièces versées en cause que le compte ouvert par SOCIETE1.) pour SOCIETE2.) auprès de SOCIETE4.), à savoir le "special custody account 1-NUMERO4.)" était, contrairement à la théorie avancée par SOCIETE1.), actif, tel qu'il l'a déjà été dit ci-dessus : en témoignent les extraits de compte, respectivement les avis de crédit, relatifs à ce compte, toujours envoyés par SOCIETE4.) à SOCIETE1.), depuis 2004 (voir notamment les conclusions récapitulatives de SOCIETE2.) du 9 juillet 2021, pages 25 à 30, où sont scannés des avis de crédit, des avis d'opération ainsi que le premier relevé mensuel dudit compte) jusqu'en 2008 (comme il ressort de la pièce "9" de SOCIETE2.)).

Les différents comptes annuels de SOCIETE2.), tous préparés par SOCIETE1.), confirment également que cette dernière était la banque dépositaire de SOCIETE2.) et que SOCIETE4.) était son sous-dépositaire : il suffit de se référer aux premiers comptes annuels couvrant la période du 24 mars au 31 décembre 2004, qui ont été audités par SOCIETE6.), selon les lois et règlements en vigueur au Luxembourg, pour s'apercevoir que SOCIETE1.) y figure comme "custodian and administrative agent" et que SOCIETE1.) a nommé des entreprises de courtage en investissement en qualité de sous-dépositaire d'elle-même ("the custodian bank has appointed these broker/dealer investment firms as their sub-custodians to hold and maintain the assets of Segregated Portfolios"), ce qui fait explicitement référence à SOCIETE4.).

Le contenu des seconds comptes annuels de SOCIETE2.), arrêtés au 31 décembre 2005 comprend les mêmes stipulations, tout comme les comptes annuels arrêtés au 31 décembre 2006 et au 31 décembre 2007 : la Cour met en exergue que pour cette année il existe un courrier de SOCIETE1.) à SOCIETE6.), du 13 février 2007, par lequel elle prend manifestement position par rapport à des questions qui lui ont été posées auparavant par SOCIETE6.) : SOCIETE1.) y met expressément en document joint le relevé lui envoyé par SOCIETE4.), par rapport au "special custody

account for SOCIETE2.), number NUMERO2.)" pour s'y référer quant aux questions touchant les "securities, precious metals, deposit certificates,... in your custody" : elle répond ainsi explicitement "please see attached PERSONNE6.) statements". SOCIETE1.) certifie partant au réviseur SOCIETE6.) avoir en dépôt les Titres se trouvant sur un relevé valant extrait du compte "NUMERO2.)" auprès de SOCIETE4.).

Il découle de la pièce "4" de SOCIETE2.), "Other assets and liabilities report SOCIETE2.)" qu'en date du 30 novembre 2008, les actifs de SOCIETE2.) en dépôt au "SOCIETE1.) PERSONNE6.) Account", soit selon le "screenshot SOCIETE1.) du 18 décembre 2008" le toujours même "special custody account", se chiffraient à 1.897.736.818,66 US\$, constitués par les Titres repris dans ladite pièce, mais également en pages 46 à 48 des conclusions récapitulatives de SOCIETE2.) du 9 juillet 2021.

Il suit de tout ce qui précède, que les opérations d'achat et de ventes de Titres passaient bien par le compte ouvert par SOCIETE1.) auprès de SOCIETE4.) pour le compte de SOCIETE2.), à savoir le compte désormais connu sous la dénomination et le numéro "special custody account NUMERO2.)".

A toutes ces opérations et certifications, SOCIETE1.) oppose la signature par SOCIETE2.) de ce qu'elle appelle les "brokerage agreements" avec SOCIETE4.). La Cour perçoit que ces derniers sont constitués des documents suivants :

- un "customer agreement" non daté (mais dont la date du 29 mars 2004 apparaît comme date d'envoi par fax/télécopie),
- un "option agreement" daté du 29 mars 2004,
- un "trading authorization limited to purchases and sales of securities and options" non daté (mais dont la date du 29 mars 2004 apparaît comme date d'envoi par fax/télécopie),
- un "certificate of foreign status of beneficial owner for United States Tax Withholding" non daté (mais dont la date du 29 mars 2004 apparaît comme date d'envoi par fax/télécopie).

SOCIETE1.) en conclut que par la signature de ces documents, auxquels elle serait tierce, SOCIETE2.) serait devenu un client direct de SOCIETE4.).

La Cour ne peut suivre ce raisonnement, étant donné que, sur la très mauvaise copie lui versée en pièce "6" par SOCIETE1.), dudit "customer agreement", il n'est nulle part fait référence au moindre numéro de compte, a fortiori à celui portant le numéro "NUMERO2.).". Cet accord pré-imprimé n'a de plus pas été entièrement complété, notamment quant au droit applicable et aux autorisations de divulgations. Les mêmes remarques valent pour les trois autres documents, qui ne peuvent pas être mis en lien avec le "special custody account 1-Fr 109" ou tout autre compte d'ailleurs, puisqu'aucun numéro n'y figure.

Ce constat n'est ni énervé par les conclusions du professeur Gordon (qui se base uniquement sur ces documents et les lois en vigueur aux États-Unis, sans prendre en compte le contexte général du litige) ni par la production de pièces sensées clarifier l'existence d'un ou de plusieurs comptes ouverts directement par SOCIETE2.), suite à la signature de ces documents.

La Cour confirme partant, à l'instar des juges de premier degré, l'existence d'une relation de sous-dépositaire entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.), tout en précisant que cette relation s'applique bien à SOCIETE2.) pour toutes les transactions passées par le "special custody account NUMERO2.).".

Comme il est désormais établi que (i) SOCIETE2.) a désigné SOCIETE1.) comme banque dépositaire et que cette dernière a conclu un contrat de sous-dépôt

avec SOCIETE4.), duquel elle a fait bénéficiaire SOCIETE2.) et (ii) non pas que SOCIETE2.) a désigné un deuxième dépositaire, la voie est ouverte pour analyser la demande de SOCIETE2.) en restitution/délivrance des Titres.

2) Les droits et devoirs de SOCIETE1.) comme banque dépositaire

Le "custodian agreement" entre SOCIETE2.) et SOCIETE1.) ayant stipulé être soumis au droit luxembourgeois, la Cour rappelle encore une fois qu'aux termes de l'article 1134 du Code civil "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi".

Il convient partant en premier lieu de se référer à cette loi des parties.

Ce "custodian agreement", dont la plupart des clauses ci-après invoquées ont été citées plus haut en texte original en anglais, précise en sa clause 9.1 : le dépositaire (SOCIETE1.) devra identifier les Titres détenus par lui au titre des présentes comme détenus pour le compte du fonds (SOCIETE2.) et devra requérir de chaque agent, sous dépositaire ou délégué (visés aux termes de la clause 15.2) (SOCIETE4.) d'identifier les Titres ou autres investissements détenus par ledit agent, sous-dépositaire ou délégué, comme étant détenu par lui, en qualité de dépositaire ou fiduciaire, pour le compte du fonds ou du dépositaire. Toutes dépenses de quelque nature que ce soit engagées par le dépositaire, dans le cadre de ces inscriptions, seront à charge du fonds.

Cette clause est à lire ensemble avec la clause 9.3 du même "custodian agreement", qui stipule que le dépositaire devra tenir ou obtenir la tenue de livres, registres et relevés pouvant s'avérer nécessaires pour donner un état complet de l'ensemble des espèces et Titres détenus par lui et des transactions réalisées par lui pour compte du fonds.

Il en ressort qu'il était de la responsabilité de SOCIETE1.) (dépositaire) non seulement de savoir quels Titres et investissements étaient effectués pour SOCIETE2.) (le fonds), mais encore qu'il dût les identifier et les inscrire en ses livres et registres pour pouvoir donner un état complet de l'ensemble de ces espèces et Titres, devant pour cela aussi s'enquérir auprès des sous-dépositaires des Titres ou autres investissements détenus par ces derniers.

Quant à la désignation de ces sous-dépositaires, il a été vu et retenu ci-dessus qu'aux termes de la clause 15.2 du "custodian agreement", SOCIETE1.) pouvait les nommer. Cette clause précise "le dépositaire (SOCIETE1.) demeurera responsable à l'égard du fonds (SOCIETE2.) des actions ou omissions d'un quelconque Correspondant, peu importe la façon dont il a été désigné, comme si lesdites actions ou omissions étaient celles du dépositaire".

La clause suivante, à savoir la 15.3 semble limiter cette responsabilité, en stipulant "dans le cadre de la sélection, désignation et surveillance des Correspondants, conformément à la clause 15.2, le dépositaire fera preuve de compétence et de soin raisonnable, mais ne sera responsable à l'égard du fonds des pertes résultants de liquidations, banqueroutes ou faillites desdits Correspondants que s'il a été négligent lors de la sélection et surveillance de ces derniers". Cette limite n'est donnée qu'en l'absence de légèreté et négligence tant dans le choix que dans la surveillance du sous-dépositaire.

Ici encore, les parties demeurent en désaccord, SOCIETE1.) contestant toute négligence et SOCIETE2.) plaidant l'existence de nombreux doutes de SOCIETE1.) à l'égard de SOCIETE4.), qui feraient conclure à l'existence de négligence.

La Cour rappelle tout d'abord qu'il ressort des développements réalisés dans la partie II-A)1) que l'inscription en compte et la tenue en compte des Titres listés sur les relevés du "special custody account NUMERO2.)" adressés par SOCIETE4.) à SOCIETE1.) est établie par les comptes annuels de SOCIETE2.), établis par SOCIETE1.) et certifiés par SOCIETE6.). Cette existence en dépôt auprès de SOCIETE1.) desdits Titres est encore attestée par le contenu de certains échanges de mails versés en pièces "105" par SOCIETE2.).

Partant de là, il faut en conclure que SOCIETE1.) a inscrit ces Titres, qui se trouvaient en conservation sur ses comptes, tenus par elle, pour le compte de SOCIETE2.). Ces Titres remontaient vers elle depuis SOCIETE4.).

Dans le but d'être complet, la Cour qualifie les pièces sur lesquelles elle se base pour arriver à ce résultat, d'aveu extrajudiciaire, contrairement aux conclusions de SOCIETE1.).

En effet, l'aveu en tant que moyen de preuve est régi par les articles 1354 à 1356 du Code civil. Il y est dit au sujet de l'aveu extrajudiciaire (article 1354) que "L'aveu qui est opposé à une partie est ou extrajudiciaire ou judiciaire".

L'aveu peut être défini d'une façon générale comme étant la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques. Il ne peut y avoir aveu que si la personne en question a conscience des conséquences favorables à son adversaire. L'objet de l'aveu doit porter sur un fait et non sur une règle de droit car celle-ci n'a pas à être prouvée. La force probante de l'aveu varie selon qu'il est judiciaire ou extrajudiciaire. En présence d'un aveu judiciaire, qualifié de preuve parfaite, le juge doit admettre que la preuve du fait allégué est rapportée sur le seul fondement de ce mode de preuve et ce, quelle que soit son intime conviction. Il revient alors aux parties, le cas échéant, de rapporter la preuve contraire, organisée également par la loi. L'aveu extrajudiciaire, en tant que preuve imparfaite relève, à l'inverse, du système de preuve libre : sa force probante est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond (Dalloz, Répertoire de droit civil, Preuve : modes de preuve — Gwendoline Lardeux — Octobre 2019, N° 147, 221 + ss., 279 + ss.).

En l'espèce, les réponses fournies par SOCIETE1.), une banque officielle de la PLACE DE LUXEMBOURG, sur demandes spéciales de SOCIETE6.), une des "big four" des sociétés d'audit et de conseil, à cette dernière, ne peut que valoir comme déclaration par laquelle SOCIETE1.) a reconnu comme véridique, comme devant être tenu pour avéré à son égard, du fait dont question, à savoir qu'elle a en dépôt les Titres litigieux. Cet aveu est de nature à entraîner des conséquences, tant pour elle que pour son client mais aussi de produire contre elle des conséquences juridiques, ce qu'elle était sensée savoir.

Les juges peuvent se déclarer totalement convaincus par un aveu extrajudiciaire, ils peuvent à l'inverse le rejeter, y trouver un indice ou un commencement de preuve par écrit (Jurisclasseur Civil Art. 1354-1356 Fasc. 20 nos 49-50).

Il est admis que les inscriptions faites dans les livres de commerce d'un commerçant qui les a tenus constituent dans son chef un aveu extrajudiciaire. Un commerçant est lié par les inscriptions mentionnées dans sa comptabilité, à moins qu'il ne rapporte la preuve que ces mentions résultent d'une erreur de fait (Van Ryn

et Heenen, principes de droit commercial, tome III, 2ème édition Bxl, Bruylant, 1981, p.65, numéros 65 et 68 ; Cour 14 novembre 2001, numéro 25516 du rôle).

Au vu de ce qui précède, que SOCIETE1.) a continué des informations tout en sachant que ces informations allaient servir pour l'audit des comptes annuels de SOCIETE2.), il y a lieu de considérer que ces informations valent comme aveu extrajudiciaire, ce dont la Cour est convaincue. La Cour précise qu'il s'agit de plus d'informations, donc d'éléments factuels et non de règles de droit, comme SOCIETE1.) a tenté de le plaider.

SOCIETE1.) oppose, dans ce cas, la rétractation de tels aveux extrajudiciaires, en citant l'article relatif à la révocation de l'aveu judiciaire. Elle n'invoque de plus ni d'erreur de droit ou de fait à la base de cette demande ni n'en rapporte de preuve ; la rétractation, qui reste à l'appréciation souveraine des juges, n'est pas possible en l'espèce.

Une rétractation serait encore moins possible dans le cas présent, les informations continuées à SOCIETE6.) ayant été intégrées dans les comptes annuels de SOCIETE2.). La Cour ne dispose d'aucune information et encore moins de preuve de l'existence d'une procédure en rétractation, voire en annulation de ces comptes.

Il est partant établi que SOCIETE1.) a repris à son compte les inscriptions en compte "Titres" portés sur le "special custody account NUMERO2.)" ouvert auprès de SOCIETE4.), à savoir elle a admis qu'elle avait en dépôt chez elle les Titres y inscrits. La Cour précise que SOCIETE1.) est partant encore malvenue à vouloir plaider l'inexistence de ces Titres, parce qu'ils n'auraient sans doute majoritairement jamais été acquis par SOCIETE4.), au vu de ce que l'on saurait maintenant du "scandale PERSONNE6.)". En effet, cet argument est inopposable à SOCIETE2.) : par suite de l'aveu de SOCIETE1.) de détenir lesdits Titres, elle admet implicitement et nécessairement qu'elle s'est assurée que les investissements ont été utilisés à bon escient, que les espèces par elle envoyées à SOCIETE4.) ont été échangées contre des Titres.

Cela étant clarifié, il appartient à la Cour de vérifier si SOCIETE1.) s'est comportée conformément aux stipulations, notamment reprises à la clause 15.3 du "custodian agreement".

Il a été établi ci-dessus que SOCIETE1.) était en relations d'affaire avec SOCIETE4.) dès avant la création de SOCIETE2.) et que c'est bien SOCIETE1.) qui a ouvert le compte litigieux pour SOCIETE2.) auprès de SOCIETE4.).

C'est pourtant à cette époque ayant précédé la création de SOCIETE2.), soit en 2001 et 2002, année de passation du premier "sub-custody agreement" que sont émis les premiers doutes par SOCIETE1.) quant au sérieux de SOCIETE4.). Cela découle de différents mails versés en cause, envoyés entre le personnel de SOCIETE5.), respectivement de SOCIETE1.). Il ressort ainsi de la lecture d'un mail du 25 juillet 2001 adressé par un certain PERSONNE7.) de la SOCIETE5.) à un administrateur de SOCIETE5.), puis de SOCIETE1.), PERSONNE8.), qu'aucune procédure de "due diligence" n'a pu être trouvée en lien avec "PERSONNE6.)" (SOCIETE4.). Ce même PERSONNE9.) écrit le 30 septembre 2002 à PERSONNE10.), responsable SOCIETE1.) Securities Services (Ireland) qu'il est très inquiet à propos de "PERSONNE6.)" et qu'il pense qu'une confirmation indépendante, comme par SOCIETE7.), devrait être recherchée, qui pourrait être payée par les "GFS" (Global Fund Services). Il dit "It's too big for us to ignore the warning signs". Le premier octobre 2002, PERSONNE9.) répond à PERSONNE11.) des "GFS", qu'il pense "qu'il ne faudrait pas mentir à PERSONNE6.). Nous avons un problème avec lui : il est le gestionnaire (manager), le courtier (broker) et le

dépositaire (custodian) de ses comptes. Dans le monde d'aujourd'hui, ceci est une mise en garde (red flag). Nous devons remédier à cela (...) si nous ne nous mouillons pas, nous n'irons nulle part".

Quelques années plus tard, les questionnements sur "PERSONNE6.)" ne semblent toujours pas avoir été résolus, alors qu'il ressort d'un mail de PERSONNE11.) du 18 février 2005 à l'attention de PERSONNE12.), chef de division "AFS" (Alternative Fund Services), de PERSONNE13.), administrateur de SOCIETE1.) et d'autres, qu'il a suggéré à PERSONNE14.), en charge des sous-dépositaires pour SOCIETE1.), de se rendre au Luxembourg "pour revoir les antécédents, les opérations, les rapports, etc, pour avoir un bon ressenti des arrangements avant de rendre visite à PERSONNE6.)".

La même année, le 23 mai, PERSONNE15.), qui n'est autre que la Chief Risk Officer de SOCIETE1.) plc, a même rédigé un "discussion paper" ayant pour sujet "PERSONNE6.)" : "(...) SOCIETE1.) a des relations avec un certain nombre de fonds (repris en annexe "1") qui utilisent SOCIETE4.) : essentiellement des actifs sont placés chez SOCIETE4.) dans le contexte d'un contrat de sous-dépôt. Les relevés de transaction sont envoyés, par client, par SOCIETE4.) au dépositaire SOCIETE1.), pour permettre de mettre à jour nos livres et nos relevés. Ce n'est PAS une procédure en temps réel. La vraie question qui se pose est celle de savoir si nous sommes satisfaits avec l'intégrité des transactions PERSONNE6.), tel que nous soyons à l'aise avec un manque de preuve réellement indépendante dans les transactions avec les actifs des clients. De plus, au vu de notre fonction de dépositaire, sommes-nous en danger par rapport aux obligations légales que nous pouvons avoir ? (...) Toutefois, il existe un risque substantiel dans le cas où se poserait une question sur l'intégrité du processus. Le coût financier de la désignation d'un sous-dépositaire sur lequel nous ne pouvons pas exercer le niveau de vigilance voulu, peut être considérable. Il en sera de même du risque pour notre réputation. La solution, selon moi, réside dans la nécessité de recourir à un contrôle indépendant. (...) Nous devons prendre une décision commerciale sur comment poursuivre avec les comptes clients gérés par PERSONNE6.), de manière urgente, pour nous permettre de traiter la question des sommes impayées pour nos clients repris dans l'annexe jointe".

Quelques jours plus tard, PERSONNE16.), de SOCIETE1.) plc répond à PERSONNE15.), à savoir le 30 mai 2005, pour lui faire part de sa vision des choses : "nous n'avons pas le contrôle total des actifs ou une vision en temps réel du flux de transaction. Les transactions sont toutes effectuées en interne dans les entreprises de la famille (PERSONNE6.)) et il n'existe aucune preuve de la bonne exécution ou même d'une réelle exécution. L'audit est effectué par une entreprise qui ne se trouve pas sur nos listes d'auditeurs reconnus (...) Je ne peux approuver ce processus, et je comprends qu'il s'agisse de rentabilité majeure, à moins que nous puissions adopter le procédé commun au secteur bancaire aux USA (...). Si cela ne peut être fait, nous devons nous retirer". (pièces 110 à 118 de SOCIETE2.)).

Suite à tous ces échanges de mails documentés, SOCIETE7.) est enfin mandaté par la maison mère de SOCIETE1.), SOCIETE1.) plc, le 8 septembre 2005, pour établir un rapport, qui sera établi le 16 février 2006. Huit clients de la Banque y figurent en annexe "G", dont SOCIETE2.). A la section "constatations majeures", le rapport indique par rapport à ce qu'il a trouvé et à ses recommandations, que 25 fraudes et risques opérationnels ont été détectés, (...) qu'il y a une forte confiance placée par SOCIETE1.) en SOCIETE4.). Les recommandations majeures sont les suivantes : effectuer un contrôle des centres SOCIETE1.) à Luxembourg et DUBLIN

pour s'assurer que des procédures appropriées soient mises en place pour confirmer, de manière indépendante, lorsque c'est possible, l'exactitude des transactions, identifier les risques et problèmes possibles et enregistrer toute erreur, information manquante ou autre problème opérationnel.

SOCIETE7.) y préconise notamment que SOCIETE1.) devrait effectuer un contrôle périodique sur SOCIETE4.), qui devrait prévoir : (...) le contrôle de l'audit interne et des rapports de conformité (...), la confirmation indépendante, sur base périodique, des fax d'information concernant les transactions clients fournis par SOCIETE4.), dans la mesure où un fax peut être facilement dupliqué ou falsifié en vue d'une fraude, appel à SOCIETE4.) pour fournir les rapports de conformité, d'audit interne et de tout autre contrôle sur base périodique (...)"

Le 19 mars 2008, SOCIETE1.) plc commande un deuxième rapport à SOCIETE7.), sur les risques qu'entraîneraient pour elle et ses filiales la qualité de sous-dépositaire de SOCIETE4.). Ce deuxième rapport sera déposé le 8 septembre 2008. Les constatations sinon recommandations sont presque identiques à celles déjà reprises dans le rapport SOCIETE7.) 2006.

Entre les deux rapports, PERSONNE15.) envoie un mail, entre autres, à PERSONNE13.), le 19 mars 2007, dans lequel elle revient sur les problématiques avec SOCIETE4.), en sa qualité de sous-dépositaire pour des clients spécifiques. Elle indique : "la réalité montre que le contrôle de tout par PERSONNE6.) est central et que les occasions de falsification ou de détournement existent, s'il y est enclin. Le risque de fraude pour nous, comme dépositaire, est énorme. Par conséquent, il est probable que nous devons augmenter le niveau de contrôle que nous avons sur PERSONNE6.). Il ne fait aucun doute qu'il y aura une résistance de la part de PERSONNE6.), mais franchement, si tel est le cas, ça en dit long. L'histoire nous a montré que PERSONNE6.) essaie de nous opposer aux clients, mais ma proposition serait d'impliquer les clients en premier. Le revenu global pour SOCIETE1.) est important mais les risques sont bien plus grands si nous ne faisons rien (...)"

Il ressort de tous ces échanges entre des salariés à haut niveau de SOCIETE1.), sinon de sa maison mère, pour des risques concernant SOCIETE1.), à laquelle il y est d'ailleurs expressément fait référence, qu'avant même la nomination de SOCIETE4.) comme sous-dépositaire de SOCIETE2.) et durant toute la durée d'exécution du contrat de sous-dépôt, au moins jusqu'à l'arrestation de PERSONNE6.), des doutes sérieux ont été formulés au sein du groupe dont fait partie SOCIETE1.) quant à leurs relations avec SOCIETE4.). Ces doutes concernent, de façon quasi prémonitoire, les risques encourus par SOCIETE1.) comme banque dépositaire et par certains de leurs clients, dont SOCIETE2.).

Ces flottements ont amené à la commande de deux rapports auprès de SOCIETE7.), qui a confirmé l'existence réelle de risques pour SOCIETE1.) et ses clients, à cause de SOCIETE4.). SOCIETE7.) a émis des recommandations pour y pallier.

Il ne ressort d'aucune pièce versée en cause que (i) ces questionnements aient été partagé avec SOCIETE2.), (ii) des mesures aient été prises par SOCIETE1.) pour rendre effectives les recommandations de SOCIETE7.).

La Cour en déduit que SOCIETE1.) a agi en violation de l'article 15.3 du "custodian agreement", à savoir qu'elle a été négligente non seulement lors de la sélection mais encore davantage lors de la surveillance du sous-dépositaire (Correspondants), de sorte qu'elle est responsable à l'égard de SOCIETE2.), suite à la "liquidation, bankruptcy or insolvency" de SOCIETE4.). La fin de cette clause, à

savoir qu'il sera tenu compte, lors de l'établissement de la négligence du dépositaire, du choix des correspondants sur un marché, du défaut d'expérience ou d'expertise de tels Correspondants et de l'insuffisance et du caractère peu fiable des informations (financières ou autres) concernant ces Correspondants, ne relativise nullement la négligence de SOCIETE1.) : au contraire, SOCIETE4.) était une société créée depuis longtemps, dans les années 1960, avec laquelle SOCIETE1.) entretenait des liens dès avant la constitution de SOCIETE2.) le 24 mars 2004. SOCIETE4.) était donc connue sur le marché newyorkais, respectivement américain voire mondial. Un manque d'expérience ou la qualité des informations qui auraient pu être obtenues, sont des arguments vains. Il aurait suffi à SOCIETE1.) de creuser ses doutes émis dans les mails partiellement retranscrits ci-dessus, d'y réserver des suites et surtout de requérir des preuves des investissements allégués par SOCIETE4.), bref d'effectuer des contrôles réguliers par des personnes physiques ou morales extérieures à la galaxie PERSONNE6.), pour s'être comportée de façon prudente.

Tel n'ayant manifestement pas été le cas, SOCIETE1.) est, par application du contrat entre parties, à savoir aux vœux de la clause 15.3 du "custodian agreement", responsable à l'égard de SOCIETE2.) des pertes causés par SOCIETE4.).

3) La restitution

Il a été retenu ci-dessus que la demande principale de SOCIETE2.) est à dire fondée en son principe, par application des seules dispositions du "custodian agreement". Il est partant superflu d'analyser les longs développements des parties en lien avec l'application de diverses lois luxembourgeoises et/ou directives européennes.

Il est encore constant en cause (i) que le Trustee à la liquidation de SOCIETE4.) a été nommé le 15 décembre 2008, (ii) qu'il a envoyé un formulaire de "customer claim" à SOCIETE1.) avec la référence du "account number NUMERO3.)", (iii) que SOCIETE1.) a continué ce formulaire à SOCIETE2.) le 3 février 2009, avec l'information qu'il devait le compléter et le renvoyer au Trustee pour le 4 mars 2009 au plus tard, (iv) que le Trustee a relancé SOCIETE1.) par courrier du 22 mai 2009, n'ayant pas eu de retour de sa part, mais que ça devait être fait pour le 2 juillet 2009, (v) que SOCIETE1.) a expédié le 5 juin 2009 un rappel de son courrier du 3 février 2009, à SOCIETE2.), (vi) que SOCIETE2.) a finalement rempli ce formulaire, qu'il a renvoyé au Trustee en date du 22 juin 2009, avec un addendum, (vii) que le Trustee a transmis le 8 décembre 2009 une "notice of Trustee's determination of claim" à SOCIETE2.) par laquelle il a rejeté sa "claim N° 011307", au motif qu'il n'aurait pas eu de compte ouvert chez SOCIETE4.) et ne serait ainsi pas un client de SOCIETE4.), selon la loi américaine en cause pour la liquidation.

Il est établi par les pièces à la disposition de la Cour que le 19 mai 2010, le Trustee a adressé une "notice of Trustee's withdrawal of determination" à SOCIETE2.) en lien avec les plaintes N° 011307 et N° 010817, qui seraient des doublons, pour l'informer que les deux plaintes seraient à traiter ensemble et que la plainte N° 011307 aurait été refusée par erreur (pièce "14" de SOCIETE2.)).

Il découle de la pièce "179" de SOCIETE2.) qu'un accord a été signé le 12 novembre 2014 entre le Trustee d'une part et les liquidateurs de ENSEIGNE1.) et de SOCIETE2.) d'autre part. Il y est précisé que SOCIETE2.) avait un compte ouvert auprès de SOCIETE4.), au travers de son dépositaire luxembourgeois, SOCIETE1.),

désigné sous le numéro "NUMERO3.)" et que sa plainte est allouée à hauteur de 1.639.896.943.- US\$. En exécution de cet arrangement transactionnel, la somme initiale de 755.320.133.- US\$ serait à payer par le Trustee à SOCIETE2.). Il ressort des pièces 138 à 143 ainsi que des pièces 182 et 183 de SOCIETE2.) que d'autres paiements sont intervenus depuis.

Après examen de ces pièces, il est faux de prétendre, comme le fait SOCIETE1.), en prenant des raccourcis injustifiés, que cela signifie que SOCIETE2.) était client direct de SOCIETE4.), qu'il existait une relation financière directe entre SOCIETE4.) et SOCIETE2.) ou que le "brokerage agreement" en aurait été la base.

Au vu de ces éléments constants, sinon rapportés en preuve, la Cour ne saurait cependant faire droit à la demande formulée par SOCIETE2.) en délivrance des Titres : il a lui-même été d'accord à les recevoir sous forme de leur équivalent en argent. De plus, il serait impossible de déterminer quels Titres seraient actuellement à remettre après l'intervention du paiement de multiples sommes d'argent. La Cour note que SOCIETE2.) ne lui a d'ailleurs jamais remis de décompte dans ce sens, à savoir un décompte mixte entre Titres et équivalent en argent.

La Cour note que les parties sont toujours en désaccord quant à l'incidence de l'accord transactionnel avec le Trustee :

* SOCIETE1.) y voit la reconnaissance par SOCIETE4.), via le Trustee, de sa qualité de dépositaire des Titres réclamés par SOCIETE2.). En acceptant les paiements, SOCIETE2.) aurait accepté que SOCIETE4.) soit le seul dépositaire des Titres. SOCIETE2.) serait "partiellement" malvenu à réclamer la restitution de ces mêmes Titres : cette demande serait irrecevable pour défaut d'intérêt à agir, sinon non fondée.

Les recouvrements ainsi effectués viendraient nécessairement réduire, sinon satisfaire entièrement la demande de SOCIETE2.). Si SOCIETE2.) obtenait le paiement et de SOCIETE4.) et de SOCIETE1.), cela constituerait un enrichissement sans cause. De ce fait, SOCIETE1.) réitère son appel incident. En tout état de cause, les demandes de SOCIETE2.) seraient irrecevables sinon non fondées pour absence d'objet (demande en restitution) ou absence de préjudice (demande en dommages et intérêts).

* SOCIETE2.) conteste en bloc ces théories, qui feraient abstraction de la qualité de client de SOCIETE1.) à l'égard de SOCIETE4.).

La Cour constate à la lecture de l'"agreement" signé en date du 12 novembre 2014 entre notamment le Trustee et les liquidateurs officiels de SOCIETE2.), qu'il y est bien établi que SOCIETE2.) avait un compte ouvert auprès de SOCIETE4.), au travers de sa banque de dépôt basée à Luxembourg (SOCIETE1.), compte désigné sous le numéro "NUMERO3.), qui a été ouvert en ou aux alentours du mois d'avril 2004".

Ce n'est donc pas SOCIETE2.) qui était en lien direct avec SOCIETE4.). Les conclusions de SOCIETE1.) à ce sujet ne sont ainsi pas établies. Le juge Vaughn R. Walker interprète, si besoin en était, dans son troisième rapport daté du 2 juillet 2021, ce "SIPA Agreement" (Securities Investor Protection Act of 1970 as amended) selon les dispositions de droit américain relatives à la définition de "customer" : [le fait qu'un bénéficiaire effectif de Titres comme SOCIETE2.) a été autorisé de recouvrer sur base d'une plainte SIPA, ne fait pas, par définition, de ce bénéficiaire effectif un "client" aux fins de l'Exchange Act Rule 15c3-3. Ni non plus le fait que SOCIETE2.) ait obtenu une plainte SIPA dans sa transaction avec le Trustee de PERSONNE6.), en tant que bénéficiaire effectif du compte dont SOCIETE1.) était le

propriétaire légal, n'annule la relation contractuelle de client entre SOCIETE4.) et SOCIETE1.)] (pièce "179, point 6" de SOCIETE2.)).

La Cour en déduit que face à l'immobilisme de SOCIETE1.), SOCIETE2.) a été obligé de remplir le formulaire pourtant envoyé par le Trustee à SOCIETE1.), en lieu et place de cette dernière : ce faisant, SOCIETE2.) a essuyé un premier échec, avant que le Trustee ne revienne sur sa position de refus : le Trustee n'a néanmoins pas purement et simplement accepté ladite "customer claim" par la suite : il a fallu passer par un "settlement agreement", soit une transaction, pour permettre à SOCIETE2.) de percevoir des sommes de la part du Trustee, sommes que ce dernier a pu récupérer dans le cadre de sa mission. De plus, cette transaction a été approuvée par la "Grand Court of the Cayman Islands" et par la "United States Bankruptcy Court, Southern District of NEW YORK". Il s'ensuit que rien ne permet de conclure à un changement des relations contractuelles établies avant la liquidation de SOCIETE4.) : SOCIETE1.) a ouvert le compte "NUMERO3.)" auprès de SOCIETE4.) en sa qualité de dépositaire de SOCIETE2.) : ce faisant, SOCIETE4.) est devenu le sous-dépositaire de SOCIETE2.). C'est donc bien SOCIETE4.) qui inscrivait les Titres, soit des biens fongibles, en ses comptes, en sa qualité de dépositaire de SOCIETE1.) et de sous-dépositaire de SOCIETE2.), avant de les faire remonter vers SOCIETE1.), tel que confirmé par celle-ci. SOCIETE1.) ne peut ainsi pas alléguer qu'aucun Titre ne lui a été remis et qu'elle n'en aurait pas remis à SOCIETE4.) : le contraire est vrai.

Comme il a été décidé ci-dessus que SOCIETE1.) a reconnu avoir en ses comptes les Titres repris sur les relevés envoyés par SOCIETE4.) et que SOCIETE1.) s'est montrée négligente, il lui appartient toujours de payer les pertes causées par SOCIETE4.). La signature avec le Trustee du susdit accord transactionnel n'y change rien.

SOCIETE1.) est effectivement un dépositaire au sens de l'article 1915 du Code civil.

Cet article dispose : "le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature". S'agissant, comme en l'espèce, en présence de biens dématérialisés, non plus de biens mobiliers déposés, mais de biens fongibles, le conservateur doit être en mesure de répondre à une demande de son client de transférer, par virement de compte à compte, les titres inscrits à son compte (Droit des marchés financiers, Hubert De Vauplane et Jean-Pierre Borner, éditions Litec, 1998, numéro 982).

Par application du contrat entre parties (custodian agreement) et du Code civil luxembourgeois, il appartient à SOCIETE1.) de rendre, par équivalent, les Titres requis par SOCIETE2.). Comme ce dernier a d'ores et déjà reçu, par des transferts de la part du Trustee, une partie des sommes par lui réclamées, il ne peut plus que réclamer le surplus à SOCIETE1.), à savoir la partie non encore remboursée par le Trustee. Il ne peut en effet pas recevoir deux fois le prix des Titres réclamés.

La Cour rappelle que de nombreux mois se sont écoulés entre les dernières conclusions récapitulatives de SOCIETE2.) et le prononcé du présent arrêt : il convient de demander à SOCIETE2.) d'établir non seulement un état actualisé des sommes actuellement déjà perçues par lui mais encore d'établir un nouveau décompte de sa demande, qui tient compte de ce dernier état et du cours des intérêts requis. La Cour ne s'oppose pas à ce que SOCIETE2.) lui verse deux versions dudit décompte : l'une qui part du principe que seul le solde non encore reçu reste dû par SOCIETE1.) ; l'autre qui se base sur le scénario proposé par SOCIETE2.), de

continuer toutes les sommes à lui payées par le Trustee à SOCIETE1.), qui elle devra la totalité de la somme requise à SOCIETE2.), sans aucune déduction, mais à augmenter des intérêts. La Cour l'invite à ce faire et procède, par application de l'article 225 du Nouveau Code de procédure civile, à la révocation de l'ordonnance de clôture.

En attendant, il convient de réserver les droits des parties quant à ce volet à cette ultime précision de décomptes ainsi que les frais. Il en ressort néanmoins qu'il est superflû de s'attarder aux questions soulevées par SOCIETE1.), à propos de l'enrichissement sans cause ou de l'absence d'objet de la demande de SOCIETE2.).

La demande principale de SOCIETE2.) ayant abouti en son principe, il n'y a partant pas lieu d'analyser la demande formulée à titre subsidiaire par rapport à la restitution des fonds continués à SOCIETE4.), et de tous les développements des parties en lien avec cette demande subsidiaire >> (arrêt attaqué, p. 34 à 49) ;

ALORS QUE le sous-dépôt suppose que le dépositaire remette la chose confiée en dépôt à un tiers chargé de se substituer à lui ; qu'en retenant que SOCIETE4.) avait été désignée par SOCIETE1.) comme sous-dépositaire des titres de SOCIETE2.), cependant qu'elle constatait elle-même que les titres inscrits par SOCIETE4.) << remontaient >>> depuis cette dernière vers SOCIETE1.) (arrêt attaqué, p. 41, al. 6), ce dont il résultait que SOCIETE4.), qui ne s'était pas vu confier des titres préalablement remis en dépôt à SOCIETE1.), ne pouvait être considérée comme son sous-dépositaire, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a ainsi violé les articles 1915 et 1919 du code civil. ».

Réponse de la Cour

La demanderesse en cassation fait grief aux juges d'appel d'avoir considéré la société SOCIETE4.) comme étant son sous-dépositaire de titres appartenant à la société SOCIETE2.), alors même qu'elle n'avait pas confié à la société SOCIETE4.) des titres qui lui auraient été préalablement remis en dépôt par la société SOCIETE2.).

Suivant les constatations de l'arrêt attaqué, la société SOCIETE2.) transmettait des fonds à la société SOCIETE1.), la société SOCIETE1.) transmettait ces fonds, du moins en partie, à la société SOCIETE4.) aux fins d'opérations d'achat sur titres, la société SOCIETE4.) inscrivait des titres sur un compte ouvert par la société SOCIETE1.) auprès d'elle libellé au nom de la société SOCIETE2.) et la société SOCIETE1.) inscrivait les mêmes titres sur un compte qu'elle tenait au nom de la société SOCIETE2.).

L'existence d'un contrat de sous-dépôt n'influe pas sur les obligations du dépositaire par rapport aux titres inscrits en compte auprès de lui au profit du déposant.

En l'état de leurs constatations, les juges d'appel ont pu retenir que la société SOCIETE2.) avait en dépôt auprès de la société SOCIETE1.) les titres que la société SOCIETE4.) disait avoir acquis pour compte de la société SOCIETE2.) et que la société SOCIETE4.) avait inscrits sur le compte ouvert par la société SOCIETE1.) auprès d'elle libellé au nom de la société SOCIETE2.).

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

Sur le troisième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré principalement, en sa première branche, de la violation des articles 1915 et 1919 du code civil ; sinon subsidiairement, en ses deuxième et troisième branches (subsidiaires par rapport à la première branche), d'un défaut de base légale au regard des articles 1915 et 1919 du code civil ;

EN CE QUE la cour d'appel a réformé le jugement du 22 mars 2013, EN CE QU'elle a dit fondée en son principe la demande principale de SOCIETE2.) (in official liquidation), une << exempted segregated portfolio company >> constituée sous les lois des Cayman Islands à l'égard de la société anonyme SOCIETE1.) SA tendant à l'obtention en équivalent des Titres requis en restitution et EN CE QU'elle a, avant tout autre progrès en cause, révoqué l'ordonnance de clôture du 2 septembre 2022 pour permettre aux parties de verser les pièces et documents requis ainsi que de conclure quant aux points soulevés dans la motivation de l'arrêt, à savoir d'établir non seulement un état actualisé des sommes d'ores et déjà perçues par SOCIETE2.) (in official liquidation) mais encore d'établir un nouveau décompte de sa demande, qui tient compte de ce dernier état et du cours des intérêts requis ;

AUX MOTIFS QUE << Aux termes de l'article 58 du Nouveau Code de procédure civile "il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention". Conformément à l'article 1315 du Code civil, "celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation".

En effet, le demandeur doit démontrer l'existence du fait ou de l'acte juridique sur lequel il fonde sa prétention : actori incumbit probatio. Celui qui a fait la preuve des éléments nécessaires à la naissance du droit qu'il invoque ne doit pas, en outre, prouver que ce droit s'est maintenu sans être modifié. Le défendeur se mue en demandeur en tant qu'il invoque une exception : reus in excipiendo fit actor. Il lui appartient donc de faire la preuve des faits qu'il invoque à titre d'exception (R. Mougenot, Droit des obligations, La preuve, éd. Larcier, 1997).

En application des principes directeurs prévus par ces textes, aux fins de pouvoir prospérer dans sa demande, il appartient à SOCIETE2.) de rapporter la preuve tant du fait que SOCIETE1.) est sa banque dépositaire que de celui que SOCIETE4.) est à considérer comme le sous-dépositaire de celle-ci, respectivement à SOCIETE1.) de prouver qu'elle s'est libérée de ses obligations en ayant exécuté, comme elle le prétend, les propres instructions de SOCIETE2.) envers SOCIETE4.), qui serait, dans ce cas, à considérer comme deuxième banque dépositaire.

1) L'examen des liens entre parties

La Cour constate emblée que les parties demeurent, en instance d'appel, en profond désaccord quant à la qualification de la relation triangulaire entre

SOCIETE2.), SOCIETE1.) et SOCIETE4.), étant précisé que SOCIETE4.) n'est pas partie à l'instance.

SOCIETE2.) base sa demande et son appel tant sur le "custodian agreement", que la Loi 2001 et aussi sur le Code civil.

La Cour analysera dans un premier temps les termes du "custodian agreement". En effet, aux termes de l'article 1134 du Code civil "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi".

Il ressort des pièces versées en cause que SOCIETE2.) et SOCIETE5.) (le prédécesseur de SOCIETE1.)) ont signé un "custodian agreement" (contrat de dépôt ou de dépositaire) en date du 29 mars 2004. Il y est précisé dans son préambule que le conseil d'administration de SOCIETE2.) a sélectionné, pour le compte de SOCIETE2.), SOCIETE1.) en tant que dépositaire et que SOCIETE1.) accepte de fournir les services de dépositaire aux termes et conditions repris dans ledit accord.

Cet accord a été soumis (clause 28) aux lois du Luxembourg et à la compétence des juridictions luxembourgeoises. SOCIETE1.) s'y est engagé :

- à enregistrer et tenir un compte distinct dans ses livres, de l'ensemble des Titres reçus au fur et à mesure, et faire en sorte que ces Titres soient déposés dans son "coffre-fort", ou autrement détenus par lui ou à son ordre, ainsi qu'il le jugera approprié pour la garde des Titres (...) (clause 6.1): "the Custodian shall record and hold in a separate account in its books all Securities received by it from time to time and shall arrange for all Securities to be deposited in the Custodian's vault or otherwise held by or to the order of the Custodian as it may think proper for the purpose for the safekeeping thereof";

- à identifier les Titres détenus par lui pour le compte de SOCIETE2.) et devra requérir de chaque agent, sous-dépositaire ou délégué (visés aux termes de la clause 15.2) d'identifier les Titres ou autres investissements détenus par un tel agent, sous-dépositaire ou délégué comme étant détenu par ce dernier, en qualité de dépositaire ou fiduciaire, pour le compte de SOCIETE2.) ou de SOCIETE1.) (...) (clause 9.1). La Cour précise qu'il convient de se référer à la partie "discussion" ci-dessus, pour la version originale en langue anglaise des clauses ici majoritairement citées en langue française, par mesure de simplification ;

- à tenir ou à obtenir la tenue de livres, registres et relevés pouvant s'avérer nécessaires pour donner un état complet de l'ensemble des espèces et Titres détenus par elle (SOCIETE1.)) et des transactions par elle réalisées pour le compte de SOCIETE2.) (...) (clause 9.3) ;

- en cas de résiliation de l'accord, de délivrer ou de faire délivrer au dépositaire lui succédant, l'ensemble des Titres détenus au titre de l'accord, et toutes les espèces ou autres actifs qu'elle posséderait de SOCIETE2.) (clause 19.2).

Ce "custodian agreement" a autorisé SOCIETE1.) à désigner des agents, sous-dépositaires et délégués (désignés tous ensemble comme des "Correspondants"), tel qu'il sera nécessaire pour l'exercice de tout ou d'une partie des fonctions et prérogatives de SOCIETE1.) (y compris les pouvoirs de désignation des sous-dépositaires) (...) SOCIETE1.) demeurera responsable à l'égard de SOCIETE2.) de tous actes ou omissions d'un quelconque Correspondant, de quelque manière qu'il ait été désigné, comme si ces actes ou omissions étaient ceux de SOCIETE1.) (clause 15.2).

La clause 15.3 a, dans ce contexte, impose ce qui suit à SOCIETE1.) : dans le cadre de la sélection, de la désignation et de la supervision des Correspondants,

conformément à la clause 15.2, SOCIETE1.) fera preuve de compétence et de prudence, mais ne sera uniquement responsable envers SOCIETE2.) des pertes résultant de la liquidation, de la banqueroute ou de la faillite d'un tel Correspondant, si elle a fait preuve de négligence dans leur sélection et surveillance. Toutefois, dans l'établissement de cette négligence de SOCIETE1.), il sera tenu compte du choix du Correspondant sur un marché, du manque d'expérience ou d'expertise d'un tel Correspondant ainsi que de l'insuffisance et du manque de sérieux des informations ("financières ou autres") concernant ces Correspondants.

De ce qui précède, il ressort clairement que SOCIETE1.) a été désignée en qualité de banque dépositaire par SOCIETE2.) et qu'elle a accepté cela aux conditions ci-dessus reprises. Elle a reconnu inscrire les Titres en compte chez elle aux susdites conditions.

La Cour doit maintenant s'attacher à vérifier s'il existe des liens contractuels entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.) et si ces liens sont exclusifs ou s'il existe également des liens contractuels directs entre SOCIETE2.) et SOCIETE4.).

Il découle des pièces à la disposition de la Cour que SOCIETE5.) a signé différents documents à et avec SOCIETE4.), qui démontrent que SOCIETE5.), actuellement SOCIETE1.), est cliente de SOCIETE4.): il en est ainsi d'un "trading authorization limited to purchases and sales of securities" du 30 novembre 1994 et de deux "customer agreement" des 6 décembre 1994 et 25 avril 1997. Ces documents indiquent être régis par les lois du Luxembourg et donnent compétence judiciaire aux juridictions du Luxembourg.

Un pas de plus est franchi par la signature d'un "sub-custody agreement" entre SOCIETE5.) et SOCIETE4.) en date du 7 août 2002, par lequel la banque (actuellement SOCIETE1.) est autorisée à ouvrir et maintenir des comptes de dépôt (la Cour a souligné ce passage) auprès du "sub-custody" (SOCIETE4.)) qui seront pour le bénéfice exclusif des clients de SOCIETE1.), comme repris en annexe "A" dudit accord, et qui seront intitulés "SOCIETE5.) special custody account for Customer (name of Customer to appear)" (article 4). Cette volonté se trouve déjà inscrite au préambule dudit accord au point (A): "The Bank wishes to establish custody accounts with the sub-custodian to hold, maintain and/or administer certain property which the Bank holds as custodian for certain customers, that are listed in Annex "A" to this agreement, which accounts may each be designated as being held for a particular customer". Cet accord est régi par les lois du Luxembourg et SOCIETE4.) se soumet à la compétence non exclusive des juridictions luxembourgeoises.

Il en ressort qu'il existe une relation de sous-dépositaire entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.), depuis cet accord du 7 août 2002. La Cour doit néanmoins s'assurer que cette relation s'applique à SOCIETE2.).

La Cour note que par "Memorandum" de SOCIETE5.) du 30 mars 2004, qui a pour sujet "SOCIETE2.) (Cayman)", dont la constitution aurait été prévue pour le 24 mars 2004, sous forme de société des îles Cayman (SPC), que SOCIETE5.) serait la banque dépositaire et que ce nouveau fonds serait une copie de "ENSEIGNE1.)", dans le sens qu'il y aura des investissements à faire avec SOCIETE4.). Ce "Memorandum" spécifie en son point "7" que SOCIETE4.) sera le sous-dépositaire de SOCIETE1.) pour SOCIETE2.) et qu'un compte sera ouvert auprès de SOCIETE4.) pour SOCIETE2.), par application du "sub-custody agreement" déjà existant, qui serait à modifier pour y inclure SOCIETE2.).

Conformément aux prévisions de ce "Memorandum" de SOCIETE1.), (i) SOCIETE2.) a été constituée le 24 mars 2004, tel que cela ressort du "Memorandum

of association" et du "Certificate of incorporation" du "Registrar of Companies, Cayman Islands" (pièces 145 et 146 de SOCIETE2.)), (ii) un compte au nom de SOCIETE2.) a été ouvert par SOCIETE5.) (SOCIETE1.) dès le 25 mars 2004, sous la dénomination "SOCIETE5.), special custody account for SOCIETE2.), ADRESSE3.)" (soit l'adresse de SOCIETE5.) et sous le numéro "NUMERO5.)", (iii) le nom de SOCIETE2.) a été ajouté à l'annexe "A" du nouveau "sub-custody agreement" entre SOCIETE5.) et SOCIETE4.) daté du 8 septembre 2004, qui reprend les termes du premier "sub-custody agreement" de 2002.

La Cour pointe que ce compte est utilisé dès le 21 avril 2004, avec la désignation ci-dessus reprise, comme cela se déduit des extraits de compte SOCIETE4.), sauf qu'à partir de novembre 2004, le nom de SOCIETE5.) est remplacé par celui de SOCIETE1.): tout le reste desdits extraits de compte de SOCIETE4.) en rapport avec ce compte "1-NUMERO4.)" reste toutefois inchangé, à savoir la référence au "special custody account for SOCIETE2.)" et l'adresse de SOCIETE1.) à Luxembourg.

Il n'a certes pas échappé à la Cour que ce n'est que le 29 mars 2004 que SOCIETE1.) et SOCIETE2.) signent ensemble le "custodian agreement", désignant SOCIETE1.) comme banque dépositaire de SOCIETE2.). Il n'en demeure pas moins que SOCIETE1.) a agi, avant cette date, en conformité du susdit "Memorandum", selon la volonté commune des parties, clairement exprimée à l'époque et n'ayant jamais fait l'objet d'une once de contestation en 2004, mais plutôt de confirmation. Ceci s'explique logiquement, de surcroît, par le fait que SOCIETE2.) n'était pas opérationnel avant le 26 mars 2004, date à laquelle ses trois administrateurs ont été nommés, en les personnes de PERSONNE3.), PERSONNE4.) et PERSONNE5.).

Le même jour que le "custodian agreement", à savoir le 29 mars 2004, SOCIETE5.) et SOCIETE2.) ont signé un "Administration agreement", par lequel SOCIETE1.), qui l'accepte, a été désigné "administrator" (agent d'administration centrale) du fonds (SOCIETE2.), lui accordant de nombreuses fonctions et devoirs, notamment d'établir les comptes et livres financiers de SOCIETE2.), en conformité avec la loi.

Toujours en date du 29 mars 2009, les administrateurs de SOCIETE2.), nommés trois jours plus tôt, ont signé, chacun depuis un autre pays, une "circular resolution of the board of directors" (ci-après "résolution circulaire"), dont il n'est pas contesté que le document ait été préparé par SOCIETE1.), par lequel ils approuvent l'ouverture d'un "bank account" avec SOCIETE4.) "in the name of SOCIETE5.), special custody account for SOCIETE2.)", soit exactement les termes utilisés quatre jours plus tôt par SOCIETE1.), lors de l'ouverture par elle du compte pour SOCIETE2.) auprès de SOCIETE4.). Les administrateurs n'ont fait qu'adhérer à ce qui a déjà été exécuté par SOCIETE1.).

De tout ce qui précède, il est établi que la relation de sous-dépositaire entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.) s'applique à SOCIETE2.), tel que cela a encore été confirmé, si besoin en était, par le "sub-custody agreement" du 8 septembre 2004.

SOCIETE1.) conteste que cette relation soit à prendre en considération, alors qu'elle n'aurait jamais reçu d'application (n'aurait pas été parfaite).

La Cour se doit de vérifier cette assertion.

Il ressort des pièces versées en cause que le compte ouvert par SOCIETE1.) pour SOCIETE2.) auprès de SOCIETE4.), à savoir le "special custody account 1-NUMERO4.)" était, contrairement à la théorie avancée par SOCIETE1.), actif, tel qu'il l'a déjà été dit ci-dessus : en témoignent les extraits de compte, respectivement les avis de crédit, relatifs à ce compte, toujours envoyés par SOCIETE4.) à

SOCIETE1.), depuis 2004 (voir notamment les conclusions récapitulatives de SOCIETE2.) du 9 juillet 2021, pages 25 à 30, où sont scannés des avis de crédit, des avis d'opération ainsi que le premier relevé mensuel dudit compte) jusqu'en 2008 (comme il ressort de la pièce "9" de SOCIETE2.)).

Les différents comptes annuels de SOCIETE2.), tous préparés par SOCIETE1.), confirment également que cette dernière était la banque dépositaire de SOCIETE2.) et que SOCIETE4.) était son sous-dépositaire : il suffit de se référer aux premiers comptes annuels couvrant la période du 24 mars au 31 décembre 2004, qui ont été audités par SOCIETE6.), selon les lois et règlements en vigueur au Luxembourg, pour s'apercevoir que SOCIETE1.) y figure comme "custodian and administrative agent" et que SOCIETE1.) a nommé des entreprises de courtage en investissement en qualité de sous-dépositaire d'elle-même ("the custodian bank has appointed these broker/dealer investment firms as their sub-custodians to hold and maintain the assets of Segregated Portfolios"), ce qui fait explicitement référence à SOCIETE4.).

Le contenu des seconds comptes annuels de SOCIETE2.), arrêtés au 31 décembre 2005 comprend les mêmes stipulations, tout comme les comptes annuels arrêtés au 31 décembre 2006 et au 31 décembre 2007 : la Cour met en exergue que pour cette année il existe un courrier de SOCIETE1.) à SOCIETE6.), du 13 février 2007, par lequel elle prend manifestement position par rapport à des questions qui lui ont été posées auparavant par SOCIETE6.) : SOCIETE1.) y met expressément en document joint le relevé lui envoyé par SOCIETE4.), par rapport au "special custody account for SOCIETE2.), number NUMERO2.)" pour s'y référer quant aux questions touchant les "securities, precious metals, deposit certificates,... in your custody" : elle répond ainsi explicitement "please see attached PERSONNE6.) statements". SOCIETE1.) certifie partant au réviseur SOCIETE6.) avoir en dépôt les Titres se trouvant sur un relevé valant extrait du compte "NUMERO2.)" auprès de SOCIETE4.).

Il découle de la pièce "4" de SOCIETE2.), "Other assets and liabilities report SOCIETE2.)" qu'en date du 30 novembre 2008, les actifs de SOCIETE2.) en dépôt au "SOCIETE1.) PERSONNE6.) Account", soit selon le "screenshot SOCIETE1.) du 18 décembre 2008" le toujours même "special custody account", se chiffraient à 1.897.736.818,66 US\$, constitués par les Titres repris dans ladite pièce, mais également en pages 46 à 48 des conclusions récapitulatives de SOCIETE2.) du 9 juillet 2021.

Il suit de tout ce qui précède, que les opérations d'achat et de ventes de Titres passaient bien par le compte ouvert par SOCIETE1.) auprès de SOCIETE4.) pour le compte de SOCIETE2.), à savoir le compte désormais connu sous la dénomination et le numéro "special custody account NUMERO2.)".

A toutes ces opérations et certifications, SOCIETE1.) oppose la signature par SOCIETE2.) de ce qu'elle appelle les "brokerage agreements" avec SOCIETE4.). La Cour perçoit que ces derniers sont constitués des documents suivants :

- un "customer agreement" non daté (mais dont la date du 29 mars 2004 apparaît comme date d'envoi par fax/télécopie),
- un "option agreement" daté du 29 mars 2004,
- un "trading authorization limited to purchases and sales of securities and options" non daté (mais dont la date du 29 mars 2004 apparaît comme date d'envoi par fax/télécopie),

- un "certificate of foreign status of beneficial owner for United States Tax Withholding" non daté (mais dont la date du 29 mars 2004 apparaît comme date d'envoi par fax/télécopie).

SOCIETE1.) en conclut que par la signature de ces documents, auxquels elle serait tierce, SOCIETE2.) serait devenu un client direct de SOCIETE4.).

La Cour ne peut suivre ce raisonnement, étant donné que, sur la très mauvaise copie lui versée en pièce "6" par SOCIETE1.), dudit "customer agreement", il n'est nulle part fait référence au moindre numéro de compte, a fortiori à celui portant le numéro "NUMERO2.).". Cet accord pré-imprimé n'a de plus pas été entièrement complété, notamment quant au droit applicable et aux autorisations de divulgations. Les mêmes remarques valent pour les trois autres documents, qui ne peuvent pas être mis en lien avec le "special custody account 1-Fr 109" ou tout autre compte d'ailleurs, puisqu'aucun numéro n'y figure.

Ce constat n'est ni éternel par les conclusions du professeur Gordon (qui se base uniquement sur ces documents et les lois en vigueur aux États-Unis, sans prendre en compte le contexte général du litige) ni par la production de pièces sensées clarifier l'existence d'un ou de plusieurs comptes ouverts directement par SOCIETE2.), suite à la signature de ces documents.

La Cour confirme partant, à l'instar des juges de premier degré, l'existence d'une relation de sous-dépositaire entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.), tout en précisant que cette relation s'applique bien à SOCIETE2.) pour toutes les transactions passées par le "special custody account NUMERO2.).".

Comme il est désormais établi que (i) SOCIETE2.) a désigné SOCIETE1.) comme banque dépositaire et que cette dernière a conclu un contrat de sous-dépôt avec SOCIETE4.), duquel elle a fait bénéficiaire SOCIETE2.) et (ii) non pas que SOCIETE2.) a désigné un deuxième dépositaire, la voie est ouverte pour analyser la demande de SOCIETE2.) en restitution/délivrance des Titres.

2) Les droits et devoirs de SOCIETE1.) comme banque dépositaire

Le "custodian agreement" entre SOCIETE2.) et SOCIETE1.) ayant stipulé être soumis au droit luxembourgeois, la Cour rappelle encore une fois qu'aux termes de l'article 1134 du Code civil "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi".

Il convient partant en premier lieu de se référer à cette loi des parties.

Ce "custodian agreement", dont la plupart des clauses ci-après invoquées ont été citées plus haut en texte original en anglais, précise en sa clause 9.1 : le dépositaire (SOCIETE1.)) devra identifier les Titres détenus par lui au titre des présentes comme détenus pour le compte du fonds (SOCIETE2.)) et devra requérir de chaque agent, sous dépositaire ou délégué (visés aux termes de la clause 15.2) (SOCIETE4.)) d'identifier les Titres ou autres investissements détenus par ledit agent, sous-dépositaire ou délégué, comme étant détenu par lui, en qualité de dépositaire ou fiduciaire, pour le compte du fonds ou du dépositaire. Toutes dépenses de quelque nature que ce soit engagées par le dépositaire, dans le cadre de ces inscriptions, seront à charge du fonds.

Cette clause est à lire ensemble avec la clause 9.3 du même "custodian agreement", qui stipule que le dépositaire devra tenir ou obtenir la tenue de livres, registres et relevés pouvant s'avérer nécessaires pour donner un état complet de

l'ensemble des espèces et Titres détenus par lui et des transactions réalisées par lui pour compte du fonds.

Il en ressort qu'il était de la responsabilité de SOCIETE1.) (dépositaire) non seulement de savoir quels Titres et investissements étaient effectués pour SOCIETE2.) (le fonds), mais encore qu'il dût les identifier et les inscrire en ses livres et registres pour pouvoir donner un état complet de l'ensemble de ces espèces et Titres, devant pour cela aussi s'enquérir auprès des sous-dépositaires des Titres ou autres investissements détenus par ces derniers.

Quant à la désignation de ces sous-dépositaires, il a été vu et retenu ci-dessus qu'aux termes de la clause 15.2 du "custodian agreement", SOCIETE1.) pouvait les nommer. Cette clause précise "le dépositaire (SOCIETE1.)) demeurera responsable à l'égard du fonds (SOCIETE2.)) des actions ou omissions d'un quelconque Correspondant, peu importe la façon dont il a été désigné, comme si lesdites actions ou omissions étaient celles du dépositaire".

La clause suivante, à savoir la 15.3 semble limiter cette responsabilité, en stipulant "dans le cadre de la sélection, désignation et surveillance des Correspondants, conformément à la clause 15.2, le dépositaire fera preuve de compétence et de soin raisonnable, mais ne sera responsable à l'égard du fonds des pertes résultants de liquidations, banqueroutes ou faillites desdits Correspondants que s'il a été négligent lors de la sélection et surveillance de ces derniers". Cette limite n'est donnée qu'en l'absence de légèreté et négligence tant dans le choix que dans la surveillance du sous-dépositaire.

Ici encore, les parties demeurent en désaccord, SOCIETE1.) contestant toute négligence et SOCIETE2.) plaidant l'existence de nombreux doutes de SOCIETE1.) à l'égard de SOCIETE4.), qui feraient conclure à l'existence de négligence.

La Cour rappelle tout d'abord qu'il ressort des développements réalisés dans la partie II-A)1) que l'inscription en compte et la tenue en compte des Titres listés sur les relevés du "special custody account NUMERO2.)" adressés par SOCIETE4.) à SOCIETE1.) est établie par les comptes annuels de SOCIETE2.), établis par SOCIETE1.) et certifiés par SOCIETE6.). Cette existence en dépôt auprès de SOCIETE1.) desdits Titres est encore attestée par le contenu de certains échanges de mails versés en pièces "105" par SOCIETE2.).

Partant de là, il faut en conclure que SOCIETE1.) a inscrit ces Titres, qui se trouvaient en conservation sur ses comptes, tenus par elle, pour le compte de SOCIETE2.). Ces Titres remontaient vers elle depuis SOCIETE4.).

Dans le but d'être complet, la Cour qualifie les pièces sur lesquelles elle se base pour arriver à ce résultat, d'aveu extrajudiciaire, contrairement aux conclusions de SOCIETE1.).

En effet, l'aveu en tant que moyen de preuve est régi par les articles 1354 à 1356 du Code civil. Il y est dit au sujet de l'aveu extrajudiciaire (article 1354) que "L'aveu qui est opposé à une partie est ou extrajudiciaire ou judiciaire".

L'aveu peut être défini d'une façon générale comme étant la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques. Il ne peut y avoir aveu que si la personne en question a conscience des conséquences favorables à son adversaire. L'objet de l'aveu doit porter sur un fait et non sur une règle de droit car celle-ci n'a pas à être prouvée. La force probante de l'aveu varie selon qu'il est judiciaire ou extrajudiciaire. En présence d'un aveu judiciaire, qualifié de preuve parfaite, le juge doit admettre que la preuve du fait allégué est rapportée sur le seul fondement de ce mode de preuve et ce, quelle que soit son intime conviction. Il revient alors aux parties, le cas échéant,

de rapporter la preuve contraire, organisée également par la loi. L'aveu extrajudiciaire, en tant que preuve imparfaite relève, à l'inverse, du système de preuve libre : sa force probante est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond (Dalloz, Répertoire de droit civil, Preuve : modes de preuve — Gwendoline Lardeux — Octobre 2019, N° 147, 221 + ss., 279 + ss.).

En l'espèce, les réponses fournies par SOCIETE1.), une banque officielle de la place de Luxembourg, sur demandes spéciales de SOCIETE6.), une des "big four" des sociétés d'audit et de conseil, à cette dernière, ne peut que valoir comme déclaration par laquelle SOCIETE1.) a reconnu comme véridique, comme devant être tenu pour avéré à son égard, du fait dont question, à savoir qu'elle a en dépôt les Titres litigieux. Cet aveu est de nature à entraîner des conséquences, tant pour elle que pour son client mais aussi de produire contre elle des conséquences juridiques, ce qu'elle était sensée savoir.

Les juges peuvent se déclarer totalement convaincus par un aveu extrajudiciaire, ils peuvent à l'inverse le rejeter, y trouver un indice ou un commencement de preuve par écrit (Jurisclasseur Civil Art. 1354-1356 Fasc. 20 nos 49-50).

Il est admis que les inscriptions faites dans les livres de commerce d'un commerçant qui les a tenus constituent dans son chef un aveu extrajudiciaire. Un commerçant est lié par les inscriptions mentionnées dans sa comptabilité, à moins qu'il ne rapporte la preuve que ces mentions résultent d'une erreur de fait (Van Ryn et Heenen, principes de droit commercial, tome III, 2ème édition Bxl, Bruylant, 1981, p.65, numéros 65 et 68 ; Cour 14 novembre 2001, numéro 25516 du rôle).

Au vu de ce qui précède, que SOCIETE1.) a continué des informations tout en sachant que ces informations allaient servir pour l'audit des comptes annuels de SOCIETE2.), il y a lieu de considérer que ces informations valent comme aveu extrajudiciaire, ce dont la Cour est convaincue. La Cour précise qu'il s'agit de plus d'informations, donc d'éléments factuels et non de règles de droit, comme SOCIETE1.) a tenté de le plaider.

SOCIETE1.) oppose, dans ce cas, la rétractation de tels aveux extrajudiciaires, en citant l'article relatif à la révocation de l'aveu judiciaire. Elle n'invoque de plus ni d'erreur de droit ou de fait à la base de cette demande ni n'en rapporte de preuve ; la rétractation, qui reste à l'appréciation souveraine des juges, n'est pas possible en l'espèce.

Une rétractation serait encore moins possible dans le cas présent, les informations continuées à SOCIETE6.) ayant été intégrées dans les comptes annuels de SOCIETE2.). La Cour ne dispose d'aucune information et encore moins de preuve de l'existence d'une procédure en rétractation, voire en annulation de ces comptes.

Il est partant établi que SOCIETE1.) a repris à son compte les inscriptions en compte "Titres" portés sur le "special custody account NUMERO2.)" ouvert auprès de SOCIETE4.), à savoir elle a admis qu'elle avait en dépôt chez elle les Titres y inscrits. La Cour précise que SOCIETE1.) est partant encore malvenue à vouloir plaider l'inexistence de ces Titres, parce qu'ils n'auraient sans doute majoritairement jamais été acquis par SOCIETE4.), au vu de ce que l'on saurait maintenant du "scandale PERSONNE6.)". En effet, cet argument est inopposable à SOCIETE2.) : par suite de l'aveu de SOCIETE1.) de détenir lesdits Titres, elle admet implicitement et nécessairement qu'elle s'est assurée que les investissements ont été utilisés à bon escient, que les espèces par elle envoyées à SOCIETE4.) ont été échangées contre des Titres.

Cela étant clarifié, il appartient à la Cour de vérifier si SOCIETE1.) s'est comportée conformément aux stipulations, notamment reprises à la clause 15.3 du "custodian agreement".

Il a été établi ci-dessus que SOCIETE1.) était en relations d'affaire avec SOCIETE4.) dès avant la création de SOCIETE2.) et que c'est bien SOCIETE1.) qui a ouvert le compte litigieux pour SOCIETE2.) auprès de SOCIETE4.).

C'est pourtant à cette époque ayant précédé la création de SOCIETE2.), soit en 2001 et 2002, année de passation du premier "sub-custody agreement" que sont émis les premiers doutes par SOCIETE1.) quant au sérieux de SOCIETE4.). Cela découle de différents mails versés en cause, envoyés entre le personnel de SOCIETE5.), respectivement de SOCIETE1.). Il ressort ainsi de la lecture d'un mail du 25 juillet 2001 adressé par un certain PERSONNE7.) de la SOCIETE5.) à un administrateur de SOCIETE5.), puis de SOCIETE1.), PERSONNE8.), qu'aucune procédure de "due diligence" n'a pu être trouvée en lien avec "PERSONNE6.)" (SOCIETE4.)). Ce même PERSONNE9.) écrit le 30 septembre 2002 à PERSONNE10.), responsable SOCIETE1.) Securities Services (Ireland) qu'il est très inquiet à propos de "PERSONNE6.)" et qu'il pense qu'une confirmation indépendante, comme par SOCIETE7.), devrait être recherchée, qui pourrait être payée par les "GFS" (Global Fund Services). Il dit "It's too big for us to ignore the warning signs". Le premier octobre 2002, PERSONNE9.) répond à PERSONNE11.) des "GFS", qu'il pense "qu'il ne faudrait pas mentir à PERSONNE6.). Nous avons un problème avec lui : il est le gestionnaire (manager), le courtier (broker) et le dépositaire (custodian) de ses comptes. Dans le monde d'aujourd'hui, ceci est une mise en garde (red flag). Nous devons remédier à cela (...) si nous ne nous mouillons pas, nous n'irons nulle part".

Quelques années plus tard, les questionnements sur "PERSONNE6.)" ne semblent toujours pas avoir été résolus, alors qu'il ressort d'un mail de PERSONNE11.) du 18 février 2005 à l'attention de PERSONNE12.), chef de division "AFS" (Alternative Fund Services), de PERSONNE13.), administrateur de SOCIETE1.) et d'autres, qu'il a suggéré à PERSONNE14.), en charge des sous-dépositaires pour SOCIETE1.), de se rendre au Luxembourg "pour revoir les antécédents, les opérations, les rapports, etc, pour avoir un bon ressenti des arrangements avant de rendre visite à PERSONNE6.)".

La même année, le 23 mai, PERSONNE15.), qui n'est autre que la Chief Risk Officer de SOCIETE1.) plc, a même rédigé un "discussion paper" ayant pour sujet "PERSONNE6.)" : "(...) SOCIETE1.) a des relations avec un certain nombre de fonds (repris en annexe "1") qui utilisent SOCIETE4.) : essentiellement des actifs sont placés chez SOCIETE4.) dans le contexte d'un contrat de sous-dépôt. Les relevés de transaction sont envoyés, par client, par SOCIETE4.) au dépositaire SOCIETE1.), pour permettre de mettre à jour nos livres et nos relevés. Ce n'est PAS une procédure en temps réel. La vraie question qui se pose est celle de savoir si nous sommes satisfaits avec l'intégrité des transactions PERSONNE6.), tel que nous soyons à l'aise avec un manque de preuve réellement indépendante dans les transactions avec les actifs des clients. De plus, au vu de notre fonction de dépositaire, sommes-nous en danger par rapport aux obligations légales que nous pouvons avoir ? (...) Toutefois, il existe un risque substantiel dans le cas où se poserait une question sur l'intégrité du processus. Le coût financier de la désignation d'un sous-dépositaire sur lequel nous ne pouvons pas exercer le niveau de vigilance voulu, peut être considérable. Il en sera de même du risque pour notre réputation. La solution, selon moi, réside dans la nécessité de recourir à un contrôle

indépendant. (...) Nous devons prendre une décision commerciale sur comment poursuivre avec les comptes clients gérés par PERSONNE6.), de manière urgente, pour nous permettre de traiter la question des sommes impayées pour nos clients repris dans l'annexe jointe".

Quelques jours plus tard, PERSONNE16.), de SOCIETE1.) plc répond à PERSONNE15.), à savoir le 30 mai 2005, pour lui faire part de sa vision des choses : "nous n'avons pas le contrôle total des actifs ou une vision en temps réel du flux de transaction. Les transactions sont toutes effectuées en interne dans les entreprises de la famille (PERSONNE6.)) et il n'existe aucune preuve de la bonne exécution ou même d'une réelle exécution. L'audit est effectué par une entreprise qui ne se trouve pas sur nos listes d'auditeurs reconnus (...) Je ne peux approuver ce processus, et je comprends qu'il s'agisse de rentabilité majeure, à moins que nous puissions adopter le procédé commun au secteur bancaire aux USA (...). Si cela ne peut être fait, nous devons nous retirer". (pièces 110 à 118 de SOCIETE2.)).

Suite à tous ces échanges de mails documentés, SOCIETE7.) est enfin mandaté par la maison mère de SOCIETE1.), SOCIETE1.) plc, le 8 septembre 2005, pour établir un rapport, qui sera établi le 16 février 2006. Huit clients de la Banque y figurent en annexe "G", dont SOCIETE2.). A la section "constatations majeures", le rapport indique par rapport à ce qu'il a trouvé et à ses recommandations, que 25 fraudes et risques opérationnels ont été détectés, (...) qu'il y a une forte confiance placée par SOCIETE1.) en SOCIETE4.). Les recommandations majeures sont les suivantes : effectuer un contrôle des centres SOCIETE1.) à Luxembourg et DUBLIN pour s'assurer que des procédures appropriées soient mises en place pour confirmer, de manière indépendante, lorsque c'est possible, l'exactitude des transactions, identifier les risques et problèmes possibles et enregistrer toute erreur, information manquante ou autre problème opérationnel.

SOCIETE7.) y préconise notamment que SOCIETE1.) devrait effectuer un contrôle périodique sur SOCIETE4.), qui devrait prévoir : (...) le contrôle de l'audit interne et des rapports de conformité (...), la confirmation indépendante, sur base périodique, des fax d'information concernant les transactions clients fournis par SOCIETE4.), dans la mesure où un fax peut être facilement dupliqué ou falsifié en vue d'une fraude, appel à SOCIETE4.) pour fournir les rapports de conformité, d'audit interne et de tout autre contrôle sur base périodique (...)."

Le 19 mars 2008, SOCIETE1.) plc commande un deuxième rapport à SOCIETE7.), sur les risques qu'entraîneraient pour elle et ses filiales la qualité de sous-dépositaire de SOCIETE4.). Ce deuxième rapport sera déposé le 8 septembre 2008. Les constatations sinon recommandations sont presque identiques à celles déjà reprises dans le rapport SOCIETE7.) 2006.

Entre les deux rapports, PERSONNE15.) envoie un mail, entre autres, à PERSONNE13.), le 19 mars 2007, dans lequel elle revient sur les problématiques avec SOCIETE4.), en sa qualité de sous-dépositaire pour des clients spécifiques. Elle indique : "la réalité montre que le contrôle de tout par PERSONNE6.) est central et que les occasions de falsification ou de détournement existent, s'il y est enclin. Le risque de fraude pour nous, comme dépositaire, est énorme. Par conséquent, il est probable que nous devons augmenter le niveau de contrôle que nous avons sur PERSONNE6.). Il ne fait aucun doute qu'il y aura une résistance de la part de PERSONNE6.), mais franchement, si tel est le cas, ça en dit long. L'histoire nous a montré que PERSONNE6.) essaie de nous opposer aux clients, mais ma proposition serait d'impliquer les clients en premier. Le revenu global pour SOCIETE1.) est important mais les risques sont bien plus grands si nous ne faisons rien (...)."

Il ressort de tous ces échanges entre des salariés à haut niveau de SOCIETE1.), sinon de sa maison mère, pour des risques concernant SOCIETE1.), à laquelle il y est d'ailleurs expressément fait référence, qu'avant même la nomination de SOCIETE4.) comme sous-dépositaire de SOCIETE2.) et durant toute la durée d'exécution du contrat de sous-dépôt, au moins jusqu'à l'arrestation de PERSONNE6.), des doutes sérieux ont été formulés au sein du groupe dont fait partie SOCIETE1.) quant à leurs relations avec SOCIETE4.). Ces doutes concernent, de façon quasi prémonitoire, les risques encourus par SOCIETE1.) comme banque dépositaire et par certains de leurs clients, dont SOCIETE2.).

Ces flottements ont amené à la commande de deux rapports auprès de SOCIETE7.), qui a confirmé l'existence réelle de risques pour SOCIETE1.) et ses clients, à cause de SOCIETE4.). SOCIETE7.) a émis des recommandations pour y pallier.

Il ne ressort d'aucune pièce versée en cause que (i) ces questionnements aient été partagé avec SOCIETE2.), (ii) des mesures aient été prises par SOCIETE1.) pour rendre effectives les recommandations de SOCIETE7.).

La Cour en déduit que SOCIETE1.) a agi en violation de l'article 15.3 du "custodian agreement", à savoir qu'elle a été négligente non seulement lors de la sélection mais encore davantage lors de la surveillance du sous-dépositaire (Correspondants), de sorte qu'elle est responsable à l'égard de SOCIETE2.), suite à la "liquidation, bankruptcy or insolvency" de SOCIETE4.). La fin de cette clause, à savoir qu'il sera tenu compte, lors de l'établissement de la négligence du dépositaire, du choix des correspondants sur un marché, du défaut d'expérience ou d'expertise de tels Correspondants et de l'insuffisance et du caractère peu fiable des informations (financières ou autres) concernant ces Correspondants, ne relativise nullement la négligence de SOCIETE1.) : au contraire, SOCIETE4.) était une société créée depuis longtemps, dans les années 1960, avec laquelle SOCIETE1.) entretenait des liens dès avant la constitution de SOCIETE2.) le 24 mars 2004. SOCIETE4.) était donc connue sur le marché newyorkais, respectivement américain voire mondial. Un manque d'expérience ou la qualité des informations qui auraient pu être obtenues, sont des arguments vains. Il aurait suffi à SOCIETE1.) de creuser ses doutes émis dans les mails partiellement retranscrits ci-dessus, d'y réserver des suites et surtout de requérir des preuves des investissements allégués par SOCIETE4.), bref d'effectuer des contrôles réguliers par des personnes physiques ou morales extérieures à la galaxie PERSONNE6.), pour s'être comportée de façon prudente.

Tel n'ayant manifestement pas été le cas, SOCIETE1.) est, par application du contrat entre parties, à savoir aux vœux de la clause 15.3 du "custodian agreement", responsable à l'égard de SOCIETE2.) des pertes causés par SOCIETE4.).

3) La restitution

Il a été retenu ci-dessus que la demande principale de SOCIETE2.) est à dire fondée en son principe, par application des seules dispositions du "custodian agreement". Il est partant superflu d'analyser les longs développements des parties en lien avec l'application de diverses lois luxembourgeoises et/ou directives européennes.

Il est encore constant en cause (i) que le Trustee à la liquidation de SOCIETE4.) a été nommé le 15 décembre 2008, (ii) qu'il a envoyé un formulaire de "customer claim" à SOCIETE1.) avec la référence du "account number

NUMERO3.)", (iii) que SOCIETE1.) a continué ce formulaire à SOCIETE2.) le 3 février 2009, avec l'information qu'il devait le compléter et le renvoyer au Trustee pour le 4 mars 2009 au plus tard, (iv) que le Trustee a relancé SOCIETE1.) par courrier du 22 mai 2009, n'ayant pas eu de retour de sa part, mais que ça devait être fait pour le 2 juillet 2009, (v) que SOCIETE1.) a expédié le 5 juin 2009 un rappel de son courrier du 3 février 2009, à SOCIETE2.), (vi) que SOCIETE2.) a finalement rempli ce formulaire, qu'il a renvoyé au Trustee en date du 22 juin 2009, avec un addendum, (vii) que le Trustee a transmis le 8 décembre 2009 une "notice of Trustee's determination of claim" à SOCIETE2.) par laquelle il a rejeté sa "claim N° 011307", au motif qu'il n'aurait pas eu de compte ouvert chez SOCIETE4.) et ne serait ainsi pas un client de SOCIETE4.), selon la loi américaine en cause pour la liquidation.

Il est établi par les pièces à la disposition de la Cour que le 19 mai 2010, le Trustee a adressé une "notice of Trustee's withdrawal of determination" à SOCIETE2.) en lien avec les plaintes N° 011307 et N° 010817, qui seraient des doublons, pour l'informer que les deux plaintes seraient à traiter ensemble et que la plainte N° 011307 aurait été refusée par erreur (pièce "14" de SOCIETE2.)).

Il découle de la pièce "179" de SOCIETE2.) qu'un accord a été signé le 12 novembre 2014 entre le Trustee d'une part et les liquidateurs de ENSEIGNE1.) et de SOCIETE2.) d'autre part. Il y est précisé que SOCIETE2.) avait un compte ouvert auprès de SOCIETE4.), au travers de son dépositaire luxembourgeois, SOCIETE1.), désigné sous le numéro "NUMERO3.)" et que sa plainte est allouée à hauteur de 1.639.896.943.- US\$. En exécution de cet arrangement transactionnel, la somme initiale de 755.320.133.- US\$ serait à payer par le Trustee à SOCIETE2.). Il ressort des pièces 138 à 143 ainsi que des pièces 182 et 183 de SOCIETE2.) que d'autres paiements sont intervenus depuis.

Après examen de ces pièces, il est faux de prétendre, comme le fait SOCIETE1.), en prenant des raccourcis injustifiés, que cela signifie que SOCIETE2.) était client direct de SOCIETE4.), qu'il existait une relation financière directe entre SOCIETE4.) et SOCIETE2.) ou que le "brokerage agreement" en aurait été la base.

Au vu de ces éléments constants, sinon rapportés en preuve, la Cour ne saurait cependant faire droit à la demande formulée par SOCIETE2.) en délivrance des Titres : il a lui-même été d'accord à les recevoir sous forme de leur équivalent en argent. De plus, il serait impossible de déterminer quels Titres seraient actuellement à remettre après l'intervention du paiement de multiples sommes d'argent. La Cour note que SOCIETE2.) ne lui a d'ailleurs jamais remis de décompte dans ce sens, à savoir un décompte mixte entre Titres et équivalent en argent.

La Cour note que les parties sont toujours en désaccord quant à l'incidence de l'accord transactionnel avec le Trustee :

* SOCIETE1.) y voit la reconnaissance par SOCIETE4.), via le Trustee, de sa qualité de dépositaire des Titres réclamés par SOCIETE2.). En acceptant les paiements, SOCIETE2.) aurait accepté que SOCIETE4.) soit le seul dépositaire des Titres. SOCIETE2.) serait "partiellement" malvenu à réclamer la restitution de ces mêmes Titres : cette demande serait irrecevable pour défaut d'intérêt à agir, sinon non fondée.

Les recouvrements ainsi effectués viendraient nécessairement réduire, sinon satisfaire entièrement la demande de SOCIETE2.). Si SOCIETE2.) obtenait le paiement et de SOCIETE4.) et de SOCIETE1.), cela constituerait un enrichissement sans cause. De ce fait, SOCIETE1.) réitère son appel incident. En tout état de cause, les demandes de SOCIETE2.) seraient irrecevables sinon non fondées pour absence

d'objet (demande en restitution) ou absence de préjudice (demande en dommages et intérêts).

* SOCIETE2.) conteste en bloc ces théories, qui feraient abstraction de la qualité de client de SOCIETE1.) à l'égard de SOCIETE4.).

La Cour constate à la lecture de l'"agreement" signé en date du 12 novembre 2014 entre notamment le Trustee et les liquidateurs officiels de SOCIETE2.), qu'il y est bien établi que SOCIETE2.) avait un compte ouvert auprès de SOCIETE4.), au travers de sa banque de dépôt basée à Luxembourg (SOCIETE1.)), compte désigné sous le numéro "NUMERO3.), qui a été ouvert en ou aux alentours du mois d'avril 2004".

Ce n'est donc pas SOCIETE2.) qui était en lien direct avec SOCIETE4.). Les conclusions de SOCIETE1.) à ce sujet ne sont ainsi pas établies. Le juge Vaughn R. Walker interprète, si besoin en était, dans son troisième rapport daté du 2 juillet 2021, ce "SIPA Agreement" (Securities Investor Protection Act of 1970 as amended) selon les dispositions de droit américain relatives à la définition de "customer" : [le fait qu'un bénéficiaire effectif de Titres comme SOCIETE2.) a été autorisé de recouvrer sur base d'une plainte SIPA, ne fait pas, par définition, de ce bénéficiaire effectif un "client" aux fins de l'Exchange Act Rule 15c3-3. Ni non plus le fait que SOCIETE2.) ait obtenu une plainte SIPA dans sa transaction avec le Trustee de PERSONNE6.), en tant que bénéficiaire effectif du compte dont SOCIETE1.) était le propriétaire légal, n'annule la relation contractuelle de client entre SOCIETE4.) et SOCIETE1.)] (pièce "179, point 6" de SOCIETE2.)).

La Cour en déduit que face à l'immobilisme de SOCIETE1.), SOCIETE2.) a été obligé de remplir le formulaire pourtant envoyé par le Trustee à SOCIETE1.), en lieu et place de cette dernière : ce faisant, SOCIETE2.) a essuyé un premier échec, avant que le Trustee ne revienne sur sa position de refus : le Trustee n'a néanmoins pas purement et simplement accepté ladite "customer claim" par la suite : il a fallu passer par un "settlement agreement", soit une transaction, pour permettre à SOCIETE2.) de percevoir des sommes de la part du Trustee, sommes que ce dernier a pu récupérer dans le cadre de sa mission. De plus, cette transaction a été approuvée par la "Grand Court of the Cayman Islands" et par la "United States Bankruptcy Court, Southern District of NEW YORK". Il s'ensuit que rien ne permet de conclure à un changement des relations contractuelles établies avant la liquidation de SOCIETE4.) : SOCIETE1.) a ouvert le compte "NUMERO3.)" auprès de SOCIETE4.) en sa qualité de dépositaire de SOCIETE2.) : ce faisant, SOCIETE4.) est devenu le sous-dépositaire de SOCIETE2.). C'est donc bien SOCIETE4.) qui inscrivait les Titres, soit des biens fongibles, en ses comptes, en sa qualité de dépositaire de SOCIETE1.) et de sous-dépositaire de SOCIETE2.), avant de les faire remonter vers SOCIETE1.), tel que confirmé par celle-ci. SOCIETE1.) ne peut ainsi pas alléguer qu'aucun Titre ne lui a été remis et qu'elle n'en aurait pas remis à SOCIETE4.) : le contraire est vrai.

Comme il a été décidé ci-dessus que SOCIETE1.) a reconnu avoir en ses comptes les Titres repris sur les relevés envoyés par SOCIETE4.) et que SOCIETE1.) s'est montrée négligente, il lui appartient toujours de payer les pertes causées par SOCIETE4.). La signature avec le Trustee du susdit accord transactionnel n'y change rien.

SOCIETE1.) est effectivement un dépositaire au sens de l'article 1915 du Code civil.

Cet article dispose : "le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature". S'agissant,

comme en l'espèce, en présence de biens dématérialisés, non plus de biens mobiliers déposés, mais de biens fongibles, le conservateur doit être en mesure de répondre à une demande de son client de transférer, par virement de compte à compte, les titres inscrits à son compte (Droit des marchés financiers, Hubert De Vauplane et Jean-Pierre Bornet, éditions Litec, 1998, numéro 982).

Par application du contrat entre parties (custodian agreement) et du Code civil luxembourgeois, il appartient à SOCIETE1.) de rendre, par équivalent, les Titres requis par SOCIETE2.). Comme ce dernier a d'ores et déjà reçu, par des transferts de la part du Trustee, une partie des sommes par lui réclamées, il ne peut plus que réclamer le surplus à SOCIETE1.), à savoir la partie non encore remboursée par le Trustee. Il ne peut en effet pas recevoir deux fois le prix des Titres réclamés.

La Cour rappelle que de nombreux mois se sont écoulés entre les dernières conclusions récapitulatives de SOCIETE2.) et le prononcé du présent arrêt : il convient de demander à SOCIETE2.) d'établir non seulement un état actualisé des sommes actuellement déjà perçues par lui mais encore d'établir un nouveau décompte de sa demande, qui tient compte de ce dernier état et du cours des intérêts requis. La Cour ne s'oppose pas à ce que SOCIETE2.) lui verse deux versions dudit décompte : l'une qui part du principe que seul le solde non encore reçu reste dû par SOCIETE1.) ; l'autre qui se base sur le scénario proposé par SOCIETE2.), de continuer toutes les sommes à lui payées par le Trustee à SOCIETE1.), qui elle devra la totalité de la somme requise à SOCIETE2.), sans aucune déduction, mais à augmenter des intérêts. La Cour l'invite à ce faire et procède, par application de l'article 225 du Nouveau Code de procédure civile, à la révocation de l'ordonnance de clôture.

En attendant, il convient de réserver les droits des parties quant à ce volet à cette ultime précision de décomptes ainsi que les frais. Il en ressort néanmoins qu'il est superflû de s'attarder aux questions soulevées par SOCIETE1.), à propos de l'enrichissement sans cause ou de l'absence d'objet de la demande de SOCIETE2.).

La demande principale de SOCIETE2.) ayant abouti en son principe, il n'y a partant pas lieu d'analyser la demande formulée à titre subsidiaire par rapport à la restitution des fonds continués à SOCIETE4.), et de tous les développements des parties en lien avec cette demande subsidiaire >> (arrêt attaqué, p. 34 à 49) ;

1°) ALORS QUE, première branche, le dépôt est un contrat réel qui suppose la remise de la chose entre les mains du dépositaire ; qu'en retenant que la fictivité des titres était sans incidence sur leur dépôt à SOCIETE1.) et sur l'obligation de restitution qui en découlait, cependant que des titres fictifs pour n'avoir jamais été acquis par SOCIETE4.) ne pouvaient avoir été remis en dépôt et ne pouvaient être restitués, la cour d'appel a violé les articles 1915 et 1919 du code civil ;

2°) ALORS QUE, deuxième branche (subsidiaire par rapport à la première branche), le dépôt est un contrat réel qui suppose la remise de la chose entre les mains du dépositaire ; qu'en relevant, pour retenir l'existence d'un contrat de dépôt, que << les opérations d'achat et de ventes de Titres passaient bien par le compte ouvert par SOCIETE1.) auprès de SOCIETE4.) pour le compte de SOCIETE2.) >> (arrêt attaqué, p. 39, al. 3) et que << ces Titres remontaient vers [SOCIETE1.]) depuis SOCIETE4.) >> (arrêt, p. 41, al. 6), la cour d'appel a statué par des motifs

impropres à caractériser la remise effective des titres à SOCIETE1.) et a ainsi privé sa décision de base légale au regard des articles 1915 et 1919 du code civil ;

3°) ALORS QUE, troisième branche (elle aussi subsidiaire par rapport à la première branche), le dépôt est un contrat réel qui suppose la remise de la chose entre les mains du dépositaire ; qu'en retenant que « SOCIETE1.) [était] partant encore malvenue à vouloir plaider l'inexistence des Titres [à savoir les titres litigieux dont la restitution était demandée dans le cadre du litige déféré à l'appréciation de la cour d'appel] parce qu'ils n'auraient sans doute majoritairement jamais été acquis par SOCIETE4.), au vu de ce que l'on saurait maintenant du "scandale PERSONNE6.)" » (arrêt attaqué, p. 43, al. 2) et en retenant encore que « l'aveu de SOCIETE1.) de détenir lesdits Titres » (arrêt attaqué, p. 43, al. 2) ferait que SOCIETE1.) aurait « [admis] implicitement et nécessairement [s'être] assurée que les investissements [avaient] été utilisés à bon escient, que les espèces par elle envoyées à SOCIETE4.) [avaient] été échangées contre des [sic !] Titres » (arrêt attaqué, p. 43, al. 2), sans rechercher, comme elle y était expressément invitée (conclusions récapitulatives et ampliatives Arendt & Medernach S.A. du 13 mai 2022, p. 79, §§ 224-225), ce qu'elle a elle-même relevé (arrêt attaqué, p. 29), si lesdits titres avaient effectivement été remis en dépôt par SOCIETE2.) à SOCIETE1.), la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1915 et 1919 du code civil. ».

Réponse de la Cour

Sur la première branche du moyen

La demanderesse en cassation fait grief aux juges d'appel d'avoir violé les articles 1915 et 1919 du Code civil en ayant retenu une obligation de restitution à sa charge en tant que dépositaire de titres, alors même qu'elle ne se serait pas vu remettre les titres en question, la société SOCIETE4.) n'ayant à aucun moment acquis les titres qu'elle était chargée d'acquérir.

En application des dispositions de la loi du 1^{er} août 2001 concernant la circulation de titres et d'autres instruments fongibles, applicable aux relations contractuelles entre la société SOCIETE2.) et la société SOCIETE1.), dans sa version en vigueur au moment de l'exécution du contrat, la titularité de droits sur de tels instruments financiers, fongibles ou non, matérialisés ou non, au porteur, à ordre ou nominatifs, luxembourgeois ou étrangers et quelle que soit leur forme, se détermine par leur inscription en compte.

Ayant retenu qu'il était de la responsabilité contractuelle de la société SOCIETE1.) en tant que dépositaire d'identifier les titres et investissements effectués au bénéfice de la société SOCIETE2.) et de les inscrire en ses livres et registres et que les titres dont la restitution en nature sinon par équivalent était réclamée par la société SOCIETE2.) étaient inscrits auprès de la société SOCIETE1.) sur un compte ouvert au nom de la société SOCIETE2.), les juges d'appel ont pu retenir une obligation de restitution à charge de la société SOCIETE1.).

Il s'ensuit que le moyen, pris en sa première branche, n'est pas fondé.

Sur les deuxième et troisième branches du moyen réunies

La demanderesse en cassation fait grief aux juges d'appel d'avoir privé leur décision de base légale au regard des articles 1915 et 1919 du Code civil en n'ayant pas caractérisé la remise effective, entre ses mains, par la société SOCIETE2.) des titres dont cette dernière demande la restitution, alors que pareille remise serait requise pour que soit constitué un contrat de dépôt.

Il résulte de la réponse donnée à la première branche du moyen que le dépôt constitué sous l'empire de la loi du 1^{er} août 2001 concernant la circulation de titres et d'autres instruments fongibles ne requiert pas la remise effective des titres, mais qu'il se fait par l'inscription des titres sur un compte tenu par le dépositaire au profit du déposant.

Ayant caractérisé l'inscription sur un compte tenu par la société SOCIETE1.) au nom de la société SOCIETE2.) des titres dont la restitution était demandée par cette dernière, les juges d'appel n'avaient pas à caractériser en outre la remise effective de ces titres par la société SOCIETE2.) à la société SOCIETE1.).

Il s'ensuit que le moyen, pris en ses deuxième et troisième branches, n'est pas fondé.

Sur le quatrième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré principalement, en sa première branche, de la violation de l'article 109, première phrase, de la Constitution et de l'article 249 du Nouveau Code de procédure civile, en combinaison avec l'article 587 du même code ; sinon subsidiairement, en sa seconde branche (subsidiaire par rapport à la première branche) d'un défaut de base légale au regard des articles 3 et 4 de la loi du 1^{er} août 2001 concernant la circulation de titres et d'autres instruments fongibles ;

EN CE QUE la cour d'appel a réformé le jugement du 22 mars 2013, EN CE QU'elle a dit fondée en son principe la demande principale de SOCIETE2.) (in official liquidation), une << exempted segregated portfolio company >> constituée sous les lois des Cayman Islands à l'égard de la société anonyme SOCIETE1.) SA tendant à l'obtention en équivalent des Titres requis en restitution et EN CE QU'elle a, avant tout autre progrès en cause, révoqué l'ordonnance de clôture du 2 septembre 2022 pour permettre aux parties de verser les pièces et documents requis ainsi que de conclure quant aux points soulevés dans la motivation de l'arrêt, à savoir d'établir non seulement un état actualisé des sommes d'ores et déjà perçues par SOCIETE2.) (in official liquidation) mais encore d'établir un nouveau décompte de sa demande, qui tient compte de ce dernier état et du cours des intérêts requis ;

AUX MOTIFS QUE << Aux termes de l'article 58 du Nouveau Code de procédure civile "il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention". Conformément à l'article 1315 du Code civil, "celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation".

En effet, le demandeur doit démontrer l'existence du fait ou de l'acte juridique sur lequel il fonde sa prétention : *actori incumbit probatio*. Celui qui a fait la preuve des éléments nécessaires à la naissance du droit qu'il invoque ne doit pas, en outre, prouver que ce droit s'est maintenu sans être modifié. Le défendeur se mue en demandeur en tant qu'il invoque une exception : *reus in excipiendo fit actor*. Il lui appartient donc de faire la preuve des faits qu'il invoque à titre d'exception (R. Mougenot, *Droit des obligations, La preuve*, éd. Larcier, 1997).

En application des principes directeurs prévus par ces textes, aux fins de pouvoir prospérer dans sa demande, il appartient à SOCIETE2.) de rapporter la preuve tant du fait que SOCIETE1.) est sa banque dépositaire que de celui que SOCIETE4.) est à considérer comme le sous-dépositaire de celle-ci, respectivement à SOCIETE1.) de prouver qu'elle s'est libérée de ses obligations en ayant exécuté, comme elle le prétend, les propres instructions de SOCIETE2.) envers SOCIETE4.), qui serait, dans ce cas, à considérer comme deuxième banque dépositaire.

1) L'examen des liens entre parties

La Cour constate emblée que les parties demeurent, en instance d'appel, en profond désaccord quant à la qualification de la relation triangulaire entre SOCIETE2.), SOCIETE1.) et SOCIETE4.), étant précisé que SOCIETE4.) n'est pas partie à l'instance.

SOCIETE2.) base sa demande et son appel tant sur le "custodian agreement", que la Loi 2001 et aussi sur le Code civil.

La Cour analysera dans un premier temps les termes du "custodian agreement". En effet, aux termes de l'article 1134 du Code civil "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi".

Il ressort des pièces versées en cause que SOCIETE2.) et SOCIETE5.) (le prédécesseur de SOCIETE1.) ont signé un "custodian agreement" (contrat de dépôt ou de dépositaire) en date du 29 mars 2004. Il y est précisé dans son préambule que le conseil d'administration de SOCIETE2.) a sélectionné, pour le compte de SOCIETE2.), SOCIETE1.) en tant que dépositaire et que SOCIETE1.) accepte de fournir les services de dépositaire aux termes et conditions repris dans ledit accord.

Cet accord a été soumis (clause 28) aux lois du Luxembourg et à la compétence des juridictions luxembourgeoises. SOCIETE1.) s'y est engagé :

- à enregistrer et tenir un compte distinct dans ses livres, de l'ensemble des Titres reçus au fur et à mesure, et faire en sorte que ces Titres soient déposés dans son "coffre-fort", ou autrement détenus par lui ou à son ordre, ainsi qu'il le jugera approprié pour la garde des Titres (...) (clause 6.1): "the Custodian shall record and hold in a separate account in its books all Securities received by it from time to time and shall arrange for all Securities to be deposited in the Custodian's vault or otherwise held by or to the order of the Custodian as it may think proper for the purpose for the safekeeping thereof";

- à identifier les Titres détenus par lui pour le compte de SOCIETE2.) et devra requérir de chaque agent, sous-dépositaire ou délégué (visés aux termes de la clause 15.2) d'identifier les Titres ou autres investissements détenus par un tel agent, sous-dépositaire ou délégué comme étant détenu par ce dernier, en qualité de

dépositaire ou fiduciaire, pour le compte de SOCIETE2.) ou de SOCIETE1.) (...) (clause 9.1). La Cour précise qu'il convient de se référer à la partie "discussion" ci-dessus, pour la version originale en langue anglaise des clauses ici majoritairement citées en langue française, par mesure de simplification ;

- à tenir ou à obtenir la tenue de livres, registres et relevés pouvant s'avérer nécessaires pour donner un état complet de l'ensemble des espèces et Titres détenus par elle (SOCIETE1.) et des transactions par elle réalisées pour le compte de SOCIETE2.) (...) (clause 9.3) ;

- en cas de résiliation de l'accord, de délivrer ou de faire délivrer au dépositaire lui succédant, l'ensemble des Titres détenus au titre de l'accord, et toutes les espèces ou autres actifs qu'elle posséderait de SOCIETE2.) (clause 19.2).

Ce "custodian agreement" a autorisé SOCIETE1.) à désigner des agents, sous-dépositaires et délégués (désignés tous ensemble comme des "Correspondants"), tel qu'il sera nécessaire pour l'exercice de tout ou d'une partie des fonctions et prérogatives de SOCIETE1.) (y compris les pouvoirs de désignation des sous-dépositaires) (...) SOCIETE1.) demeurera responsable à l'égard de SOCIETE2.) de tous actes ou omissions d'un quelconque Correspondant, de quelque manière qu'il ait été désigné, comme si ces actes ou omissions étaient ceux de SOCIETE1.) (clause 15.2).

La clause 15.3 a, dans ce contexte, impose ce qui suit à SOCIETE1.) : dans le cadre de la sélection, de la désignation et de la supervision des Correspondants, conformément à la clause 15.2, SOCIETE1.) fera preuve de compétence et de prudence, mais ne sera uniquement responsable envers SOCIETE2.) des pertes résultant de la liquidation, de la banqueroute ou de la faillite d'un tel Correspondant, si elle a fait preuve de négligence dans leur sélection et surveillance. Toutefois, dans l'établissement de cette négligence de SOCIETE1.), il sera tenu compte du choix du Correspondant sur un marché, du manque d'expérience ou d'expertise d'un tel Correspondant ainsi que de l'insuffisance et du manque de sérieux des informations ("financières ou autres") concernant ces Correspondants.

De ce qui précède, il ressort clairement que SOCIETE1.) a été désignée en qualité de banque dépositaire par SOCIETE2.) et qu'elle a accepté cela aux conditions ci-dessus reprises. Elle a reconnu inscrire les Titres en compte chez elle aux susdites conditions.

La Cour doit maintenant s'attacher à vérifier s'il existe des liens contractuels entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.) et si ces liens sont exclusifs ou s'il existe également des liens contractuels directs entre SOCIETE2.) et SOCIETE4.).

Il découle des pièces à la disposition de la Cour que SOCIETE5.) a signé différents documents à et avec SOCIETE4.), qui démontrent que SOCIETE5.), actuellement SOCIETE1.), est cliente de SOCIETE4.) : il en est ainsi d'un "trading authorization limited to purchases and sales of securities" du 30 novembre 1994 et de deux "customer agreement" des 6 décembre 1994 et 25 avril 1997. Ces documents indiquent être régis par les lois du Luxembourg et donnent compétence judiciaire aux juridictions du Luxembourg.

Un pas de plus est franchi par la signature d'un "sub-custody agreement" entre SOCIETE5.) et SOCIETE4.) en date du 7 août 2002, par lequel la banque (actuellement SOCIETE1.) est autorisée à ouvrir et maintenir des comptes de dépôt (la Cour a souligné ce passage) auprès du "sub-custody" (SOCIETE4.) qui seront pour le bénéfice exclusif des clients de SOCIETE1.), comme repris en annexe "A" dudit accord, et qui seront intitulés "SOCIETE5.) special custody account for Customer (name of Customer to appear)" (article 4). Cette volonté se trouve déjà

inscrite au préambule dudit accord au point (A) : "The Bank wishes to establish custody accounts with the sub-custodian to hold, maintain and/or administer certain property which the Bank holds as custodian for certain customers, that are listed in Annex "A" to this agreement, which accounts may each be designated as being held for a particular customer". Cet accord est régi par les lois du Luxembourg et SOCIETE4.) se soumet à la compétence non exclusive des juridictions luxembourgeoises.

Il en ressort qu'il existe une relation de sous-dépositaire entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.), depuis cet accord du 7 août 2002. La Cour doit néanmoins s'assurer que cette relation s'applique à SOCIETE2.).

La Cour note que par "Memorandum" de SOCIETE5.) du 30 mars 2004, qui a pour sujet "SOCIETE2.) (Cayman)", dont la constitution aurait été prévue pour le 24 mars 2004, sous forme de société des îles Cayman (SPC), que SOCIETE5.) serait la banque dépositaire et que ce nouveau fonds serait une copie de "ENSEIGNE1.)", dans le sens qu'il y aura des investissements à faire avec SOCIETE4.). Ce "Memorandum" spécifie en son point "7" que SOCIETE4.) sera le sous-dépositaire de SOCIETE1.) pour SOCIETE2.) et qu'un compte sera ouvert auprès de SOCIETE4.) pour SOCIETE2.), par application du "sub-custody agreement" déjà existant, qui serait à modifier pour y inclure SOCIETE2.).

Conformément aux prévisions de ce "Memorandum" de SOCIETE1.), (i) SOCIETE2.) a été constituée le 24 mars 2004, tel que cela ressort du "Memorandum of association" et du "Certificate of incorporation" du "Registrar of Companies, Cayman Islands" (pièces 145 et 146 de SOCIETE2.)), (ii) un compte au nom de SOCIETE2.) a été ouvert par SOCIETE5.) (SOCIETE1.) dès le 25 mars 2004, sous la dénomination "SOCIETE5.), special custody account for SOCIETE2.), ADRESSE3.)" (soit l'adresse de SOCIETE5.)) et sous le numéro "NUMERO5.)", (iii) le nom de SOCIETE2.) a été ajouté à l'annexe "A" du nouveau "sub-custody agreement" entre SOCIETE5.) et SOCIETE4.) daté du 8 septembre 2004, qui reprend les termes du premier "sub-custody agreement" de 2002.

La Cour pointe que ce compte est utilisé dès le 21 avril 2004, avec la désignation ci-dessus reprise, comme cela se déduit des extraits de compte SOCIETE4.), sauf qu'à partir de novembre 2004, le nom de SOCIETE5.) est remplacé par celui de SOCIETE1.) : tout le reste desdits extraits de compte de SOCIETE4.) en rapport avec ce compte "1-NUMERO4.)" reste toutefois inchangé, à savoir la référence au "special custody account for SOCIETE2.)" et l'adresse de SOCIETE1.) à Luxembourg.

Il n'a certes pas échappé à la Cour que ce n'est que le 29 mars 2004 que SOCIETE1.) et SOCIETE2.) signent ensemble le "custodian agreement", désignant SOCIETE1.) comme banque dépositaire de SOCIETE2.). Il n'en demeure pas moins que SOCIETE1.) a agi, avant cette date, en conformité du susdit "Memorandum", selon la volonté commune des parties, clairement exprimée à l'époque et n'ayant jamais fait l'objet d'une once de contestation en 2004, mais plutôt de confirmation. Ceci s'explique logiquement, de surcroît, par le fait que SOCIETE2.) n'était pas opérationnel avant le 26 mars 2004, date à laquelle ses trois administrateurs ont été nommés, en les personnes de PERSONNE3.), PERSONNE4.) et PERSONNE5.).

Le même jour que le "custodian agreement", à savoir le 29 mars 2004, SOCIETE5.) et SOCIETE2.) ont signé un "Administration agreement", par lequel SOCIETE1.), qui l'accepte, a été désigné "administrator" (agent d'administration centrale) du fonds (SOCIETE2.), lui accordant de nombreuses fonctions et devoirs,

notamment d'établir les comptes et livres financiers de SOCIETE2.), en conformité avec la loi.

Toujours en date du 29 mars 2009, les administrateurs de SOCIETE2.), nommés trois jours plus tôt, ont signé, chacun depuis un autre pays, une "circular resolution of the board of directors" (ci-après "résolution circulaire"), dont il n'est pas contesté que le document ait été préparé par SOCIETE1.), par lequel ils approuvent l'ouverture d'un "bank account" avec SOCIETE4.) "in the name of SOCIETE5.), special custody account for SOCIETE2.)", soit exactement les termes utilisés quatre jours plus tôt par SOCIETE1.), lors de l'ouverture par elle du compte pour SOCIETE2.) auprès de SOCIETE4.). Les administrateurs n'ont fait qu'adhérer à ce qui a déjà été exécuté par SOCIETE1.).

De tout ce qui précède, il est établi que la relation de sous-dépositaire entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.) s'applique à SOCIETE2.), tel que cela a encore été confirmé, si besoin en était, par le "sub-custody agreement" du 8 septembre 2004.

SOCIETE1.) conteste que cette relation soit à prendre en considération, alors qu'elle n'aurait jamais reçu d'application (n'aurait pas été parfaite).

La Cour se doit de vérifier cette assertion.

Il ressort des pièces versées en cause que le compte ouvert par SOCIETE1.) pour SOCIETE2.) auprès de SOCIETE4.), à savoir le "special custody account 1-NUMERO4.)" était, contrairement à la théorie avancée par SOCIETE1.), actif, tel qu'il l'a déjà été dit ci-dessus : en témoignent les extraits de compte, respectivement les avis de crédit, relatifs à ce compte, toujours envoyés par SOCIETE4.) à SOCIETE1.), depuis 2004 (voir notamment les conclusions récapitulatives de SOCIETE2.) du 9 juillet 2021, pages 25 à 30, où sont scannés des avis de crédit, des avis d'opération ainsi que le premier relevé mensuel dudit compte) jusqu'en 2008 (comme il ressort de la pièce "9" de SOCIETE2.)).

Les différents comptes annuels de SOCIETE2.), tous préparés par SOCIETE1.), confirment également que cette dernière était la banque dépositaire de SOCIETE2.) et que SOCIETE4.) était son sous-dépositaire : il suffit de se référer aux premiers comptes annuels couvrant la période du 24 mars au 31 décembre 2004, qui ont été audités par SOCIETE6.), selon les lois et règlements en vigueur au Luxembourg, pour s'apercevoir que SOCIETE1.) y figure comme "custodian and administrative agent" et que SOCIETE1.) a nommé des entreprises de courtage en investissement en qualité de sous-dépositaire d'elle-même ("the custodian bank has appointed these broker/dealer investment firms as their sub-custodians to hold and maintain the assets of Segregated Portofolios"), ce qui fait explicitement référence à SOCIETE4.).

Le contenu des seconds comptes annuels de SOCIETE2.), arrêtés au 31 décembre 2005 comprend les mêmes stipulations, tout comme les comptes annuels arrêtés au 31 décembre 2006 et au 31 décembre 2007 : la Cour met en exergue que pour cette année il existe un courrier de SOCIETE1.) à SOCIETE6.), du 13 février 2007, par lequel elle prend manifestement position par rapport à des questions qui lui ont été posées auparavant par SOCIETE6.) : SOCIETE1.) y met expressément en document joint le relevé lui envoyé par SOCIETE4.), par rapport au "special custody account for SOCIETE2.), number NUMERO2.)" pour s'y référer quant aux questions touchant les "securities, precious metals, deposit certificates,... in your custody" : elle répond ainsi explicitement "please see attached PERSONNE6.) statements". SOCIETE1.) certifie partant au réviseur SOCIETE6.) avoir en dépôt les Titres se trouvant sur un relevé valant extrait du compte "NUMERO2.)" auprès de SOCIETE4.).

Il découle de la pièce "4" de SOCIETE2.), "Other assets and liabilities report SOCIETE2.)" qu'en date du 30 novembre 2008, les actifs de SOCIETE2.) en dépôt au "SOCIETE1.) PERSONNE6.) Account", soit selon le "screenshot SOCIETE1.) du 18 décembre 2008" le toujours même "special custody account", se chiffraient à 1.897.736.818,66 US\$, constitués par les Titres repris dans ladite pièce, mais également en pages 46 à 48 des conclusions récapitulatives de SOCIETE2.) du 9 juillet 2021.

Il suit de tout ce qui précède, que les opérations d'achat et de ventes de Titres passaient bien par le compte ouvert par SOCIETE1.) auprès de SOCIETE4.) pour le compte de SOCIETE2.), à savoir le compte désormais connu sous la dénomination et le numéro "special custody account NUMERO2.)".

A toutes ces opérations et certifications, SOCIETE1.) oppose la signature par SOCIETE2.) de ce qu'elle appelle les "brokerage agreements" avec SOCIETE4.). La Cour perçoit que ces derniers sont constitués des documents suivants :

- un "customer agreement" non daté (mais dont la date du 29 mars 2004 apparaît comme date d'envoi par fax/télécopie),
- un "option agreement" daté du 29 mars 2004,
- un "trading authorization limited to purchases and sales of securities and options" non daté (mais dont la date du 29 mars 2004 apparaît comme date d'envoi par fax/télécopie),
- un "certificate of foreign status of beneficial owner for United States Tax Withholding" non daté (mais dont la date du 29 mars 2004 apparaît comme date d'envoi par fax/télécopie).

SOCIETE1.) en conclut que par la signature de ces documents, auxquels elle serait tierce, SOCIETE2.) serait devenu un client direct de SOCIETE4.).

La Cour ne peut suivre ce raisonnement, étant donné que, sur la très mauvaise copie lui versée en pièce "6" par SOCIETE1.), dudit "customer agreement", il n'est nulle part fait référence au moindre numéro de compte, a fortiori à celui portant le numéro "NUMERO2.).". Cet accord pré-imprimé n'a de plus pas été entièrement complété, notamment quant au droit applicable et aux autorisations de divulgations. Les mêmes remarques valent pour les trois autres documents, qui ne peuvent pas être mis en lien avec le "special custody account 1-Fr 109" ou tout autre compte d'ailleurs, puisqu'aucun numéro n'y figure.

Ce constat n'est ni éternel par les conclusions du professeur Gordon (qui se base uniquement sur ces documents et les lois en vigueur aux États-Unis, sans prendre en compte le contexte général du litige) ni par la production de pièces sensées clarifier l'existence d'un ou de plusieurs comptes ouverts directement par SOCIETE2.), suite à la signature de ces documents.

La Cour confirme partant, à l'instar des juges de premier degré, l'existence d'une relation de sous-dépositaire entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.), tout en précisant que cette relation s'applique bien à SOCIETE2.) pour toutes les transactions passées par le "special custody account NUMERO2.).".

Comme il est désormais établi que (i) SOCIETE2.) a désigné SOCIETE1.) comme banque dépositaire et que cette dernière a conclu un contrat de sous-dépôt avec SOCIETE4.), duquel elle a fait bénéficiaire SOCIETE2.) et (ii) non pas que SOCIETE2.) a désigné un deuxième dépositaire, la voie est ouverte pour analyser la demande de SOCIETE2.) en restitution/délivrance des Titres.

2) Les droits et devoirs de SOCIETE1.) comme banque dépositaire

Le "custodian agreement" entre SOCIETE2.) et SOCIETE1.) ayant stipulé être soumis au droit luxembourgeois, la Cour rappelle encore une fois qu'aux termes de l'article 1134 du Code civil "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi".

Il convient partant en premier lieu de se référer à cette loi des parties.

Ce "custodian agreement", dont la plupart des clauses ci-après invoquées ont été citées plus haut en texte original en anglais, précise en sa clause 9.1 : le dépositaire (SOCIETE1.) devra identifier les Titres détenus par lui au titre des présentes comme détenus pour le compte du fonds (SOCIETE2.) et devra requérir de chaque agent, sous dépositaire ou délégué (visés aux termes de la clause 15.2) (SOCIETE4.) d'identifier les Titres ou autres investissements détenus par ledit agent, sous-dépositaire ou délégué, comme étant détenu par lui, en qualité de dépositaire ou fiduciaire, pour le compte du fonds ou du dépositaire. Toutes dépenses de quelque nature que ce soit engagées par le dépositaire, dans le cadre de ces inscriptions, seront à charge du fonds.

Cette clause est à lire ensemble avec la clause 9.3 du même "custodian agreement", qui stipule que le dépositaire devra tenir ou obtenir la tenue de livres, registres et relevés pouvant s'avérer nécessaires pour donner un état complet de l'ensemble des espèces et Titres détenus par lui et des transactions réalisées par lui pour compte du fonds.

Il en ressort qu'il était de la responsabilité de SOCIETE1.) (dépositaire) non seulement de savoir quels Titres et investissements étaient effectués pour SOCIETE2.) (le fonds), mais encore qu'il dût les identifier et les inscrire en ses livres et registres pour pouvoir donner un état complet de l'ensemble de ces espèces et Titres, devant pour cela aussi s'enquérir auprès des sous-dépositaires des Titres ou autres investissements détenus par ces derniers.

Quant à la désignation de ces sous-dépositaires, il a été vu et retenu ci-dessus qu'aux termes de la clause 15.2 du "custodian agreement", SOCIETE1.) pouvait les nommer. Cette clause précise "le dépositaire (SOCIETE1.) demeurera responsable à l'égard du fonds (SOCIETE2.) des actions ou omissions d'un quelconque Correspondant, peu importe la façon dont il a été désigné, comme si lesdites actions ou omissions étaient celles du dépositaire".

La clause suivante, à savoir la 15.3 semble limiter cette responsabilité, en stipulant "dans le cadre de la sélection, désignation et surveillance des Correspondants, conformément à la clause 15.2, le dépositaire fera preuve de compétence et de soin raisonnable, mais ne sera responsable à l'égard du fonds des pertes résultants de liquidations, banqueroutes ou faillites desdits Correspondants que s'il a été négligent lors de la sélection et surveillance de ces derniers". Cette limite n'est donnée qu'en l'absence de légèreté et négligence tant dans le choix que dans la surveillance du sous-dépositaire.

Ici encore, les parties demeurent en désaccord, SOCIETE1.) contestant toute négligence et SOCIETE2.) plaçant l'existence de nombreux doutes de SOCIETE1.) à l'égard de SOCIETE4.), qui feraient conclure à l'existence de négligence.

La Cour rappelle tout d'abord qu'il ressort des développements réalisés dans la partie II-A)1) que l'inscription en compte et la tenue en compte des Titres listés sur les relevés du "special custody account NUMERO2.)" adressés par SOCIETE4.)

à SOCIETE1.) est établie par les comptes annuels de SOCIETE2.), établis par SOCIETE1.) et certifiés par SOCIETE6.). Cette existence en dépôt auprès de SOCIETE1.) desdits Titres est encore attestée par le contenu de certains échanges de mails versés en pièces "105" par SOCIETE2.).

Partant de là, il faut en conclure que SOCIETE1.) a inscrit ces Titres, qui se trouvaient en conservation sur ses comptes, tenus par elle, pour le compte de SOCIETE2.). Ces Titres remontaient vers elle depuis SOCIETE4.).

Dans le but d'être complet, la Cour qualifie les pièces sur lesquelles elle se base pour arriver à ce résultat, d'aveu extrajudiciaire, contrairement aux conclusions de SOCIETE1.).

En effet, l'aveu en tant que moyen de preuve est régi par les articles 1354 à 1356 du Code civil. Il y est dit au sujet de l'aveu extrajudiciaire (article 1354) que "L'aveu qui est opposé à une partie est ou extrajudiciaire ou judiciaire".

L'aveu peut être défini d'une façon générale comme étant la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques. Il ne peut y avoir aveu que si la personne en question a conscience des conséquences favorables à son adversaire. L'objet de l'aveu doit porter sur un fait et non sur une règle de droit car celle-ci n'a pas à être prouvée. La force probante de l'aveu varie selon qu'il est judiciaire ou extrajudiciaire. En présence d'un aveu judiciaire, qualifié de preuve parfaite, le juge doit admettre que la preuve du fait allégué est rapportée sur le seul fondement de ce mode de preuve et ce, quelle que soit son intime conviction. Il revient alors aux parties, le cas échéant, de rapporter la preuve contraire, organisée également par la loi. L'aveu extrajudiciaire, en tant que preuve imparfaite relève, à l'inverse, du système de preuve libre : sa force probante est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond (Dalloz, Répertoire de droit civil, Preuve : modes de preuve — Gwendoline Lardeux — Octobre 2019, N° 147, 221 + ss., 279 + ss.).

En l'espèce, les réponses fournies par SOCIETE1.), une banque officielle de la place de Luxembourg, sur demandes spéciales de SOCIETE6.), une des "big four" des sociétés d'audit et de conseil, à cette dernière, ne peut que valoir comme déclaration par laquelle SOCIETE1.) a reconnu comme véridique, comme devant être tenu pour avéré à son égard, du fait dont question, à savoir qu'elle a en dépôt les Titres litigieux. Cet aveu est de nature à entraîner des conséquences, tant pour elle que pour son client mais aussi de produire contre elle des conséquences juridiques, ce qu'elle était sensée savoir.

Les juges peuvent se déclarer totalement convaincus par un aveu extrajudiciaire, ils peuvent à l'inverse le rejeter, y trouver un indice ou un commencement de preuve par écrit (Jurisclasseur Civil Art. 1354-1356 Fasc. 20 nos 49-50).

Il est admis que les inscriptions faites dans les livres de commerce d'un commerçant qui les a tenus constituent dans son chef un aveu extrajudiciaire. Un commerçant est lié par les inscriptions mentionnées dans sa comptabilité, à moins qu'il ne rapporte la preuve que ces mentions résultent d'une erreur de fait (Van Ryn et Heenen, principes de droit commercial, tome III, 2ème édition Bxl, Bruylant, 1981, p.65, numéros 65 et 68 ; Cour 14 novembre 2001, numéro 25516 du rôle).

Au vu de ce qui précède, que SOCIETE1.) a continué des informations tout en sachant que ces informations allaient servir pour l'audit des comptes annuels de SOCIETE2.), il y a lieu de considérer que ces informations valent comme aveu extrajudiciaire, ce dont la Cour est convaincue. La Cour précise qu'il s'agit de plus

d'informations, donc d'éléments factuels et non de règles de droit, comme SOCIETE1.) a tenté de le plaider.

SOCIETE1.) oppose, dans ce cas, la rétractation de tels aveux extrajudiciaires, en citant l'article relatif à la révocation de l'aveu judiciaire. Elle n'invoque de plus ni d'erreur de droit ou de fait à la base de cette demande ni n'en rapporte de preuve ; la rétractation, qui reste à l'appréciation souveraine des juges, n'est pas possible en l'espèce.

Une rétractation serait encore moins possible dans le cas présent, les informations continuées à SOCIETE6.) ayant été intégrées dans les comptes annuels de SOCIETE2.). La Cour ne dispose d'aucune information et encore moins de preuve de l'existence d'une procédure en rétractation, voire en annulation de ces comptes.

Il est partant établi que SOCIETE1.) a repris à son compte les inscriptions en compte "Titres" portés sur le "special custody account NUMERO2.)" ouvert auprès de SOCIETE4.), à savoir elle a admis qu'elle avait en dépôt chez elle les Titres y inscrits. La Cour précise que SOCIETE1.) est partant encore malvenue à vouloir plaider l'inexistence de ces Titres, parce qu'ils n'auraient sans doute majoritairement jamais été acquis par SOCIETE4.), au vu de ce que l'on saurait maintenant du "scandale PERSONNE6.)". En effet, cet argument est inopposable à SOCIETE2.) : par suite de l'aveu de SOCIETE1.) de détenir lesdits Titres, elle admet implicitement et nécessairement qu'elle s'est assurée que les investissements ont été utilisés à bon escient, que les espèces par elle envoyées à SOCIETE4.) ont été échangées contre des Titres.

Cela étant clarifié, il appartient à la Cour de vérifier si SOCIETE1.) s'est comportée conformément aux stipulations, notamment reprises à la clause 15.3 du "custodian agreement".

Il a été établi ci-dessus que SOCIETE1.) était en relations d'affaire avec SOCIETE4.) dès avant la création de SOCIETE2.) et que c'est bien SOCIETE1.) qui a ouvert le compte litigieux pour SOCIETE2.) auprès de SOCIETE4.).

C'est pourtant à cette époque ayant précédé la création de SOCIETE2.), soit en 2001 et 2002, année de passation du premier "sub-custody agreement" que sont émis les premiers doutes par SOCIETE1.) quant au sérieux de SOCIETE4.). Cela découle de différents mails versés en cause, envoyés entre le personnel de SOCIETE5.), respectivement de SOCIETE1.). Il ressort ainsi de la lecture d'un mail du 25 juillet 2001 adressé par un certain PERSONNE7.) de la SOCIETE5.) à un administrateur de SOCIETE5.), puis de SOCIETE1.), PERSONNE8.), qu'aucune procédure de "due diligence" n'a pu être trouvée en lien avec "PERSONNE6.)" (SOCIETE4.). Ce même PERSONNE9.) écrit le 30 septembre 2002 à PERSONNE10.), responsable SOCIETE1.) Securities Services (Ireland) qu'il est très inquiet à propos de "PERSONNE6.)" et qu'il pense qu'une confirmation indépendante, comme par SOCIETE7.), devrait être recherchée, qui pourrait être payée par les "GFS" (Global Fund Services). Il dit "It's too big for us to ignore the warning signs". Le premier octobre 2002, PERSONNE9.) répond à PERSONNE11.) des "GFS", qu'il pense "qu'il ne faudrait pas mentir à PERSONNE6.). Nous avons un problème avec lui : il est le gestionnaire (manager), le courtier (broker) et le dépositaire (custodian) de ses comptes. Dans le monde d'aujourd'hui, ceci est une mise en garde (red flag). Nous devons remédier à cela (...) si nous ne nous mouillons pas, nous n'irons nulle part".

Quelques années plus tard, les questionnements sur "PERSONNE6.)" ne semblent toujours pas avoir été résolus, alors qu'il ressort d'un mail de PERSONNE11.) du 18 février 2005 à l'attention de PERSONNE12.), chef de division

"AFS" (Alternative Fund Services), de PERSONNE13.), administrateur de SOCIETE1.) et d'autres, qu'il a suggéré à PERSONNE14.), en charge des sous-dépositaires pour SOCIETE1.), de se rendre au Luxembourg "pour revoir les antécédents, les opérations, les rapports, etc, pour avoir un bon ressenti des arrangements avant de rendre visite à PERSONNE6.)".

La même année, le 23 mai, PERSONNE15.), qui n'est autre que la Chief Risk Officer de SOCIETE1.) plc, a même rédigé un "discussion paper" ayant pour sujet "PERSONNE6.)" : "(...) SOCIETE1.) a des relations avec un certain nombre de fonds (repris en annexe "1") qui utilisent SOCIETE4.) : essentiellement des actifs sont placés chez SOCIETE4.) dans le contexte d'un contrat de sous-dépôt. Les relevés de transaction sont envoyés, par client, par SOCIETE4.) au dépositaire SOCIETE1.), pour permettre de mettre à jour nos livres et nos relevés. Ce n'est PAS une procédure en temps réel. La vraie question qui se pose est celle de savoir si nous sommes satisfaits avec l'intégrité des transactions PERSONNE6.), tel que nous soyons à l'aise avec un manque de preuve réellement indépendante dans les transactions avec les actifs des clients. De plus, au vu de notre fonction de dépositaire, sommes-nous en danger par rapport aux obligations légales que nous pouvons avoir ? (...) Toutefois, il existe un risque substantiel dans le cas où se poserait une question sur l'intégrité du processus. Le coût financier de la désignation d'un sous-dépositaire sur lequel nous ne pouvons pas exercer le niveau de vigilance voulu, peut être considérable. Il en sera de même du risque pour notre réputation. La solution, selon moi, réside dans la nécessité de recourir à un contrôle indépendant. (...) Nous devons prendre une décision commerciale sur comment poursuivre avec les comptes clients gérés par PERSONNE6.), de manière urgente, pour nous permettre de traiter la question des sommes impayées pour nos clients repris dans l'annexe jointe".

Quelques jours plus tard, PERSONNE16.), de SOCIETE1.) plc répond à PERSONNE15.), à savoir le 30 mai 2005, pour lui faire part de sa vision des choses : "nous n'avons pas le contrôle total des actifs ou une vision en temps réel du flux de transaction. Les transactions sont toutes effectuées en interne dans les entreprises de la famille (PERSONNE6.)) et il n'existe aucune preuve de la bonne exécution ou même d'une réelle exécution. L'audit est effectué par une entreprise qui ne se trouve pas sur nos listes d'auditeurs reconnus (...) Je ne peux approuver ce processus, et je comprends qu'il s'agisse de rentabilité majeure, à moins que nous puissions adopter le procédé commun au secteur bancaire aux USA (...). Si cela ne peut être fait, nous devons nous retirer". (pièces 110 à 118 de SOCIETE2.)).

Suite à tous ces échanges de mails documentés, SOCIETE7.) est enfin mandaté par la maison mère de SOCIETE1.), SOCIETE1.) plc, le 8 septembre 2005, pour établir un rapport, qui sera établi le 16 février 2006. Huit clients de la Banque y figurent en annexe "G", dont SOCIETE2.). A la section "constatations majeures", le rapport indique par rapport à ce qu'il a trouvé et à ses recommandations, que 25 fraudes et risques opérationnels ont été détectés, (...) qu'il y a une forte confiance placée par SOCIETE1.) en SOCIETE4.). Les recommandations majeures sont les suivantes : effectuer un contrôle des centres SOCIETE1.) à Luxembourg et DUBLIN pour s'assurer que des procédures appropriées soient mises en place pour confirmer, de manière indépendante, lorsque c'est possible, l'exactitude des transactions, identifier les risques et problèmes possibles et enregistrer toute erreur, information manquante ou autre problème opérationnel.

SOCIETE7.) y préconise notamment que SOCIETE1.) devrait effectuer un contrôle périodique sur SOCIETE4.), qui devrait prévoir : (...) le contrôle de l'audit

interne et des rapports de conformité (...), la confirmation indépendante, sur base périodique, des fax d'information concernant les transactions clients fournis par SOCIETE4.), dans la mesure où un fax peut être facilement dupliqué ou falsifié en vue d'une fraude, appel à SOCIETE4.) pour fournir les rapports de conformité, d'audit interne et de tout autre contrôle sur base périodique (...)"

Le 19 mars 2008, SOCIETE1.) plc commande un deuxième rapport à SOCIETE7.), sur les risques qu'entraîneraient pour elle et ses filiales la qualité de sous-dépositaire de SOCIETE4.). Ce deuxième rapport sera déposé le 8 septembre 2008. Les constatations sinon recommandations sont presque identiques à celles déjà reprises dans le rapport SOCIETE7.) 2006.

Entre les deux rapports, PERSONNE15.) envoie un mail, entre autres, à PERSONNE13.), le 19 mars 2007, dans lequel elle revient sur les problématiques avec SOCIETE4.), en sa qualité de sous-dépositaire pour des clients spécifiques. Elle indique : "la réalité montre que le contrôle de tout par PERSONNE6.) est central et que les occasions de falsification ou de détournement existent, s'il y est enclin. Le risque de fraude pour nous, comme dépositaire, est énorme. Par conséquent, il est probable que nous devons augmenter le niveau de contrôle que nous avons sur PERSONNE6.). Il ne fait aucun doute qu'il y aura une résistance de la part de PERSONNE6.), mais franchement, si tel est le cas, ça en dit long. L'histoire nous a montré que PERSONNE6.) essaie de nous opposer aux clients, mais ma proposition serait d'impliquer les clients en premier. Le revenu global pour SOCIETE1.) est important mais les risques sont bien plus grands si nous ne faisons rien (...)"

Il ressort de tous ces échanges entre des salariés à haut niveau de SOCIETE1.), sinon de sa maison mère, pour des risques concernant SOCIETE1.), à laquelle il y est d'ailleurs expressément fait référence, qu'avant même la nomination de SOCIETE4.) comme sous-dépositaire de SOCIETE2.) et durant toute la durée d'exécution du contrat de sous-dépôt, au moins jusqu'à l'arrestation de PERSONNE6.), des doutes sérieux ont été formulés au sein du groupe dont fait partie SOCIETE1.) quant à leurs relations avec SOCIETE4.). Ces doutes concernent, de façon quasi prémonitoire, les risques encourus par SOCIETE1.) comme banque dépositaire et par certains de leurs clients, dont SOCIETE2.).

Ces flottements ont amené à la commande de deux rapports auprès de SOCIETE7.), qui a confirmé l'existence réelle de risques pour SOCIETE1.) et ses clients, à cause de SOCIETE4.). SOCIETE7.) a émis des recommandations pour y pallier.

Il ne ressort d'aucune pièce versée en cause que (i) ces questionnements aient été partagé avec SOCIETE2.), (ii) des mesures aient été prises par SOCIETE1.) pour rendre effectives les recommandations de SOCIETE7.).

La Cour en déduit que SOCIETE1.) a agi en violation de l'article 15.3 du "custodian agreement", à savoir qu'elle a été négligente non seulement lors de la sélection mais encore davantage lors de la surveillance du sous-dépositaire (Correspondants), de sorte qu'elle est responsable à l'égard de SOCIETE2.), suite à la "liquidation, bankruptcy or insolvency" de SOCIETE4.). La fin de cette clause, à savoir qu'il sera tenu compte, lors de l'établissement de la négligence du dépositaire, du choix des correspondants sur un marché, du défaut d'expérience ou d'expertise de tels Correspondants et de l'insuffisance et du caractère peu fiable des informations (financières ou autres) concernant ces Correspondants, ne relativise nullement la négligence de SOCIETE1.) : au contraire, SOCIETE4.) était une société créée depuis longtemps, dans les années 1960, avec laquelle SOCIETE1.) entretenait des liens dès avant la constitution de SOCIETE2.) le 24 mars 2004. SOCIETE4.)

était donc connue sur le marché newyorkais, respectivement américain voire mondial. Un manque d'expérience ou la qualité des informations qui auraient pu être obtenues, sont des arguments vains. Il aurait suffi à SOCIETE1.) de creuser ses doutes émis dans les mails partiellement retranscrits ci-dessus, d'y réserver des suites et surtout de requérir des preuves des investissements allégués par SOCIETE4.), bref d'effectuer des contrôles réguliers par des personnes physiques ou morales extérieures à la galaxie PERSONNE6.), pour s'être comportée de façon prudente.

Tel n'ayant manifestement pas été le cas, SOCIETE1.) est, par application du contrat entre parties, à savoir aux vœux de la clause 15.3 du "custodian agreement", responsable à l'égard de SOCIETE2.) des pertes causés par SOCIETE4.).

3) La restitution

Il a été retenu ci-dessus que la demande principale de SOCIETE2.) est à dire fondée en son principe, par application des seules dispositions du "custodian agreement". Il est partant superflu d'analyser les longs développements des parties en lien avec l'application de diverses lois luxembourgeoises et/ou directives européennes.

Il est encore constant en cause (i) que le Trustee à la liquidation de SOCIETE4.) a été nommé le 15 décembre 2008, (ii) qu'il a envoyé un formulaire de "customer claim" à SOCIETE1.) avec la référence du "account number NUMERO3.)", (iii) que SOCIETE1.) a continué ce formulaire à SOCIETE2.) le 3 février 2009, avec l'information qu'il devait le compléter et le renvoyer au Trustee pour le 4 mars 2009 au plus tard, (iv) que le Trustee a relancé SOCIETE1.) par courrier du 22 mai 2009, n'ayant pas eu de retour de sa part, mais que ça devait être fait pour le 2 juillet 2009, (v) que SOCIETE1.) a expédié le 5 juin 2009 un rappel de son courrier du 3 février 2009, à SOCIETE2.), (vi) que SOCIETE2.) a finalement rempli ce formulaire, qu'il a renvoyé au Trustee en date du 22 juin 2009, avec un addendum, (vii) que le Trustee a transmis le 8 décembre 2009 une "notice of Trustee's determination of claim" à SOCIETE2.) par laquelle il a rejeté sa "claim N° 011307", au motif qu'il n'aurait pas eu de compte ouvert chez SOCIETE4.) et ne serait ainsi pas un client de SOCIETE4.), selon la loi américaine en cause pour la liquidation.

Il est établi par les pièces à la disposition de la Cour que le 19 mai 2010, le Trustee a adressé une "notice of Trustee's withdrawal of determination" à SOCIETE2.) en lien avec les plaintes N° 011307 et N° 010817, qui seraient des doublons, pour l'informer que les deux plaintes seraient à traiter ensemble et que la plainte N° 011307 aurait été refusée par erreur (pièce "14" de SOCIETE2.)).

Il découle de la pièce "179" de SOCIETE2.) qu'un accord a été signé le 12 novembre 2014 entre le Trustee d'une part et les liquidateurs de ENSEIGNE1.) et de SOCIETE2.) d'autre part. Il y est précisé que SOCIETE2.) avait un compte ouvert auprès de SOCIETE4.), au travers de son dépositaire luxembourgeois, SOCIETE1.), désigné sous le numéro "NUMERO3.)" et que sa plainte est allouée à hauteur de 1.639.896.943.- US\$. En exécution de cet arrangement transactionnel, la somme initiale de 755.320.133.- US\$ serait à payer par le Trustee à SOCIETE2.). Il ressort des pièces 138 à 143 ainsi que des pièces 182 et 183 de SOCIETE2.) que d'autres paiements sont intervenus depuis.

Après examen de ces pièces, il est faux de prétendre, comme le fait SOCIETE1.), en prenant des raccourcis injustifiés, que cela signifie que SOCIETE2.)

était client direct de SOCIETE4.), qu'il existait une relation financière directe entre SOCIETE4.) et SOCIETE2.) ou que le "brokerage agreement" en aurait été la base.

Au vu de ces éléments constants, sinon rapportés en preuve, la Cour ne saurait cependant faire droit à la demande formulée par SOCIETE2.) en délivrance des Titres : il a lui-même été d'accord à les recevoir sous forme de leur équivalent en argent. De plus, il serait impossible de déterminer quels Titres seraient actuellement à remettre après l'intervention du paiement de multiples sommes d'argent. La Cour note que SOCIETE2.) ne lui a d'ailleurs jamais remis de décompte dans ce sens, à savoir un décompte mixte entre Titres et équivalent en argent.

La Cour note que les parties sont toujours en désaccord quant à l'incidence de l'accord transactionnel avec le Trustee :

* SOCIETE1.) y voit la reconnaissance par SOCIETE4.), via le Trustee, de sa qualité de dépositaire des Titres réclamés par SOCIETE2.). En acceptant les paiements, SOCIETE2.) aurait accepté que SOCIETE4.) soit le seul dépositaire des Titres. SOCIETE2.) serait "partiellement" malvenu à réclamer la restitution de ces mêmes Titres : cette demande serait irrecevable pour défaut d'intérêt à agir, sinon non fondée.

Les recouvrements ainsi effectués viendraient nécessairement réduire, sinon satisfaire entièrement la demande de SOCIETE2.). Si SOCIETE2.) obtenait le paiement et de SOCIETE4.) et de SOCIETE1.), cela constituerait un enrichissement sans cause. De ce fait, SOCIETE1.) réitère son appel incident. En tout état de cause, les demandes de SOCIETE2.) seraient irrecevables sinon non fondées pour absence d'objet (demande en restitution) ou absence de préjudice (demande en dommages et intérêts).

* SOCIETE2.) conteste en bloc ces théories, qui feraient abstraction de la qualité de client de SOCIETE1.) à l'égard de SOCIETE4.).

La Cour constate à la lecture de l'"agreement" signé en date du 12 novembre 2014 entre notamment le Trustee et les liquidateurs officiels de SOCIETE2.), qu'il y est bien établi que SOCIETE2.) avait un compte ouvert auprès de SOCIETE4.), au travers de sa banque de dépôt basée à Luxembourg (SOCIETE1.)), compte désigné sous le numéro "NUMERO3.), qui a été ouvert en ou aux alentours du mois d'avril 2004".

Ce n'est donc pas SOCIETE2.) qui était en lien direct avec SOCIETE4.). Les conclusions de SOCIETE1.) à ce sujet ne sont ainsi pas établies. Le juge Vaughn R. Walker interprète, si besoin en était, dans son troisième rapport daté du 2 juillet 2021, ce "SIPA Agreement" (Securities Investor Protection Act of 1970 as amended) selon les dispositions de droit américain relatives à la définition de "customer" : [le fait qu'un bénéficiaire effectif de Titres comme SOCIETE2.) a été autorisé de recouvrer sur base d'une plainte SIPA, ne fait pas, par définition, de ce bénéficiaire effectif un "client" aux fins de l'Exchange Act Rule 15c3-3. Ni non plus le fait que SOCIETE2.) ait obtenu une plainte SIPA dans sa transaction avec le Trustee de PERSONNE6.), en tant que bénéficiaire effectif du compte dont SOCIETE1.) était le propriétaire légal, n'annule la relation contractuelle de client entre SOCIETE4.) et SOCIETE1.)] (pièce "179, point 6" de SOCIETE2.)).

La Cour en déduit que face à l'immobilisme de SOCIETE1.), SOCIETE2.) a été obligé de remplir le formulaire pourtant envoyé par le Trustee à SOCIETE1.), en lieu et place de cette dernière : ce faisant, SOCIETE2.) a essuyé un premier échec, avant que le Trustee ne revienne sur sa position de refus : le Trustee n'a néanmoins pas purement et simplement accepté ladite "customer claim" par la suite : il a fallu passer par un "settlement agreement", soit une transaction, pour permettre à

SOCIETE2.) de percevoir des sommes de la part du Trustee, sommes que ce dernier a pu récupérer dans le cadre de sa mission. De plus, cette transaction a été approuvée par la "Grand Court of the Cayman Islands" et par la "United States Bankruptcy Court, Southern District of NEW YORK". Il s'ensuit que rien ne permet de conclure à un changement des relations contractuelles établies avant la liquidation de SOCIETE4.) : SOCIETE1.) a ouvert le compte "NUMERO3.)" auprès de SOCIETE4.) en sa qualité de dépositaire de SOCIETE2.) : ce faisant, SOCIETE4.) est devenu le sous-dépositaire de SOCIETE2.). C'est donc bien SOCIETE4.) qui inscrivait les Titres, soit des biens fongibles, en ses comptes, en sa qualité de dépositaire de SOCIETE1.) et de sous-dépositaire de SOCIETE2.), avant de les faire remonter vers SOCIETE1.), tel que confirmé par celle-ci. SOCIETE1.) ne peut ainsi pas alléguer qu'aucun Titre ne lui a été remis et qu'elle n'en aurait pas remis à SOCIETE4.) : le contraire est vrai.

Comme il a été décidé ci-dessus que SOCIETE1.) a reconnu avoir en ses comptes les Titres repris sur les relevés envoyés par SOCIETE4.) et que SOCIETE1.) s'est montrée négligente, il lui appartient toujours de payer les pertes causées par SOCIETE4.). La signature avec le Trustee du susdit accord transactionnel n'y change rien.

SOCIETE1.) est effectivement un dépositaire au sens de l'article 1915 du Code civil.

Cet article dispose : "le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature". S'agissant, comme en l'espèce, en présence de biens dématérialisés, non plus de biens mobiliers déposés, mais de biens fongibles, le conservateur doit être en mesure de répondre à une demande de son client de transférer, par virement de compte à compte, les titres inscrits à son compte (Droit des marchés financiers, Hubert De Vauplane et Jean-Pierre Bornet, éditions Litec, 1998, numéro 982).

Par application du contrat entre parties (custodian agreement) et du Code civil luxembourgeois, il appartient à SOCIETE1.) de rendre, par équivalent, les Titres requis par SOCIETE2.). Comme ce dernier a d'ores et déjà reçu, par des transferts de la part du Trustee, une partie des sommes par lui réclamées, il ne peut plus que réclamer le surplus à SOCIETE1.), à savoir la partie non encore remboursée par le Trustee. Il ne peut en effet pas recevoir deux fois le prix des Titres réclamés.

La Cour rappelle que de nombreux mois se sont écoulés entre les dernières conclusions récapitulatives de SOCIETE2.) et le prononcé du présent arrêt : il convient de demander à SOCIETE2.) d'établir non seulement un état actualisé des sommes actuellement déjà perçues par lui mais encore d'établir un nouveau décompte de sa demande, qui tient compte de ce dernier état et du cours des intérêts requis. La Cour ne s'oppose pas à ce que SOCIETE2.) lui verse deux versions dudit décompte : l'une qui part du principe que seul le solde non encore reçu reste dû par SOCIETE1.) ; l'autre qui se base sur le scénario proposé par SOCIETE2.), de continuer toutes les sommes à lui payées par le Trustee à SOCIETE1.), qui elle devra la totalité de la somme requise à SOCIETE2.), sans aucune déduction, mais à augmenter des intérêts. La Cour l'invite à ce faire et procède, par application de l'article 225 du Nouveau Code de procédure civile, à la révocation de l'ordonnance de clôture.

En attendant, il convient de réserver les droits des parties quant à ce volet à cette ultime précision de décomptes ainsi que les frais. Il en ressort néanmoins qu'il est superfétatoire de s'attarder aux questions soulevées par SOCIETE1.), à propos

de l'enrichissement sans cause ou de l'absence d'objet de la demande de SOCIETE2.).

La demande principale de SOCIETE2.) ayant abouti en son principe, il n'y a partant pas lieu d'analyser la demande formulée à titre subsidiaire par rapport à la restitution des fonds continués à SOCIETE4.), et de tous les développements des parties en lien avec cette demande subsidiaire >> (arrêt attaqué, p. 34 à 49) ;

1°) ALORS QUE, première branche, devant la cour d'appel, l'actuelle demanderesse en cassation a invoqué le moyen selon lequel les titres n'ont jamais été inscrits dans un compte-titres de SOCIETE2.) dans les livres SOCIETE1.) et que par conséquent SOCIETE1.) ne pouvait être considérée comme dépositaire des titres de SOCIETE2.) au sens de la loi du 1^{er} août 2001 concernant la circulation de titres et autres instruments fongibles (conclusions récapitulatives et ampliatives Arendt & Medernach S.A. du 13 mai 2022, p.37, § 88 ; p. 54, § 144 ; p.75, § 209 ; p.78-79, §§ 222-223 ; p. 82, §§ 232-233 ; p.99-100, §§ 279-280) ; qu'en retenant l'existence d'un contrat de dépôt, sans répondre à ce moyen, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de motifs, en violation de l'article 109, première phrase, de la Constitution et de l'article 249 du Nouveau Code de procédure civile, en combinaison avec l'article 587 du même code ;

2°) ALORS QUE, seconde branche (subsidiaire par rapport à la première branche, dans le cas où les éléments de la motivation de l'arrêt attaqué ci-dessus reproduits seraient considérés comme une réponse implicite au moyen de l'actuelle demanderesse en cassation selon lequel les titres n'ont jamais été inscrits dans un compte-titres de SOCIETE2.) dans les livres SOCIETE1.) et que par conséquent SOCIETE1.) ne pouvait être considérée comme dépositaire des titres de SOCIETE2.) au sens de la loi du 1^{er} août 2001 concernant la circulation de titres et autres instruments fongibles), la remise d'un titre fongible au dépositaire s'opère par inscription sur un compte-titres ouvert auprès de ce dernier ; qu'en retenant que SOCIETE1.) était dépositaire des titres, sans constater l'existence d'un compte-titres ouvert dans les comptes de SOCIETE1.) et une inscription de titres dans ce compte, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 3 et 4 de la loi du 1^{er} août 2001 concernant la circulation de titres et d'autres instruments fongibles. ».

Réponse de la Cour

Sur la première branche du moyen

La demanderesse en cassation fait grief aux juges d'appel de ne pas avoir motivé leur décision quant à l'inscription des titres, dont la société SOCIETE2.) demande la restitution, sur un compte tenu par elle au nom de la société SOCIETE2.).

En tant que tiré de la violation de l'article 109 de la Constitution et de l'article 249 du Nouveau Code de procédure civile en combinaison avec l'article 587 du même code, 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, dans la partie II-A)1) de leurs développements,

« De tout ce qui précède, il est établi que la relation de sous-dépositaire entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.) s'applique à SOCIETE2.), tel que cela a encore été confirmé, si besoin en était, par le << sub-custody agreement >> du 8 septembre 2004.

SOCIETE1.) conteste que cette relation soit à prendre en considération, alors qu'elle n'aurait jamais reçu d'application (n'aurait pas été parfaite).

La Cour se doit de vérifier cette assertion.

Il ressort des pièces versées en cause que le compte ouvert par SOCIETE1.) pour SOCIETE2.) auprès de SOCIETE4.), à savoir le << special custody account NUMERO2.) >> était, contrairement à la théorie avancée par SOCIETE1.), actif, tel qu'il l'a déjà été dit ci-dessus : en témoignent les extraits de compte, respectivement les avis de crédit, relatifs à ce compte, toujours envoyés par SOCIETE4.) à SOCIETE1.), depuis 2004 (voir notamment les conclusions récapitulatives de SOCIETE2.) du 9 juillet 2021, pages 25 à 30, où sont scannés des avis de crédit, des avis d'opération ainsi que le premier relevé mensuel dudit compte) jusqu'en 2008 (comme il ressort de la pièce << 9 >> de SOCIETE2.)).

Les différents comptes annuels de SOCIETE2.), tous préparés par SOCIETE1.), confirment également que cette dernière était la banque dépositaire de SOCIETE2.) et que SOCIETE4.) était son sous-dépositaire : il suffit de se référer aux premiers comptes annuels couvrant la période du 24 mars au 31 décembre 2004, qui ont été audités par SOCIETE6.), selon les lois et règlements en vigueur au Luxembourg, pour s'apercevoir que SOCIETE1.) y figure comme << custodian and administrative agent >> et que SOCIETE1.) a nommé des entreprises de courtage en investissement en qualité de sous-dépositaire d'elle-même (<< the custodian bank has appointed these broker/dealer investment firms as their sub-custodians to hold and maintain the assets of Segregated Portfolios >>), ce qui fait explicitement référence à SOCIETE4.).

Le contenu des seconds comptes annuels de SOCIETE2.), arrêtés au 31 décembre 2005 comprend les mêmes stipulations, tout comme les comptes annuels arrêtés au 31 décembre 2006 et au 31 décembre 2007 : la Cour met en exergue que pour cette année il existe un courrier de SOCIETE1.) à SOCIETE6.), du 13 février 2007, par lequel elle prend manifestement position par rapport à des questions qui lui ont été posées auparavant par SOCIETE6.) : SOCIETE1.) y met expressément en document joint le relevé lui envoyé par SOCIETE4.), par rapport au << special custody account for SOCIETE2.), number NUMERO2.) >> pour s'y référer quant aux questions touchant les << securities, precious metals, deposit certificates,... in your custody ... >> : elle répond ainsi explicitement << please see attached PERSONNE6.) statements >>. SOCIETE1.) certifie partant au réviseur SOCIETE6.) avoir en dépôt les Titres se trouvant sur un relevé valant extrait du compte << NUMERO2.) >> auprès de SOCIETE4.).

Il découle de la pièce << 4 >> de SOCIETE2.), << Other assets and liabilities report SOCIETE2.) >> qu'en date du 30 novembre 2008, les actifs de SOCIETE2.) en dépôt au << SOCIETE1.) PERSONNE6.) Account >>, soit selon le << screenshot SOCIETE1.) du 18 décembre 2008 >> le toujours même << special custody

account >>, se chiffraient à 1.897.736.818,66 US\$, constitués par les Titres repris dans ladite pièce, mais également en pages 46 à 48 des conclusions récapitulatives de SOCIETE2.) du 9 juillet 2021.

Il suit de tout ce qui précède, que les opérations d'achat et de ventes de Titres passaient bien par le compte ouvert par SOCIETE1.) auprès de SOCIETE4.) pour le compte de SOCIETE2.), à savoir le compte désormais connu sous la dénomination et le numéro << special custody account NUMERO2.) >>. »

et, dans la partie II-A)2) de leurs développements,

« 2) Les droits et devoirs de SOCIETE1.) comme banque dépositaire

Le << custodian agreement >> entre SOCIETE2.) et SOCIETE1.) ayant stipulé être soumis au droit luxembourgeois, la Cour rappelle encore une fois qu'aux termes de l'article 1134 du Code civil << les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi >>.

Il convient partant en premier lieu de se référer à cette loi des parties.

Ce << custodian agreement >>, dont la plupart des clauses ci-après invoquées ont été citées plus haut en texte original en anglais, précise en sa clause 9.1 : le dépositaire (SOCIETE1.)) devra identifier les Titres détenus par lui au titre des présentes comme détenus pour le compte du fonds (SOCIETE2.)) et devra requérir de chaque agent, sous dépositaire ou délégué (visés aux termes de la clause 15.2) (SOCIETE4.)) d'identifier les Titres ou autres investissements détenus par ledit agent, sous-dépositaire ou délégué, comme étant détenu par lui, en qualité de dépositaire ou fiduciaire, pour le compte du fonds ou du dépositaire. Toutes dépenses de quelque nature que ce soit engagées par le dépositaire, dans le cadre de ces inscriptions, seront à charge du fonds.

Cette clause est à lire ensemble avec la clause 9.3 du même << custodian agreement >>, qui stipule que le dépositaire devra tenir ou obtenir la tenue de livres, registres et relevés pouvant s'avérer nécessaires pour donner un état complet de l'ensemble des espèces et Titres détenus par lui et des transactions réalisées par lui pour compte du fonds.

Il en ressort qu'il était de la responsabilité de SOCIETE1.) (dépositaire) non seulement de savoir quels Titres et investissements étaient effectués pour SOCIETE2.) (le fonds), mais encore qu'il dût les identifier et les inscrire en ses livres et registres pour pouvoir donner un état complet de l'ensemble de ces espèces et Titres, devant pour cela aussi s'enquérir auprès des sous-dépositaires des Titres ou autres investissements détenus par ces derniers.

Quant à la désignation de ces sous-dépositaires, il a été vu et retenu ci-dessus qu'aux termes de la clause 15.2 du << custodian agreement >>, SOCIETE1.) pouvait les nommer. Cette clause précise << le dépositaire (SOCIETE1.)) demeurera responsable à l'égard du fonds (SOCIETE2.)) des actions ou omissions d'un

quelconque Correspondant, peu importe la façon dont il a été désigné, comme si lesdites actions ou omissions étaient celles du dépositaire >>.

La clause suivante, à savoir la 15.3 semble limiter cette responsabilité, en stipulant << dans le cadre de la sélection, désignation et surveillance des Correspondants, conformément à la clause 15.2, le dépositaire fera preuve de compétence et de soin raisonnable, mais ne sera responsable à l'égard du fonds des pertes résultants de liquidations, banqueroutes ou faillites desdits Correspondants que s'il a été négligent lors de la sélection et surveillance de ces derniers >>. Cette limite n'est donnée qu'en l'absence de légèreté et négligence tant dans le choix que dans la surveillance du sous-dépositaire.

Ici encore, les parties demeurent en désaccord, SOCIETE1.) contestant toute négligence et SOCIETE2.) plaidant l'existence de nombreux doutes de SOCIETE1.) à l'égard de SOCIETE4.), qui feraient conclure à l'existence de négligence.

La Cour rappelle tout d'abord qu'il ressort des développements réalisés dans la partie II-A)1) que l'inscription en compte et la tenue en compte des Titres listés sur les relevés du << special custody account NUMERO2.) >> adressés par SOCIETE4.) à SOCIETE1.) est établie par les comptes annuels de SOCIETE2.), établis par SOCIETE1.) et certifiés par SOCIETE6.). Cette existence en dépôt auprès de SOCIETE1.) desdits Titres est encore attestée par le contenu de certains échanges de mails versés en pièces << 105 >> par SOCIETE2.).

Partant de là, il faut en conclure que SOCIETE1.) a inscrit ces Titres, qui se trouvaient en conservation sur ses comptes, tenus par elle, pour le compte de SOCIETE2.). Ces Titres remontaient vers elle depuis SOCIETE4.).

[...]

Il est partant établi que SOCIETE1.) a repris à son compte les inscriptions en compte << Titres >> portés sur le << special custody account NUMERO2.) >> ouvert auprès de SOCIETE4.), à savoir elle a admis qu'elle avait en dépôt chez elle les Titres y inscrits. »,

les juges d'appel ont motivé leur décision sur le point considéré.

Il s'ensuit que le moyen, pris en sa première branche, n'est pas fondé.

Sur la seconde branche du moyen

La demanderesse en cassation fait grief aux juges d'appel de ne pas avoir constaté l'existence d'un compte-titres ouvert en ses livres au profit de la société SOCIETE2.), ni l'inscription des titres dont la restitution était demandée dans un tel compte, de sorte à priver leur décision de base légale au regard des articles 3 et 4 de la loi du 1^{er} août 2001 concernant la circulation de titres et d'autres instruments fongibles.

Par les motifs reproduits en réponse à la première branche du moyen, les juges d'appel ont constaté tant l'existence d'un compte-titres ouvert en les livres de la société

SOCIETE1.) au profit de la société SOCIETE2.) que l'inscription des titres actuellement revendiqués par la société SOCIETE2.) dans ce compte.

Il s'ensuit que le moyen, pris en sa seconde branche, n'est pas fondé.

Sur le cinquième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré en sa première branche de la violation des articles 1915 et 1919 du code civil ; en sa deuxième branche de la violation de l'article 1932 du code civil ; et en sa troisième branche de la violation de l'article 1147 du code civil ;

EN CE QUE la cour d'appel a réformé le jugement du 22 mars 2013, EN CE QU'elle a dit fondée en son principe la demande principale de SOCIETE2.) (in official liquidation), une << exempted segregated portfolio company >> constituée sous les lois des Cayman Islands à l'égard de la société anonyme SOCIETE1.) SA tendant à l'obtention en équivalent des Titres requis en restitution et EN CE QU'elle a, avant tout autre progrès en cause, révoqué l'ordonnance de clôture du 2 septembre 2022 pour permettre aux parties de verser les pièces et documents requis ainsi que de conclure quant aux points soulevés dans la motivation de l'arrêt, à savoir d'établir non seulement un état actualisé des sommes d'ores et déjà perçues par SOCIETE2.) (in official liquidation) mais encore d'établir un nouveau décompte de sa demande, qui tient compte de ce dernier état et du cours des intérêts requis ;

AUX MOTIFS QUE << Aux termes de l'article 58 du Nouveau Code de procédure civile "il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention". Conformément à l'article 1315 du Code civil, "celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation".

En effet, le demandeur doit démontrer l'existence du fait ou de l'acte juridique sur lequel il fonde sa prétention : actori incumbit probatio. Celui qui a fait la preuve des éléments nécessaires à la naissance du droit qu'il invoque ne doit pas, en outre, prouver que ce droit s'est maintenu sans être modifié. Le défendeur se mue en demandeur en tant qu'il invoque une exception : reus in excipiendo fit actor. Il lui appartient donc de faire la preuve des faits qu'il invoque à titre d'exception (R. Mougenot, Droit des obligations, La preuve, éd. Larcier, 1997).

En application des principes directeurs prévus par ces textes, aux fins de pouvoir prospérer dans sa demande, il appartient à SOCIETE2.) de rapporter la preuve tant du fait que SOCIETE1.) est sa banque dépositaire que de celui que SOCIETE4.) est à considérer comme le sous-dépositaire de celle-ci, respectivement à SOCIETE1.) de prouver qu'elle s'est libérée de ses obligations en ayant exécuté, comme elle le prétend, les propres instructions de SOCIETE2.) envers SOCIETE4.), qui serait, dans ce cas, à considérer comme deuxième banque dépositaire.

1) L'examen des liens entre parties

La Cour constate emblée que les parties demeurent, en instance d'appel, en profond désaccord quant à la qualification de la relation triangulaire entre SOCIETE2.), SOCIETE1.) et SOCIETE4.), étant précisé que SOCIETE4.) n'est pas partie à l'instance.

SOCIETE2.) base sa demande et son appel tant sur le "custodian agreement", que la Loi 2001 et aussi sur le Code civil.

La Cour analysera dans un premier temps les termes du "custodian agreement". En effet, aux termes de l'article 1134 du Code civil "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi".

Il ressort des pièces versées en cause que SOCIETE2.) et SOCIETE5.) (le prédécesseur de SOCIETE1.)) ont signé un "custodian agreement" (contrat de dépôt ou de dépositaire) en date du 29 mars 2004. Il y est précisé dans son préambule que le conseil d'administration de SOCIETE2.) a sélectionné, pour le compte de SOCIETE2.), SOCIETE1.) en tant que dépositaire et que SOCIETE1.) accepte de fournir les services de dépositaire aux termes et conditions repris dans ledit accord.

Cet accord a été soumis (clause 28) aux lois du Luxembourg et à la compétence des juridictions luxembourgeoises. SOCIETE1.) s'y est engagé :

- à enregistrer et tenir un compte distinct dans ses livres, de l'ensemble des Titres reçus au fur et à mesure, et faire en sorte que ces Titres soient déposés dans son "coffre-fort", ou autrement détenus par lui ou à son ordre, ainsi qu'il le jugera approprié pour la garde des Titres (...) (clause 6.1): "the Custodian shall record and hold in a separate account in its books all Securities received by it from time to time and shall arrange for all Securities to be deposited in the Custodian's vault or otherwise held by or to the order of the Custodian as it may think proper for the purpose for the safekeeping thereof";

- à identifier les Titres détenus par lui pour le compte de SOCIETE2.) et devra requérir de chaque agent, sous-dépositaire ou délégué (visés aux termes de la clause 15.2) d'identifier les Titres ou autres investissements détenus par un tel agent, sous-dépositaire ou délégué comme étant détenu par ce dernier, en qualité de dépositaire ou fiduciaire, pour le compte de SOCIETE2.) ou de SOCIETE1.) (...) (clause 9.1). La Cour précise qu'il convient de se référer à la partie "discussion" ci-dessus, pour la version originale en langue anglaise des clauses ici majoritairement citées en langue française, par mesure de simplification ;

- à tenir ou à obtenir la tenue de livres, registres et relevés pouvant s'avérer nécessaires pour donner un état complet de l'ensemble des espèces et Titres détenus par elle (SOCIETE1.)) et des transactions par elle réalisées pour le compte de SOCIETE2.) (...) (clause 9.3) ;

- en cas de résiliation de l'accord, de délivrer ou de faire délivrer au dépositaire lui succédant, l'ensemble des Titres détenus au titre de l'accord, et toutes les espèces ou autres actifs qu'elle posséderait de SOCIETE2.) (clause 19.2).

Ce "custodian agreement" a autorisé SOCIETE1.) à désigner des agents, sous-dépositaires et délégués (désignés tous ensemble comme des "Correspondants"), tel qu'il sera nécessaire pour l'exercice de tout ou d'une partie des fonctions et prérogatives de SOCIETE1.) (y compris les pouvoirs de désignation des sous-dépositaires) (...) SOCIETE1.) demeurera responsable à l'égard de SOCIETE2.) de tous actes ou omissions d'un quelconque Correspondant, de quelque

manière qu'il ait été désigné, comme si ces actes ou omissions étaient ceux de SOCIETE1.) (clause 15.2).

La clause 15.3 a, dans ce contexte, impose ce qui suit à SOCIETE1.) : dans le cadre de la sélection, de la désignation et de la supervision des Correspondants, conformément à la clause 15.2, SOCIETE1.) fera preuve de compétence et de prudence, mais ne sera uniquement responsable envers SOCIETE2.) des pertes résultant de la liquidation, de la banqueroute ou de la faillite d'un tel Correspondant, si elle a fait preuve de négligence dans leur sélection et surveillance. Toutefois, dans l'établissement de cette négligence de SOCIETE1.), il sera tenu compte du choix du Correspondant sur un marché, du manque d'expérience ou d'expertise d'un tel Correspondant ainsi que de l'insuffisance et du manque de sérieux des informations ("financières ou autres") concernant ces Correspondants.

De ce qui précède, il ressort clairement que SOCIETE1.) a été désignée en qualité de banque dépositaire par SOCIETE2.) et qu'elle a accepté cela aux conditions ci-dessus reprises. Elle a reconnu inscrire les Titres en compte chez elle aux susdites conditions.

La Cour doit maintenant s'attacher à vérifier s'il existe des liens contractuels entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.) et si ces liens sont exclusifs ou s'il existe également des liens contractuels directs entre SOCIETE2.) et SOCIETE4.).

Il découle des pièces à la disposition de la Cour que SOCIETE5.) a signé différents documents à et avec SOCIETE4.), qui démontrent que SOCIETE5.), actuellement SOCIETE1.), est cliente de SOCIETE4.) : il en est ainsi d'un "trading authorization limited to purchases and sales of securities" du 30 novembre 1994 et de deux "customer agreement" des 6 décembre 1994 et 25 avril 1997. Ces documents indiquent être régis par les lois du Luxembourg et donnent compétence judiciaire aux juridictions du Luxembourg.

Un pas de plus est franchi par la signature d'un "sub-custody agreement" entre SOCIETE5.) et SOCIETE4.) en date du 7 août 2002, par lequel la banque (actuellement SOCIETE1.) est autorisée à ouvrir et maintenir des comptes de dépôt (la Cour a souligné ce passage) auprès du "sub-custody" (SOCIETE4.) qui seront pour le bénéfice exclusif des clients de SOCIETE1.), comme repris en annexe "A" dudit accord, et qui seront intitulés "SOCIETE5.) special custody account for Customer (name of Customer to appear)" (article 4). Cette volonté se trouve déjà inscrite au préambule dudit accord au point (A) : "The Bank wishes to establish custody accounts with the sub-custodian to hold, maintain and/or administer certain property which the Bank holds as custodian for certain customers, that are listed in Annex "A" to this agreement, which accounts may each be designated as being held for a particular customer". Cet accord est régi par les lois du Luxembourg et SOCIETE4.) se soumet à la compétence non exclusive des juridictions luxembourgeoises.

Il en ressort qu'il existe une relation de sous-dépositaire entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.), depuis cet accord du 7 août 2002. La Cour doit néanmoins s'assurer que cette relation s'applique à SOCIETE2.).

La Cour note que par "Memorandum" de SOCIETE5.) du 30 mars 2004, qui a pour sujet "SOCIETE2.) (Cayman)", dont la constitution aurait été prévue pour le 24 mars 2004, sous forme de société des îles Cayman (SPC), que SOCIETE5.) serait la banque dépositaire et que ce nouveau fonds serait une copie de "ENSEIGNE1.)", dans le sens qu'il y aura des investissements à faire avec SOCIETE4.). Ce "Memorandum" spécifie en son point "7" que SOCIETE4.) sera le sous-dépositaire de SOCIETE1.) pour SOCIETE2.) et qu'un compte sera ouvert auprès de

SOCIETE4.) pour SOCIETE2.), par application du "sub-custody agreement" déjà existant, qui serait à modifier pour y inclure SOCIETE2.).

Conformément aux prévisions de ce "Memorandum" de SOCIETE1.), (i) SOCIETE2.) a été constituée le 24 mars 2004, tel que cela ressort du "Memorandum of association" et du "Certificate of incorporation" du "Registrar of Companies, Cayman Islands" (pièces 145 et 146 de SOCIETE2.)), (ii) un compte au nom de SOCIETE2.) a été ouvert par SOCIETE5.) (SOCIETE1.)) dès le 25 mars 2004, sous la dénomination "SOCIETE5.), special custody account for SOCIETE2.), ADRESSE3.)" (soit l'adresse de SOCIETE5.)) et sous le numéro "NUMERO5.)", (iii) le nom de SOCIETE2.) a été ajouté à l'annexe "A" du nouveau "sub-custody agreement" entre SOCIETE5.) et SOCIETE4.) daté du 8 septembre 2004, qui reprend les termes du premier "sub-custody agreement" de 2002.

La Cour pointe que ce compte est utilisé dès le 21 avril 2004, avec la désignation ci-dessus reprise, comme cela se déduit des extraits de compte SOCIETE4.), sauf qu'à partir de novembre 2004, le nom de SOCIETE5.) est remplacé par celui de SOCIETE1.): tout le reste desdits extraits de compte de SOCIETE4.) en rapport avec ce compte "1-NUMERO4.)" reste toutefois inchangé, à savoir la référence au "special custody account for SOCIETE2.)" et l'adresse de SOCIETE1.) à Luxembourg.

Il n'a certes pas échappé à la Cour que ce n'est que le 29 mars 2004 que SOCIETE1.) et SOCIETE2.) signent ensemble le "custodian agreement", désignant SOCIETE1.) comme banque dépositaire de SOCIETE2.). Il n'en demeure pas moins que SOCIETE1.) a agi, avant cette date, en conformité du susdit "Memorandum", selon la volonté commune des parties, clairement exprimée à l'époque et n'ayant jamais fait l'objet d'une once de contestation en 2004, mais plutôt de confirmation. Ceci s'explique logiquement, de surcroît, par le fait que SOCIETE2.) n'était pas opérationnel avant le 26 mars 2004, date à laquelle ses trois administrateurs ont été nommés, en les personnes de PERSONNE3.), PERSONNE4.) et PERSONNE5.).

Le même jour que le "custodian agreement", à savoir le 29 mars 2004, SOCIETE5.) et SOCIETE2.) ont signé un "Administration agreement", par lequel SOCIETE1.), qui l'accepte, a été désigné "administrator" (agent d'administration centrale) du fonds (SOCIETE2.), lui accordant de nombreuses fonctions et devoirs, notamment d'établir les comptes et livres financiers de SOCIETE2.), en conformité avec la loi.

Toujours en date du 29 mars 2009, les administrateurs de SOCIETE2.), nommés trois jours plus tôt, ont signé, chacun depuis un autre pays, une "circular resolution of the board of directors" (ci-après "résolution circulaire"), dont il n'est pas contesté que le document ait été préparé par SOCIETE1.), par lequel ils approuvent l'ouverture d'un "bank account" avec SOCIETE4.) "in the name of SOCIETE5.), special custody account for SOCIETE2.)", soit exactement les termes utilisés quatre jours plus tôt par SOCIETE1.), lors de l'ouverture par elle du compte pour SOCIETE2.) auprès de SOCIETE4.). Les administrateurs n'ont fait qu'adhérer à ce qui a déjà été exécuté par SOCIETE1.).

De tout ce qui précède, il est établi que la relation de sous-dépositaire entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.) s'applique à SOCIETE2.), tel que cela a encore été confirmé, si besoin en était, par le "sub-custody agreement" du 8 septembre 2004.

SOCIETE1.) conteste que cette relation soit à prendre en considération, alors qu'elle n'aurait jamais reçu d'application (n'aurait pas été parfaite).

La Cour se doit de vérifier cette assertion.

Il ressort des pièces versées en cause que le compte ouvert par SOCIETE1.) pour SOCIETE2.) auprès de SOCIETE4.), à savoir le "special custody account 1-NUMERO4.)" était, contrairement à la théorie avancée par SOCIETE1.), actif, tel qu'il l'a déjà été dit ci-dessus : en témoignent les extraits de compte, respectivement les avis de crédit, relatifs à ce compte, toujours envoyés par SOCIETE4.) à SOCIETE1.), depuis 2004 (voir notamment les conclusions récapitulatives de SOCIETE2.) du 9 juillet 2021, pages 25 à 30, où sont scannés des avis de crédit, des avis d'opération ainsi que le premier relevé mensuel dudit compte) jusqu'en 2008 (comme il ressort de la pièce "9" de SOCIETE2.)).

Les différents comptes annuels de SOCIETE2.), tous préparés par SOCIETE1.), confirment également que cette dernière était la banque dépositaire de SOCIETE2.) et que SOCIETE4.) était son sous-dépositaire : il suffit de se référer aux premiers comptes annuels couvrant la période du 24 mars au 31 décembre 2004, qui ont été audités par SOCIETE6.), selon les lois et règlements en vigueur au Luxembourg, pour s'apercevoir que SOCIETE1.) y figure comme "custodian and administrative agent" et que SOCIETE1.) a nommé des entreprises de courtage en investissement en qualité de sous-dépositaire d'elle-même ("the custodian bank has appointed these broker/dealer investment firms as their sub-custodians to hold and maintain the assets of Segregated Portfolios"), ce qui fait explicitement référence à SOCIETE4.).

Le contenu des seconds comptes annuels de SOCIETE2.), arrêtés au 31 décembre 2005 comprend les mêmes stipulations, tout comme les comptes annuels arrêtés au 31 décembre 2006 et au 31 décembre 2007 : la Cour met en exergue que pour cette année il existe un courrier de SOCIETE1.) à SOCIETE6.), du 13 février 2007, par lequel elle prend manifestement position par rapport à des questions qui lui ont été posées auparavant par SOCIETE6.) : SOCIETE1.) y met expressément en document joint le relevé lui envoyé par SOCIETE4.), par rapport au "special custody account for SOCIETE2.), number NUMERO2.)" pour s'y référer quant aux questions touchant les "securities, precious metals, deposit certificates,... in your custody" : elle répond ainsi explicitement "please see attached PERSONNE6.) statements". SOCIETE1.) certifie partant au réviseur SOCIETE6.) avoir en dépôt les Titres se trouvant sur un relevé valant extrait du compte "NUMERO2.)" auprès de SOCIETE4.).

Il découle de la pièce "4" de SOCIETE2.), "Other assets and liabilities report SOCIETE2.)" qu'en date du 30 novembre 2008, les actifs de SOCIETE2.) en dépôt au "SOCIETE1.) PERSONNE6.) Account", soit selon le "screenshot SOCIETE1.) du 18 décembre 2008" le toujours même "special custody account", se chiffraient à 1.897.736.818,66 US\$, constitués par les Titres repris dans ladite pièce, mais également en pages 46 à 48 des conclusions récapitulatives de SOCIETE2.) du 9 juillet 2021.

Il suit de tout ce qui précède, que les opérations d'achat et de ventes de Titres passaient bien par le compte ouvert par SOCIETE1.) auprès de SOCIETE4.) pour le compte de SOCIETE2.), à savoir le compte désormais connu sous la dénomination et le numéro "special custody account NUMERO2.)".

A toutes ces opérations et certifications, SOCIETE1.) oppose la signature par SOCIETE2.) de ce qu'elle appelle les "brokerage agreements" avec SOCIETE4.). La Cour perçoit que ces derniers sont constitués des documents suivants :

- un "customer agreement" non daté (mais dont la date du 29 mars 2004 apparaît comme date d'envoi par fax/télécopie),
- un "option agreement" daté du 29 mars 2004,

- un "trading authorization limited to purchases and sales of securities and options" non daté (mais dont la date du 29 mars 2004 apparaît comme date d'envoi par fax/télécopie),

- un "certificate of foreign status of beneficial owner for United States Tax Withholding" non daté (mais dont la date du 29 mars 2004 apparaît comme date d'envoi par fax/télécopie).

SOCIETE1.) en conclut que par la signature de ces documents, auxquels elle serait tierce, SOCIETE2.) serait devenu un client direct de SOCIETE4.).

La Cour ne peut suivre ce raisonnement, étant donné que, sur la très mauvaise copie lui versée en pièce "6" par SOCIETE1.), dudit "customer agreement", il n'est nulle part fait référence au moindre numéro de compte, a fortiori à celui portant le numéro "NUMERO2.).". Cet accord pré-imprimé n'a de plus pas été entièrement complété, notamment quant au droit applicable et aux autorisations de divulgations. Les mêmes remarques valent pour les trois autres documents, qui ne peuvent pas être mis en lien avec le "special custody account 1-Fr 109" ou tout autre compte d'ailleurs, puisqu'aucun numéro n'y figure.

Ce constat n'est ni éternel par les conclusions du professeur Gordon (qui se base uniquement sur ces documents et les lois en vigueur aux États-Unis, sans prendre en compte le contexte général du litige) ni par la production de pièces sensées clarifier l'existence d'un ou de plusieurs comptes ouverts directement par SOCIETE2.), suite à la signature de ces documents.

La Cour confirme partant, à l'instar des juges de premier degré, l'existence d'une relation de sous-dépositaire entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.), tout en précisant que cette relation s'applique bien à SOCIETE2.) pour toutes les transactions passées par le "special custody account NUMERO2.).".

Comme il est désormais établi que (i) SOCIETE2.) a désigné SOCIETE1.) comme banque dépositaire et que cette dernière a conclu un contrat de sous-dépôt avec SOCIETE4.), duquel elle a fait bénéficier SOCIETE2.) et (ii) non pas que SOCIETE2.) a désigné un deuxième dépositaire, la voie est ouverte pour analyser la demande de SOCIETE2.) en restitution/délivrance des Titres.

2) Les droits et devoirs de SOCIETE1.) comme banque dépositaire

Le "custodian agreement" entre SOCIETE2.) et SOCIETE1.) ayant stipulé être soumis au droit luxembourgeois, la Cour rappelle encore une fois qu'aux termes de l'article 1134 du Code civil "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi".

Il convient partant en premier lieu de se référer à cette loi des parties.

Ce "custodian agreement", dont la plupart des clauses ci-après invoquées ont été citées plus haut en texte original en anglais, précise en sa clause 9.1 : le dépositaire (SOCIETE1.) devra identifier les Titres détenus par lui au titre des présentes comme détenus pour le compte du fonds (SOCIETE2.) et devra requérir de chaque agent, sous-dépositaire ou délégué (visés aux termes de la clause 15.2) (SOCIETE4.) d'identifier les Titres ou autres investissements détenus par ledit agent, sous-dépositaire ou délégué, comme étant détenu par lui, en qualité de dépositaire ou fiduciaire, pour le compte du fonds ou du dépositaire. Toutes dépenses de quelque nature que ce soit engagées par le dépositaire, dans le cadre de ces inscriptions, seront à charge du fonds.

Cette clause est à lire ensemble avec la clause 9.3 du même "custodian agreement", qui stipule que le dépositaire devra tenir ou obtenir la tenue de livres, registres et relevés pouvant s'avérer nécessaires pour donner un état complet de l'ensemble des espèces et Titres détenus par lui et des transactions réalisées par lui pour compte du fonds.

Il en ressort qu'il était de la responsabilité de SOCIETE1.) (dépositaire) non seulement de savoir quels Titres et investissements étaient effectués pour SOCIETE2.) (le fonds), mais encore qu'il dût les identifier et les inscrire en ses livres et registres pour pouvoir donner un état complet de l'ensemble de ces espèces et Titres, devant pour cela aussi s'enquérir auprès des sous-dépositaires des Titres ou autres investissements détenus par ces derniers.

Quant à la désignation de ces sous-dépositaires, il a été vu et retenu ci-dessus qu'aux termes de la clause 15.2 du "custodian agreement", SOCIETE1.) pouvait les nommer. Cette clause précise "le dépositaire (SOCIETE1.) demeurera responsable à l'égard du fonds (SOCIETE2.) des actions ou omissions d'un quelconque Correspondant, peu importe la façon dont il a été désigné, comme si lesdites actions ou omissions étaient celles du dépositaire".

La clause suivante, à savoir la 15.3 semble limiter cette responsabilité, en stipulant "dans le cadre de la sélection, désignation et surveillance des Correspondants, conformément à la clause 15.2, le dépositaire fera preuve de compétence et de soin raisonnable, mais ne sera responsable à l'égard du fonds des pertes résultants de liquidations, banqueroutes ou faillites desdits Correspondants que s'il a été négligent lors de la sélection et surveillance de ces derniers". Cette limite n'est donnée qu'en l'absence de légèreté et négligence tant dans le choix que dans la surveillance du sous-dépositaire.

Ici encore, les parties demeurent en désaccord, SOCIETE1.) contestant toute négligence et SOCIETE2.) plaidant l'existence de nombreux doutes de SOCIETE1.) à l'égard de SOCIETE4.), qui feraient conclure à l'existence de négligence.

La Cour rappelle tout d'abord qu'il ressort des développements réalisés dans la partie II-A)1) que l'inscription en compte et la tenue en compte des Titres listés sur les relevés du "special custody account NUMERO2.)" adressés par SOCIETE4.) à SOCIETE1.) est établie par les comptes annuels de SOCIETE2.), établis par SOCIETE1.) et certifiés par SOCIETE6.). Cette existence en dépôt auprès de SOCIETE1.) desdits Titres est encore attestée par le contenu de certains échanges de mails versés en pièces "105" par SOCIETE2.).

Partant de là, il faut en conclure que SOCIETE1.) a inscrit ces Titres, qui se trouvaient en conservation sur ses comptes, tenus par elle, pour le compte de SOCIETE2.). Ces Titres remontaient vers elle depuis SOCIETE4.).

Dans le but d'être complet, la Cour qualifie les pièces sur lesquelles elle se base pour arriver à ce résultat, d'aveu extrajudiciaire, contrairement aux conclusions de SOCIETE1.).

En effet, l'aveu en tant que moyen de preuve est régi par les articles 1354 à 1356 du Code civil. Il y est dit au sujet de l'aveu extrajudiciaire (article 1354) que "L'aveu qui est opposé à une partie est ou extrajudiciaire ou judiciaire".

L'aveu peut être défini d'une façon générale comme étant la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques. Il ne peut y avoir aveu que si la personne en question a conscience des conséquences favorables à son adversaire. L'objet de l'aveu doit porter sur un fait et non sur une règle de droit car celle-ci n'a pas à être prouvée. La force probante de l'aveu varie selon qu'il est judiciaire ou extrajudiciaire. En

présence d'un aveu judiciaire, qualifié de preuve parfaite, le juge doit admettre que la preuve du fait allégué est rapportée sur le seul fondement de ce mode de preuve et ce, quelle que soit son intime conviction. Il revient alors aux parties, le cas échéant, de rapporter la preuve contraire, organisée également par la loi. L'aveu extrajudiciaire, en tant que preuve imparfaite relève, à l'inverse, du système de preuve libre : sa force probante est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond (Dalloz, Répertoire de droit civil, Preuve : modes de preuve — Gwendoline Lardeux — Octobre 2019, N° 147, 221 + ss., 279 + ss.).

En l'espèce, les réponses fournies par SOCIETE1.), une banque officielle de la place de Luxembourg, sur demandes spéciales de SOCIETE6.), une des "big four" des sociétés d'audit et de conseil, à cette dernière, ne peut que valoir comme déclaration par laquelle SOCIETE1.) a reconnu comme véridique, comme devant être tenu pour avéré à son égard, du fait dont question, à savoir qu'elle a en dépôt les Titres litigieux. Cet aveu est de nature à entraîner des conséquences, tant pour elle que pour son client mais aussi de produire contre elle des conséquences juridiques, ce qu'elle était sensée savoir.

Les juges peuvent se déclarer totalement convaincus par un aveu extrajudiciaire, ils peuvent à l'inverse le rejeter, y trouver un indice ou un commencement de preuve par écrit (Jurisclasseur Civil Art. 1354-1356 Fasc. 20 nos 49-50).

Il est admis que les inscriptions faites dans les livres de commerce d'un commerçant qui les a tenus constituent dans son chef un aveu extrajudiciaire. Un commerçant est lié par les inscriptions mentionnées dans sa comptabilité, à moins qu'il ne rapporte la preuve que ces mentions résultent d'une erreur de fait (Van Ryn et Heenen, principes de droit commercial, tome III, 2ème édition Bxl, Bruylant, 1981, p.65, numéros 65 et 68 ; Cour 14 novembre 2001, numéro 25516 du rôle).

Au vu de ce qui précède, que SOCIETE1.) a continué des informations tout en sachant que ces informations allaient servir pour l'audit des comptes annuels de SOCIETE2.), il y a lieu de considérer que ces informations valent comme aveu extrajudiciaire, ce dont la Cour est convaincue. La Cour précise qu'il s'agit de plus d'informations, donc d'éléments factuels et non de règles de droit, comme SOCIETE1.) a tenté de le plaider.

SOCIETE1.) oppose, dans ce cas, la rétractation de tels aveux extrajudiciaires, en citant l'article relatif à la révocation de l'aveu judiciaire. Elle n'invoque de plus ni d'erreur de droit ou de fait à la base de cette demande ni n'en rapporte de preuve ; la rétractation, qui reste à l'appréciation souveraine des juges, n'est pas possible en l'espèce.

Une rétractation serait encore moins possible dans le cas présent, les informations continuées à SOCIETE6.) ayant été intégrées dans les comptes annuels de SOCIETE2.). La Cour ne dispose d'aucune information et encore moins de preuve de l'existence d'une procédure en rétractation, voire en annulation de ces comptes.

Il est partant établi que SOCIETE1.) a repris à son compte les inscriptions en compte "Titres" portés sur le "special custody account NUMERO2.)" ouvert auprès de SOCIETE4.), à savoir elle a admis qu'elle avait en dépôt chez elle les Titres y inscrits. La Cour précise que SOCIETE1.) est partant encore malvenue à vouloir plaider l'inexistence de ces Titres, parce qu'ils n'auraient sans doute majoritairement jamais été acquis par SOCIETE4.), au vu de ce que l'on saurait maintenant du "scandale PERSONNE6.)." En effet, cet argument est inopposable à SOCIETE2.) : par suite de l'aveu de SOCIETE1.) de détenir lesdits Titres, elle admet implicitement et nécessairement qu'elle s'est assurée que les investissements ont été

utilisés à bon escient, que les espèces par elle envoyées à SOCIETE4.) ont été échangées contre des Titres.

Cela étant clarifié, il appartient à la Cour de vérifier si SOCIETE1.) s'est comportée conformément aux stipulations, notamment reprises à la clause 15.3 du "custodian agreement".

Il a été établi ci-dessus que SOCIETE1.) était en relations d'affaire avec SOCIETE4.) dès avant la création de SOCIETE2.) et que c'est bien SOCIETE1.) qui a ouvert le compte litigieux pour SOCIETE2.) auprès de SOCIETE4.).

C'est pourtant à cette époque ayant précédé la création de SOCIETE2.), soit en 2001 et 2002, année de passation du premier "sub-custody agreement" que sont émis les premiers doutes par SOCIETE1.) quant au sérieux de SOCIETE4.). Cela découle de différents mails versés en cause, envoyés entre le personnel de SOCIETE5.), respectivement de SOCIETE1.). Il ressort ainsi de la lecture d'un mail du 25 juillet 2001 adressé par un certain PERSONNE7.) de la SOCIETE5.) à un administrateur de SOCIETE5.), puis de SOCIETE1.), PERSONNE8.), qu'aucune procédure de "due diligence" n'a pu être trouvée en lien avec "PERSONNE6.)" (SOCIETE4.)). Ce même PERSONNE9.) écrit le 30 septembre 2002 à PERSONNE10.), responsable SOCIETE1.) Securities Services (Ireland) qu'il est très inquiet à propos de "PERSONNE6.)" et qu'il pense qu'une confirmation indépendante, comme par SOCIETE7.), devrait être recherchée, qui pourrait être payée par les "GFS" (Global Fund Services). Il dit "It's too big for us to ignore the warning signs". Le premier octobre 2002, PERSONNE9.) répond à PERSONNE11.) des "GFS", qu'il pense "qu'il ne faudrait pas mentir à PERSONNE6.). Nous avons un problème avec lui : il est le gestionnaire (manager), le courtier (broker) et le dépositaire (custodian) de ses comptes. Dans le monde d'aujourd'hui, ceci est une mise en garde (red flag). Nous devons remédier à cela (...) si nous ne nous mouillons pas, nous n'irons nulle part".

Quelques années plus tard, les questionnements sur "PERSONNE6.)" ne semblent toujours pas avoir été résolus, alors qu'il ressort d'un mail de PERSONNE11.) du 18 février 2005 à l'attention de PERSONNE12.), chef de division "AFS" (Alternative Fund Services), de PERSONNE13.), administrateur de SOCIETE1.) et d'autres, qu'il a suggéré à PERSONNE14.), en charge des sous-dépôts pour SOCIETE1.), de se rendre au Luxembourg "pour revoir les antécédents, les opérations, les rapports, etc, pour avoir un bon ressenti des arrangements avant de rendre visite à PERSONNE6.)".

La même année, le 23 mai, PERSONNE15.), qui n'est autre que la Chief Risk Officer de SOCIETE1.) plc, a même rédigé un "discussion paper" ayant pour sujet "PERSONNE6.)" : "(...) SOCIETE1.) a des relations avec un certain nombre de fonds (repris en annexe "1") qui utilisent SOCIETE4.) : essentiellement des actifs sont placés chez SOCIETE4.) dans le contexte d'un contrat de sous-dépôt. Les relevés de transaction sont envoyés, par client, par SOCIETE4.) au dépositaire SOCIETE1.), pour permettre de mettre à jour nos livres et nos relevés. Ce n'est PAS une procédure en temps réel. La vraie question qui se pose est celle de savoir si nous sommes satisfaits avec l'intégrité des transactions PERSONNE6.), tel que nous soyons à l'aise avec un manque de preuve réellement indépendante dans les transactions avec les actifs des clients. De plus, au vu de notre fonction de dépositaire, sommes-nous en danger par rapport aux obligations légales que nous pouvons avoir ? (...) Toutefois, il existe un risque substantiel dans le cas où se poserait une question sur l'intégrité du processus. Le coût financier de la désignation d'un sous-dépôt sur lequel nous ne pouvons pas exercer le niveau de vigilance

voulu, peut être considérable. Il en sera de même du risque pour notre réputation. La solution, selon moi, réside dans la nécessité de recourir à un contrôle indépendant. (...) Nous devons prendre une décision commerciale sur comment poursuivre avec les comptes clients gérés par PERSONNE6.), de manière urgente, pour nous permettre de traiter la question des sommes impayées pour nos clients repris dans l'annexe jointe".

Quelques jours plus tard, PERSONNE16.), de SOCIETE1.) plc répond à PERSONNE15.), à savoir le 30 mai 2005, pour lui faire part de sa vision des choses : "nous n'avons pas le contrôle total des actifs ou une vision en temps réel du flux de transaction. Les transactions sont toutes effectuées en interne dans les entreprises de la famille (PERSONNE6.)) et il n'existe aucune preuve de la bonne exécution ou même d'une réelle exécution. L'audit est effectué par une entreprise qui ne se trouve pas sur nos listes d'auditeurs reconnus (...) Je ne peux approuver ce processus, et je comprends qu'il s'agisse de rentabilité majeure, à moins que nous puissions adopter le procédé commun au secteur bancaire aux USA (...). Si cela ne peut être fait, nous devons nous retirer". (pièces 110 à 118 de SOCIETE2.)).

Suite à tous ces échanges de mails documentés, SOCIETE7.) est enfin mandaté par la maison mère de SOCIETE1.), SOCIETE1.) plc, le 8 septembre 2005, pour établir un rapport, qui sera établi le 16 février 2006. Huit clients de la Banque y figurent en annexe "G", dont SOCIETE2.). A la section "constatations majeures", le rapport indique par rapport à ce qu'il a trouvé et à ses recommandations, que 25 fraudes et risques opérationnels ont été détectés, (...) qu'il y a une forte confiance placée par SOCIETE1.) en SOCIETE4.). Les recommandations majeures sont les suivantes : effectuer un contrôle des centres SOCIETE1.) à Luxembourg et DUBLIN pour s'assurer que des procédures appropriées soient mises en place pour confirmer, de manière indépendante, lorsque c'est possible, l'exactitude des transactions, identifier les risques et problèmes possibles et enregistrer toute erreur, information manquante ou autre problème opérationnel.

SOCIETE7.) y préconise notamment que SOCIETE1.) devrait effectuer un contrôle périodique sur SOCIETE4.), qui devrait prévoir : (...) le contrôle de l'audit interne et des rapports de conformité (...), la confirmation indépendante, sur base périodique, des fax d'information concernant les transactions clients fournis par SOCIETE4.), dans la mesure où un fax peut être facilement dupliqué ou falsifié en vue d'une fraude, appel à SOCIETE4.) pour fournir les rapports de conformité, d'audit interne et de tout autre contrôle sur base périodique (...)"

Le 19 mars 2008, SOCIETE1.) plc commande un deuxième rapport à SOCIETE7.), sur les risques qu'entraîneraient pour elle et ses filiales la qualité de sous-dépositaire de SOCIETE4.). Ce deuxième rapport sera déposé le 8 septembre 2008. Les constatations sinon recommandations sont presque identiques à celles déjà reprises dans le rapport SOCIETE7.) 2006.

Entre les deux rapports, PERSONNE15.) envoie un mail, entre autres, à PERSONNE13.), le 19 mars 2007, dans lequel elle revient sur les problématiques avec SOCIETE4.), en sa qualité de sous-dépositaire pour des clients spécifiques. Elle indique : "la réalité montre que le contrôle de tout par PERSONNE6.) est central et que les occasions de falsification ou de détournement existent, s'il y est enclin. Le risque de fraude pour nous, comme dépositaire, est énorme. Par conséquent, il est probable que nous devons augmenter le niveau de contrôle que nous avons sur PERSONNE6.). Il ne fait aucun doute qu'il y aura une résistance de la part de PERSONNE6.), mais franchement, si tel est le cas, ça en dit long. L'histoire nous a montré que PERSONNE6.) essaie de nous opposer aux clients, mais ma proposition

serait d'impliquer les clients en premier. Le revenu global pour SOCIETE1.) est important mais les risques sont bien plus grands si nous ne faisons rien (...)"

Il ressort de tous ces échanges entre des salariés à haut niveau de SOCIETE1.), sinon de sa maison mère, pour des risques concernant SOCIETE1.), à laquelle il y est d'ailleurs expressément fait référence, qu'avant même la nomination de SOCIETE4.) comme sous-dépositaire de SOCIETE2.) et durant toute la durée d'exécution du contrat de sous-dépôt, au moins jusqu'à l'arrestation de PERSONNE6.), des doutes sérieux ont été formulés au sein du groupe dont fait partie SOCIETE1.) quant à leurs relations avec SOCIETE4.). Ces doutes concernent, de façon quasi prémonitoire, les risques encourus par SOCIETE1.) comme banque dépositaire et par certains de leurs clients, dont SOCIETE2.).

Ces flottements ont amené à la commande de deux rapports auprès de SOCIETE7.), qui a confirmé l'existence réelle de risques pour SOCIETE1.) et ses clients, à cause de SOCIETE4.). SOCIETE7.) a émis des recommandations pour y pallier.

Il ne ressort d'aucune pièce versée en cause que (i) ces questionnements aient été partagé avec SOCIETE2.), (ii) des mesures aient été prises par SOCIETE1.) pour rendre effectives les recommandations de SOCIETE7.).

La Cour en déduit que SOCIETE1.) a agi en violation de l'article 15.3 du "custodian agreement", à savoir qu'elle a été négligente non seulement lors de la sélection mais encore davantage lors de la surveillance du sous-dépositaire (Correspondants), de sorte qu'elle est responsable à l'égard de SOCIETE2.), suite à la "liquidation, bankruptcy or insolvency" de SOCIETE4.). La fin de cette clause, à savoir qu'il sera tenu compte, lors de l'établissement de la négligence du dépositaire, du choix des correspondants sur un marché, du défaut d'expérience ou d'expertise de tels Correspondants et de l'insuffisance et du caractère peu fiable des informations (financières ou autres) concernant ces Correspondants, ne relativise nullement la négligence de SOCIETE1.) : au contraire, SOCIETE4.) était une société créée depuis longtemps, dans les années 1960, avec laquelle SOCIETE1.) entretenait des liens dès avant la constitution de SOCIETE2.) le 24 mars 2004. SOCIETE4.) était donc connue sur le marché newyorkais, respectivement américain voire mondial. Un manque d'expérience ou la qualité des informations qui auraient pu être obtenues, sont des arguments vains. Il aurait suffi à SOCIETE1.) de creuser ses doutes émis dans les mails partiellement retranscrits ci-dessus, d'y réserver des suites et surtout de requérir des preuves des investissements allégués par SOCIETE4.), bref d'effectuer des contrôles réguliers par des personnes physiques ou morales extérieures à la galaxie PERSONNE6.), pour s'être comportée de façon prudente.

Tel n'ayant manifestement pas été le cas, SOCIETE1.) est, par application du contrat entre parties, à savoir aux vœux de la clause 15.3 du "custodian agreement", responsable à l'égard de SOCIETE2.) des pertes causés par SOCIETE4.).

3) La restitution

Il a été retenu ci-dessus que la demande principale de SOCIETE2.) est à dire fondée en son principe, par application des seules dispositions du "custodian agreement". Il est partant superflu d'analyser les longs développements des parties en lien avec l'application de diverses lois luxembourgeoises et/ou directives européennes.

Il est encore constant en cause (i) que le Trustee à la liquidation de SOCIETE4.) a été nommé le 15 décembre 2008, (ii) qu'il a envoyé un formulaire de "customer claim" à SOCIETE1.) avec la référence du "account number NUMERO3.)", (iii) que SOCIETE1.) a continué ce formulaire à SOCIETE2.) le 3 février 2009, avec l'information qu'il devait le compléter et le renvoyer au Trustee pour le 4 mars 2009 au plus tard, (iv) que le Trustee a relancé SOCIETE1.) par courrier du 22 mai 2009, n'ayant pas eu de retour de sa part, mais que ça devait être fait pour le 2 juillet 2009, (v) que SOCIETE1.) a expédié le 5 juin 2009 un rappel de son courrier du 3 février 2009, à SOCIETE2.), (vi) que SOCIETE2.) a finalement rempli ce formulaire, qu'il a renvoyé au Trustee en date du 22 juin 2009, avec un addendum, (vii) que le Trustee a transmis le 8 décembre 2009 une "notice of Trustee's determination of claim" à SOCIETE2.) par laquelle il a rejeté sa "claim N° 011307", au motif qu'il n'aurait pas eu de compte ouvert chez SOCIETE4.) et ne serait ainsi pas un client de SOCIETE4.), selon la loi américaine en cause pour la liquidation.

Il est établi par les pièces à la disposition de la Cour que le 19 mai 2010, le Trustee a adressé une "notice of Trustee's withdrawal of determination" à SOCIETE2.) en lien avec les plaintes N° 011307 et N° 010817, qui seraient des doublons, pour l'informer que les deux plaintes seraient à traiter ensemble et que la plainte N° 011307 aurait été refusée par erreur (pièce "14" de SOCIETE2.).

Il découle de la pièce "179" de SOCIETE2.) qu'un accord a été signé le 12 novembre 2014 entre le Trustee d'une part et les liquidateurs de ENSEIGNE1.) et de SOCIETE2.) d'autre part. Il y est précisé que SOCIETE2.) avait un compte ouvert auprès de SOCIETE4.), au travers de son dépositaire luxembourgeois, SOCIETE1.), désigné sous le numéro "NUMERO3.)" et que sa plainte est allouée à hauteur de 1.639.896.943.- US\$. En exécution de cet arrangement transactionnel, la somme initiale de 755.320.133.- US\$ serait à payer par le Trustee à SOCIETE2.). Il ressort des pièces 138 à 143 ainsi que des pièces 182 et 183 de SOCIETE2.) que d'autres paiements sont intervenus depuis.

Après examen de ces pièces, il est faux de prétendre, comme le fait SOCIETE1.), en prenant des raccourcis injustifiés, que cela signifie que SOCIETE2.) était client direct de SOCIETE4.), qu'il existait une relation financière directe entre SOCIETE4.) et SOCIETE2.) ou que le "brokerage agreement" en aurait été la base.

Au vu de ces éléments constants, sinon rapportés en preuve, la Cour ne saurait cependant faire droit à la demande formulée par SOCIETE2.) en délivrance des Titres : il a lui-même été d'accord à les recevoir sous forme de leur équivalent en argent. De plus, il serait impossible de déterminer quels Titres seraient actuellement à remettre après l'intervention du paiement de multiples sommes d'argent. La Cour note que SOCIETE2.) ne lui a d'ailleurs jamais remis de décompte dans ce sens, à savoir un décompte mixte entre Titres et équivalent en argent.

La Cour note que les parties sont toujours en désaccord quant à l'incidence de l'accord transactionnel avec le Trustee :

* SOCIETE1.) y voit la reconnaissance par SOCIETE4.), via le Trustee, de sa qualité de dépositaire des Titres réclamés par SOCIETE2.). En acceptant les paiements, SOCIETE2.) aurait accepté que SOCIETE4.) soit le seul dépositaire des Titres. SOCIETE2.) serait "partiellement" malvenu à réclamer la restitution de ces mêmes Titres : cette demande serait irrecevable pour défaut d'intérêt à agir, sinon non fondée.

Les recouvrements ainsi effectués viendraient nécessairement réduire, sinon satisfaire entièrement la demande de SOCIETE2.). Si SOCIETE2.) obtenait le

paiement et de SOCIETE4.) et de SOCIETE1.), cela constituerait un enrichissement sans cause. De ce fait, SOCIETE1.) réitère son appel incident. En tout état de cause, les demandes de SOCIETE2.) seraient irrecevables sinon non fondées pour absence d'objet (demande en restitution) ou absence de préjudice (demande en dommages et intérêts).

* SOCIETE2.) conteste en bloc ces théories, qui feraient abstraction de la qualité de client de SOCIETE1.) à l'égard de SOCIETE4.).

La Cour constate à la lecture de l'"agreement" signé en date du 12 novembre 2014 entre notamment le Trustee et les liquidateurs officiels de SOCIETE2.), qu'il y est bien établi que SOCIETE2.) avait un compte ouvert auprès de SOCIETE4.), au travers de sa banque de dépôt basée à Luxembourg (SOCIETE1.), compte désigné sous le numéro "NUMERO3.), qui a été ouvert en ou aux alentours du mois d'avril 2004".

Ce n'est donc pas SOCIETE2.) qui était en lien direct avec SOCIETE4.). Les conclusions de SOCIETE1.) à ce sujet ne sont ainsi pas établies. Le juge Vaughn R. Walker interprète, si besoin en était, dans son troisième rapport daté du 2 juillet 2021, ce "SIPA Agreement" (Securities Investor Protection Act of 1970 as amended) selon les dispositions de droit américain relatives à la définition de "customer" : [le fait qu'un bénéficiaire effectif de Titres comme SOCIETE2.) a été autorisé de recouvrer sur base d'une plainte SIPA, ne fait pas, par définition, de ce bénéficiaire effectif un "client" aux fins de l'Exchange Act Rule 15c3-3. Ni non plus le fait que SOCIETE2.) ait obtenu une plainte SIPA dans sa transaction avec le Trustee de PERSONNE6.), en tant que bénéficiaire effectif du compte dont SOCIETE1.) était le propriétaire légal, n'annule la relation contractuelle de client entre SOCIETE4.) et SOCIETE1.)] (pièce "179, point 6" de SOCIETE2.)).

La Cour en déduit que face à l'immobilisme de SOCIETE1.), SOCIETE2.) a été obligé de remplir le formulaire pourtant envoyé par le Trustee à SOCIETE1.), en lieu et place de cette dernière : ce faisant, SOCIETE2.) a essuyé un premier échec, avant que le Trustee ne revienne sur sa position de refus : le Trustee n'a néanmoins pas purement et simplement accepté ladite "customer claim" par la suite : il a fallu passer par un "settlement agreement", soit une transaction, pour permettre à SOCIETE2.) de percevoir des sommes de la part du Trustee, sommes que ce dernier a pu récupérer dans le cadre de sa mission. De plus, cette transaction a été approuvée par la "Grand Court of the Cayman Islands" et par la "United States Bankruptcy Court, Southern District of NEW YORK". Il s'ensuit que rien ne permet de conclure à un changement des relations contractuelles établies avant la liquidation de SOCIETE4.) : SOCIETE1.) a ouvert le compte "NUMERO5.)" auprès de SOCIETE4.) en sa qualité de dépositaire de SOCIETE2.) : ce faisant, SOCIETE4.) est devenu le sous-dépositaire de SOCIETE2.). C'est donc bien SOCIETE4.) qui inscrivait les Titres, soit des biens fongibles, en ses comptes, en sa qualité de dépositaire de SOCIETE1.) et de sous-dépositaire de SOCIETE2.), avant de les faire remonter vers SOCIETE1.), tel que confirmé par celle-ci. SOCIETE1.) ne peut ainsi pas alléguer qu'aucun Titre ne lui a été remis et qu'elle n'en aurait pas remis à SOCIETE4.) : le contraire est vrai.

Comme il a été décidé ci-dessus que SOCIETE1.) a reconnu avoir en ses comptes les Titres repris sur les relevés envoyés par SOCIETE4.) et que SOCIETE1.) s'est montrée négligente, il lui appartient toujours de payer les pertes causées par SOCIETE4.). La signature avec le Trustee du susdit accord transactionnel n'y change rien.

SOCIETE1.) est effectivement un dépositaire au sens de l'article 1915 du Code civil.

Cet article dispose : "le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature". S'agissant, comme en l'espèce, en présence de biens dématérialisés, non plus de biens mobiliers déposés, mais de biens fongibles, le conservateur doit être en mesure de répondre à une demande de son client de transférer, par virement de compte à compte, les titres inscrits à son compte (Droit des marchés financiers, Hubert De Vauplane et Jean-Pierre Bornet, éditions Litec, 1998, numéro 982).

Par application du contrat entre parties (custodian agreement) et du Code civil luxembourgeois, il appartient à SOCIETE1.) de rendre, par équivalent, les Titres requis par SOCIETE2.). Comme ce dernier a d'ores et déjà reçu, par des transferts de la part du Trustee, une partie des sommes par lui réclamées, il ne peut plus que réclamer le surplus à SOCIETE1.), à savoir la partie non encore remboursée par le Trustee. Il ne peut en effet pas recevoir deux fois le prix des Titres réclamés.

La Cour rappelle que de nombreux mois se sont écoulés entre les dernières conclusions récapitulatives de SOCIETE2.) et le prononcé du présent arrêt : il convient de demander à SOCIETE2.) d'établir non seulement un état actualisé des sommes actuellement déjà perçues par lui mais encore d'établir un nouveau décompte de sa demande, qui tient compte de ce dernier état et du cours des intérêts requis. La Cour ne s'oppose pas à ce que SOCIETE2.) lui verse deux versions dudit décompte : l'une qui part du principe que seul le solde non encore reçu reste dû par SOCIETE1.) ; l'autre qui se base sur le scénario proposé par SOCIETE2.), de continuer toutes les sommes à lui payées par le Trustee à SOCIETE1.), qui elle devra la totalité de la somme requise à SOCIETE2.), sans aucune déduction, mais à augmenter des intérêts. La Cour l'invite à ce faire et procède, par application de l'article 225 du Nouveau Code de procédure civile, à la révocation de l'ordonnance de clôture.

En attendant, il convient de réserver les droits des parties quant à ce volet à cette ultime précision de décomptes ainsi que les frais. Il en ressort néanmoins qu'il est superflû de s'attarder aux questions soulevées par SOCIETE1.), à propos de l'enrichissement sans cause ou de l'absence d'objet de la demande de SOCIETE2.).

La demande principale de SOCIETE2.) ayant abouti en son principe, il n'y a partant pas lieu d'analyser la demande formulée à titre subsidiaire par rapport à la restitution des fonds continués à SOCIETE4.), et de tous les développements des parties en lien avec cette demande subsidiaire >> (arrêt attaqué, p. 34 à 49) ;

1°) ALORS QUE, première branche, seule la remise de la chose entre les mains du dépositaire fait naître son obligation de restitution ; qu'en retenant, pour la condamner à restituer les titres par équivalent, que SOCIETE1.) avait été négligente dans le choix et la surveillance de son sous-dépositaire, de sorte qu'elle était << responsable à l'égard de SOCIETE2.) des pertes causées par SOCIETE4.) >> en application de l'article 15.3 du << custodian agreement >> (arrêt attaqué, p. 46, al. 2), cependant que la faute qu'elle imputait à SOCIETE1.) n'était pas de nature à fonder une obligation de restitution, la cour d'appel a violé les articles 1915 et 1919 du code civil ;

2°) *ALORS QUE, deuxième branche, seule la remise de la chose entre les mains du dépositaire fait naître son obligation de restitution qui consiste à devoir << rendre identiquement la chose même qu'il a reçue >> ; qu'en retenant, pour la condamner à restituer les titres par équivalent, que SOCIETE1.) avait été négligente dans le choix et la surveillance de son sous-dépositaire, de sorte qu'elle était << responsable à l'égard de SOCIETE2.) des pertes causées par SOCIETE4.) >> en application de l'article 15.3 du << custodian agreement >> (arrêt attaqué, p. 46, al. 2), cependant que la faute qu'elle imputait à SOCIETE1.) n'était pas de nature à fonder une obligation de restitution, la cour d'appel a violé l'article 1932 du code civil ;*

3°) *ALORS QUE, troisième branche, en retenant, pour la condamner à restituer les titres par équivalent, que SOCIETE1.) avait été négligente dans le choix et la surveillance de son sous-dépositaire, de sorte qu'elle était << responsable à l'égard de SOCIETE2.) des pertes causées par SOCIETE4.) >> en application de l'article 15.3 du << custodian agreement >> (arrêt attaqué, p. 46, al. 2), cependant que la restitution n'est pas un mode de réparation d'un dommage résultant de l'inexécution d'une obligation, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil. ».*

Réponse de la Cour

Sur les trois branches du moyen réunies

La demanderesse en cassation fait grief aux juges d'appel d'avoir violé les dispositions visées au moyen en ayant statué sur les obligations de la société SOCIETE1.) au regard du choix et de la surveillance du sous-dépositaire, la société SOCIETE4.), et en ayant retenu sur cette base la responsabilité de la société SOCIETE1.) induisant l'obligation de restituer les titres, alors que l'existence d'une faute à ces égards ne saurait justifier une condamnation à restitution.

Au regard de l'examen des « liens entre parties », les juges d'appel ont successivement retenu

« que SOCIETE1.) a été désignée en qualité de banque dépositaire par SOCIETE2.) et qu'elle a accepté cela aux conditions ci-dessus reprises. Elle a reconnu inscrire les Titres en compte chez elle aux susdites conditions. »,

« qu'il existe une relation de sous-dépositaire entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.), depuis cet accord du 7 août 2002 »,

« que la relation de sous-dépositaire entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.) s'applique à SOCIETE2.) »,

« que les opérations d'achat et de ventes de Titres passaient bien par le compte ouvert par SOCIETE1.) auprès de SOCIETE4.) pour le compte de SOCIETE2.), à savoir le compte désormais connu sous la dénomination et le numéro << special custody account NUMERO2.) >> »

et

qu'il existait « une relation de sous-dépositaire entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.), tout en précisant que cette relation s'applique bien à SOCIETE2.) pour toutes les transactions passées par le << special custody account 1- FR 109 >> »,

pour en conclure

« Comme il est désormais établi que (i) SOCIETE2.) a désigné SOCIETE1.) comme banque dépositaire et que cette dernière a conclu un contrat de sous-dépôt avec SOCIETE4.), duquel elle a fait bénéficiaire SOCIETE2.) et (ii) non pas que SOCIETE2.) a désigné un deuxième dépositaire, la voie est ouverte pour analyser la demande de SOCIETE2.) en restitution/délivrance des Titres. ».

Par la suite, au titre de l'examen des « droits et devoirs de SOCIETE1.) comme banque dépositaire », les juges d'appel ont successivement retenu

« que SOCIETE1.) a inscrit ces Titres, qui se trouvaient en conservation sur ses comptes, tenus par elle, pour le compte de SOCIETE2.) »

et

« que SOCIETE1.) a repris à son compte les inscriptions en compte << Titres >> portés sur le << special custody account NUMERO2.) >> ouvert auprès de SOCIETE4.), à savoir elle a admis qu'elle avait en dépôt chez elle les Titres y inscrits. »,

ce dont il résulte en principe l'obligation de restitution à charge de la société SOCIETE1.) en sa qualité de dépositaire.

Les juges d'appel ont encore examiné l'argumentation tirée par la société SOCIETE1.) de l'article 15.3 du « custodian agreement », qu'ils ont qualifié de clause limitative de responsabilité, afin d'écarter son application en retenant

« que SOCIETE1.) a agi en violation de l'article 15.3 du << custodian agreement >>, à savoir qu'elle a été négligente non seulement lors de la sélection mais encore davantage lors de la surveillance du sous-dépositaire (Correspondants), de sorte qu'elle est responsable à l'égard de SOCIETE2.), suite à la << liquidation, bankruptcy or insolvency >> de SOCIETE4.). La fin de cette clause, à savoir qu'il sera tenu compte, lors de l'établissement de la négligence du dépositaire, du choix des correspondants sur un marché, du défaut d'expérience ou d'expertise de tels Correspondants et de l'insuffisance et du caractère peu fiable des informations (financières ou autres) concernant ces Correspondants, ne relativise nullement la négligence de SOCIETE1.) : au contraire, SOCIETE4.) était une société créée depuis longtemps, dans les années 1960, avec laquelle SOCIETE1.) entretenait des liens dès avant la constitution de SOCIETE2.) le 24 mars 2004. SOCIETE4.) était donc connue sur le marché newyorkais, respectivement américain voire mondial. Un manque d'expérience ou la qualité des informations qui auraient pu être obtenues, sont des arguments vains. Il aurait suffi à SOCIETE1.) de creuser ses doutes émis dans les mails partiellement retranscrits ci-dessus, d'y réserver des suites et surtout de requérir des preuves des investissements allégués par SOCIETE4.), bref

d'effectuer des contrôles réguliers par des personnes physiques ou morales extérieures à la galaxie PERSONNE6.), pour s'être comportée de façon prudente. ».

En ce que le moyen fait grief aux juges d'appel d'avoir examiné l'existence d'une faute dans le chef de la société SOCIETE1.) pour retenir à sa charge une obligation de restitution des titres, alors qu'ils ont examiné l'existence d'une faute dans son chef dans le cadre de l'application de la clause limitative de responsabilité après avoir caractérisé l'obligation de restitution des titres sur une autre base, le moyen procède d'une lecture erronée de l'arrêt attaqué.

Il s'ensuit que le moyen, pris en ses trois branches, manque en fait.

Sur le sixième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré principalement, en sa première branche, d'un défaut de base légale au regard de l'article 1354 du code civil ; sinon subsidiairement, en ses deuxième et troisième branches (subsidiaires par rapport à la première branche) de la violation des articles 1354 et 1356 du code civil ;

EN CE QUE la cour d'appel a réformé le jugement du 22 mars 2013, EN CE QU'elle a dit fondée en son principe la demande principale de SOCIETE2.) (in official liquidation), une << exempted segregated portfolio company >> constituée sous les lois des Cayman Islands à l'égard de la société anonyme SOCIETE1.) SA tendant à l'obtention en équivalent des Titres requis en restitution et EN CE QU'elle a, avant tout autre progrès en cause, révoqué l'ordonnance de clôture du 2 septembre 2022 pour permettre aux parties de verser les pièces et documents requis ainsi que de conclure quant aux points soulevés dans la motivation de l'arrêt, à savoir d'établir non seulement un état actualisé des sommes d'ores et déjà perçues par SOCIETE2.) (in official liquidation) mais encore d'établir un nouveau décompte de sa demande, qui tient compte de ce dernier état et du cours des intérêts requis ;

AUX MOTIFS QUE << Comme il est désormais établi que (i) SOCIETE2.) a désigné SOCIETE1.) comme banque dépositaire et que cette dernière a conclu un contrat de sous-dépôt avec SOCIETE4.), duquel elle a fait bénéficier SOCIETE2.) et (ii) non pas que SOCIETE2.) a désigné un deuxième dépositaire, la voie est ouverte pour analyser la demande de SOCIETE2.) en restitution/délivrance des Titres.

2) Les droits et devoirs de SOCIETE1.) comme banque dépositaire

Le "custodian agreement" entre SOCIETE2.) et SOCIETE1.) ayant stipulé être soumis au droit luxembourgeois, la Cour rappelle encore une fois qu'aux termes de l'article 1134 du Code civil "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi".

Il convient partant en premier lieu de se référer à cette loi des parties.

Ce "custodian agreement", dont la plupart des clauses ci-après invoquées ont été citées plus haut en texte original en anglais, précise en sa clause 9.1 : le dépositaire (SOCIETE1.) devra identifier les Titres détenus par lui au titre des présentes comme détenus pour le compte du fonds (SOCIETE2.) et devra requérir de chaque agent, sous dépositaire ou délégué (visés aux termes de la clause 15.2) (SOCIETE4.) d'identifier les Titres ou autres investissements détenus par ledit agent, sous-dépositaire ou délégué, comme étant détenu par lui, en qualité de dépositaire ou fiduciaire, pour le compte du fonds ou du dépositaire. Toutes dépenses de quelque nature que ce soit engagées par le dépositaire, dans le cadre de ces inscriptions, seront à charge du fonds.

Cette clause est à lire ensemble avec la clause 9.3 du même "custodian agreement", qui stipule que le dépositaire devra tenir ou obtenir la tenue de livres, registres et relevés pouvant s'avérer nécessaires pour donner un état complet de l'ensemble des espèces et Titres détenus par lui et des transactions réalisées par lui pour compte du fonds.

Il en ressort qu'il était de la responsabilité de SOCIETE1.) (dépositaire) non seulement de savoir quels Titres et investissements étaient effectués pour SOCIETE2.) (le fonds), mais encore qu'il dût les identifier et les inscrire en ses livres et registres pour pouvoir donner un état complet de l'ensemble de ces espèces et Titres, devant pour cela aussi s'enquérir auprès des sous-dépositaires des Titres ou autres investissements détenus par ces derniers.

Quant à la désignation de ces sous-dépositaires, il a été vu et retenu ci-dessus qu'aux termes de la clause 15.2 du "custodian agreement", SOCIETE1.) pouvait les nommer. Cette clause précise "le dépositaire (SOCIETE1.) demeurera responsable à l'égard du fonds (SOCIETE2.) des actions ou omissions d'un quelconque Correspondant, peu importe la façon dont il a été désigné, comme si lesdites actions ou omissions étaient celles du dépositaire".

La clause suivante, à savoir la 15.3 semble limiter cette responsabilité, en stipulant "dans le cadre de la sélection, désignation et surveillance des Correspondants, conformément à la clause 15.2, le dépositaire fera preuve de compétence et de soin raisonnable, mais ne sera responsable à l'égard du fonds des pertes résultants de liquidations, banqueroutes ou faillites desdits Correspondants que s'il a été négligent lors de la sélection et surveillance de ces derniers". Cette limite n'est donnée qu'en l'absence de légèreté et négligence tant dans le choix que dans la surveillance du sous-dépositaire.

Ici encore, les parties demeurent en désaccord, SOCIETE1.) contestant toute négligence et SOCIETE2.) plaidant l'existence de nombreux doutes de SOCIETE1.) à l'égard de SOCIETE4.), qui feraient conclure à l'existence de négligence.

La Cour rappelle tout d'abord qu'il ressort des développements réalisés dans la partie II-A)1) que l'inscription en compte et la tenue en compte des Titres listés sur les relevés du "special custody account NUMERO2.)" adressés par SOCIETE4.) à SOCIETE1.) est établie par les comptes annuels de SOCIETE2.), établis par SOCIETE1.) et certifiés par SOCIETE6.). Cette existence en dépôt auprès de SOCIETE1.) desdits Titres est encore attestée par le contenu de certains échanges de mails versés en pièces "105" par SOCIETE2.).

Partant de là, il faut en conclure que SOCIETE1.) a inscrit ces Titres, qui se trouvaient en conservation sur ses comptes, tenus par elle, pour le compte de SOCIETE2.). Ces Titres remontaient vers elle depuis SOCIETE4.).

Dans le but d'être complet, la Cour qualifie les pièces sur lesquelles elle se base pour arriver à ce résultat, d'aveu extrajudiciaire, contrairement aux conclusions de SOCIETE1.).

En effet, l'aveu en tant que moyen de preuve est régi par les articles 1354 à 1356 du Code civil. Il y est dit au sujet de l'aveu extrajudiciaire (article 1354) que "L'aveu qui est opposé à une partie est ou extrajudiciaire ou judiciaire".

L'aveu peut être défini d'une façon générale comme étant la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques. Il ne peut y avoir aveu que si la personne en question a conscience des conséquences favorables à son adversaire. L'objet de l'aveu doit porter sur un fait et non sur une règle de droit car celle-ci n'a pas à être prouvée. La force probante de l'aveu varie selon qu'il est judiciaire ou extrajudiciaire. En présence d'un aveu judiciaire, qualifié de preuve parfaite, le juge doit admettre que la preuve du fait allégué est rapportée sur le seul fondement de ce mode de preuve et ce, quelle que soit son intime conviction. Il revient alors aux parties, le cas échéant, de rapporter la preuve contraire, organisée également par la loi. L'aveu extrajudiciaire, en tant que preuve imparfaite relève, à l'inverse, du système de preuve libre : sa force probante est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond (Dalloz, Répertoire de droit civil, Preuve : modes de preuve — Gwendoline Lardeux — Octobre 2019, N° 147, 221 + ss., 279 + ss.).

En l'espèce, les réponses fournies par SOCIETE1.), une banque officielle de la place de Luxembourg, sur demandes spéciales de SOCIETE6.), une des "big four" des sociétés d'audit et de conseil, à cette dernière, ne peut que valoir comme déclaration par laquelle SOCIETE1.) a reconnu comme véridique, comme devant être tenu pour avéré à son égard, du fait dont question, à savoir qu'elle a en dépôt les Titres litigieux. Cet aveu est de nature à entraîner des conséquences, tant pour elle que pour son client mais aussi de produire contre elle des conséquences juridiques, ce qu'elle était sensée savoir.

Les juges peuvent se déclarer totalement convaincus par un aveu extrajudiciaire, ils peuvent à l'inverse le rejeter, y trouver un indice ou un commencement de preuve par écrit (Jurisclasseur Civil Art. 1354-1356 Fasc. 20 nos 49-50).

Il est admis que les inscriptions faites dans les livres de commerce d'un commerçant qui les a tenus constituent dans son chef un aveu extrajudiciaire. Un commerçant est lié par les inscriptions mentionnées dans sa comptabilité, à moins qu'il ne rapporte la preuve que ces mentions résultent d'une erreur de fait (Van Ryn et Heenen, principes de droit commercial, tome III, 2ème édition Bxl, Bruylant, 1981, p.65, numéros 65 et 68 ; Cour 14 novembre 2001, numéro 25516 du rôle).

Au vu de ce qui précède, que SOCIETE1.) a continué des informations tout en sachant que ces informations allaient servir pour l'audit des comptes annuels de SOCIETE2.), il y a lieu de considérer que ces informations valent comme aveu extrajudiciaire, ce dont la Cour est convaincue. La Cour précise qu'il s'agit de plus d'informations, donc d'éléments factuels et non de règles de droit, comme SOCIETE1.) a tenté de le plaider.

SOCIETE1.) oppose, dans ce cas, la rétractation de tels aveux extrajudiciaires, en citant l'article relatif à la révocation de l'aveu judiciaire. Elle n'invoque de plus ni d'erreur de droit ou de fait à la base de cette demande ni n'en rapporte de preuve ; la rétractation, qui reste à l'appréciation souveraine des juges, n'est pas possible en l'espèce.

Une rétractation serait encore moins possible dans le cas présent, les informations continuées à SOCIETE6.) ayant été intégrées dans les comptes annuels de SOCIETE2.). La Cour ne dispose d'aucune information et encore moins de preuve de l'existence d'une procédure en rétractation, voire en annulation de ces comptes.

Il est partant établi que SOCIETE1.) a repris à son compte les inscriptions en compte "Titres" portés sur le "special custody account NUMERO2.)" ouvert auprès de SOCIETE4.), à savoir elle a admis qu'elle avait en dépôt chez elle les Titres y inscrits. La Cour précise que SOCIETE1.) est partant encore malvenue à vouloir plaider l'inexistence de ces Titres, parce qu'ils n'auraient sans doute majoritairement jamais été acquis par SOCIETE4.), au vu de ce que l'on saurait maintenant du "scandale PERSONNE6.)". En effet, cet argument est inopposable à SOCIETE2.) : par suite de l'aveu de SOCIETE1.) de détenir lesdits Titres, elle admet implicitement et nécessairement qu'elle s'est assurée que les investissements ont été utilisés à bon escient, que les espèces par elle envoyées à SOCIETE4.) ont été échangées contre des Titres.

Cela étant clarifié, il appartient à la Cour de vérifier si SOCIETE1.) s'est comportée conformément aux stipulations, notamment reprises à la clause 15.3 du "custodian agreement".

Il a été établi ci-dessus que SOCIETE1.) était en relations d'affaire avec SOCIETE4.) dès avant la création de SOCIETE2.) et que c'est bien SOCIETE1.) qui a ouvert le compte litigieux pour SOCIETE2.) auprès de SOCIETE4.).

C'est pourtant à cette époque ayant précédé la création de SOCIETE2.), soit en 2001 et 2002, année de passation du premier "sub-custody agreement" que sont émis les premiers doutes par SOCIETE1.) quant au sérieux de SOCIETE4.). Cela découle de différents mails versés en cause, envoyés entre le personnel de SOCIETE5.), respectivement de SOCIETE1.). Il ressort ainsi de la lecture d'un mail du 25 juillet 2001 adressé par un certain PERSONNE7.) de la SOCIETE5.) à un administrateur de SOCIETE5.), puis de SOCIETE1.), PERSONNE8.), qu'aucune procédure de "due diligence" n'a pu être trouvée en lien avec "PERSONNE6.)" (SOCIETE4.). Ce même PERSONNE9.) écrit le 30 septembre 2002 à PERSONNE10.), responsable SOCIETE1.) Securities Services (Ireland) qu'il est très inquiet à propos de "PERSONNE6.)" et qu'il pense qu'une confirmation indépendante, comme par SOCIETE7.), devrait être recherchée, qui pourrait être payée par les "GFS" (Global Fund Services). Il dit "It's too big for us to ignore the warning signs". Le premier octobre 2002, PERSONNE9.) répond à PERSONNE11.) des "GFS", qu'il pense "qu'il ne faudrait pas mentir à PERSONNE6.). Nous avons un problème avec lui : il est le gestionnaire (manager), le courtier (broker) et le dépositaire (custodian) de ses comptes. Dans le monde d'aujourd'hui, ceci est une mise en garde (red flag). Nous devons remédier à cela (...) si nous ne nous mouillons pas, nous n'irons nulle part".

Quelques années plus tard, les questionnements sur "PERSONNE6.)" ne semblent toujours pas avoir été résolus, alors qu'il ressort d'un mail de PERSONNE11.) du 18 février 2005 à l'attention de PERSONNE12.), chef de division "AFS" (Alternative Fund Services), de PERSONNE13.), administrateur de SOCIETE1.) et d'autres, qu'il a suggéré à PERSONNE14.), en charge des sous-dépôts pour SOCIETE1.), de se rendre au Luxembourg "pour revoir les antécédents, les opérations, les rapports, etc, pour avoir un bon ressenti des arrangements avant de rendre visite à PERSONNE6.)".

La même année, le 23 mai, PERSONNE15.), qui n'est autre que la Chief Risk Officer de SOCIETE1.) plc, a même rédigé un "discussion paper" ayant pour sujet

"PERSONNE6.)" : "(...) SOCIETE1.) a des relations avec un certain nombre de fonds (repris en annexe "1") qui utilisent SOCIETE4.) : essentiellement des actifs sont placés chez SOCIETE4.) dans le contexte d'un contrat de sous-dépôt. Les relevés de transaction sont envoyés, par client, par SOCIETE4.) au dépositaire SOCIETE1.), pour permettre de mettre à jour nos livres et nos relevés. Ce n'est PAS une procédure en temps réel. La vraie question qui se pose est celle de savoir si nous sommes satisfaits avec l'intégrité des transactions PERSONNE6.), tel que nous soyons à l'aise avec un manque de preuve réellement indépendante dans les transactions avec les actifs des clients. De plus, au vu de notre fonction de dépositaire, sommes-nous en danger par rapport aux obligations légales que nous pouvons avoir ? (...) Toutefois, il existe un risque substantiel dans le cas où se poserait une question sur l'intégrité du processus. Le coût financier de la désignation d'un sous-dépôt sur lequel nous ne pouvons pas exercer le niveau de vigilance voulu, peut être considérable. Il en sera de même du risque pour notre réputation. La solution, selon moi, réside dans la nécessité de recourir à un contrôle indépendant. (...) Nous devons prendre une décision commerciale sur comment poursuivre avec les comptes clients gérés par PERSONNE6.), de manière urgente, pour nous permettre de traiter la question des sommes impayées pour nos clients repris dans l'annexe jointe".

Quelques jours plus tard, PERSONNE16.), de SOCIETE1.) plc répond à PERSONNE15.), à savoir le 30 mai 2005, pour lui faire part de sa vision des choses : "nous n'avons pas le contrôle total des actifs ou une vision en temps réel du flux de transaction. Les transactions sont toutes effectuées en interne dans les entreprises de la famille (PERSONNE6.) et il n'existe aucune preuve de la bonne exécution ou même d'une réelle exécution. L'audit est effectué par une entreprise qui ne se trouve pas sur nos listes d'auditeurs reconnus (...) Je ne peux approuver ce processus, et je comprends qu'il s'agisse de rentabilité majeure, à moins que nous puissions adopter le procédé commun au secteur bancaire aux USA (...). Si cela ne peut être fait, nous devons nous retirer". (pièces 110 à 118 de SOCIETE2.).

Suite à tous ces échanges de mails documentés, SOCIETE7.) est enfin mandaté par la maison mère de SOCIETE1.), SOCIETE1.) plc, le 8 septembre 2005, pour établir un rapport, qui sera établi le 16 février 2006. Huit clients de la Banque y figurent en annexe "G", dont SOCIETE2.). A la section "constatations majeures", le rapport indique par rapport à ce qu'il a trouvé et à ses recommandations, que 25 fraudes et risques opérationnels ont été détectés, (...) qu'il y a une forte confiance placée par SOCIETE1.) en SOCIETE4.). Les recommandations majeures sont les suivantes : effectuer un contrôle des centres SOCIETE1.) à Luxembourg et DUBLIN pour s'assurer que des procédures appropriées soient mises en place pour confirmer, de manière indépendante, lorsque c'est possible, l'exactitude des transactions, identifier les risques et problèmes possibles et enregistrer toute erreur, information manquante ou autre problème opérationnel.

SOCIETE7.) y préconise notamment que SOCIETE1.) devrait effectuer un contrôle périodique sur SOCIETE4.), qui devrait prévoir : (...) le contrôle de l'audit interne et des rapports de conformité (...), la confirmation indépendante, sur base périodique, des fax d'information concernant les transactions clients fournis par SOCIETE4.), dans la mesure où un fax peut être facilement dupliqué ou falsifié en vue d'une fraude, appel à SOCIETE4.) pour fournir les rapports de conformité, d'audit interne et de tout autre contrôle sur base périodique (...)"

Le 19 mars 2008, SOCIETE1.) plc commande un deuxième rapport à SOCIETE7.), sur les risques qu'entraîneraient pour elle et ses filiales la qualité de

sous-dépositaire de SOCIETE4.). Ce deuxième rapport sera déposé le 8 septembre 2008. Les constatations sinon recommandations sont presque identiques à celles déjà reprises dans le rapport SOCIETE7.) 2006.

Entre les deux rapports, PERSONNE15.) envoie un mail, entre autres, à PERSONNE13.), le 19 mars 2007, dans lequel elle revient sur les problématiques avec SOCIETE4.), en sa qualité de sous-dépositaire pour des clients spécifiques. Elle indique : "la réalité montre que le contrôle de tout par PERSONNE6.) est central et que les occasions de falsification ou de détournement existent, s'il y est enclin. Le risque de fraude pour nous, comme dépositaire, est énorme. Par conséquent, il est probable que nous devons augmenter le niveau de contrôle que nous avons sur PERSONNE6.). Il ne fait aucun doute qu'il y aura une résistance de la part de PERSONNE6.), mais franchement, si tel est le cas, ça en dit long. L'histoire nous a montré que PERSONNE6.) essaie de nous opposer aux clients, mais ma proposition serait d'impliquer les clients en premier. Le revenu global pour SOCIETE1.) est important mais les risques sont bien plus grands si nous ne faisons rien (...)".

Il ressort de tous ces échanges entre des salariés à haut niveau de SOCIETE1.), sinon de sa maison mère, pour des risques concernant SOCIETE1.), à laquelle il y est d'ailleurs expressément fait référence, qu'avant même la nomination de SOCIETE4.) comme sous-dépositaire de SOCIETE2.) et durant toute la durée d'exécution du contrat de sous-dépôt, au moins jusqu'à l'arrestation de PERSONNE6.), des doutes sérieux ont été formulés au sein du groupe dont fait partie SOCIETE1.) quant à leurs relations avec SOCIETE4.). Ces doutes concernent, de façon quasi prémonitoire, les risques encourus par SOCIETE1.) comme banque dépositaire et par certains de leurs clients, dont SOCIETE2.).

Ces flottements ont amené à la commande de deux rapports auprès de SOCIETE7.), qui a confirmé l'existence réelle de risques pour SOCIETE1.) et ses clients, à cause de SOCIETE4.). SOCIETE7.) a émis des recommandations pour y pallier.

Il ne ressort d'aucune pièce versée en cause que (i) ces questionnements aient été partagé avec SOCIETE2.), (ii) des mesures aient été prises par SOCIETE1.) pour rendre effectives les recommandations de SOCIETE7.).

La Cour en déduit que SOCIETE1.) a agi en violation de l'article 15.3 du "custodian agreement", à savoir qu'elle a été négligente non seulement lors de la sélection mais encore davantage lors de la surveillance du sous-dépositaire (Correspondants), de sorte qu'elle est responsable à l'égard de SOCIETE2.), suite à la "liquidation, bankruptcy or insolvency" de SOCIETE4.). La fin de cette clause, à savoir qu'il sera tenu compte, lors de l'établissement de la négligence du dépositaire, du choix des correspondants sur un marché, du défaut d'expérience ou d'expertise de tels Correspondants et de l'insuffisance et du caractère peu fiable des informations (financières ou autres) concernant ces Correspondants, ne relativise nullement la négligence de SOCIETE1.) : au contraire, SOCIETE4.) était une société créée depuis longtemps, dans les années 1960, avec laquelle SOCIETE1.) entretenait des liens dès avant la constitution de SOCIETE2.) le 24 mars 2004. SOCIETE4.) était donc connue sur le marché newyorkais, respectivement américain voire mondial. Un manque d'expérience ou la qualité des informations qui auraient pu être obtenues, sont des arguments vains. Il aurait suffi à SOCIETE1.) de creuser ses doutes émis dans les mails partiellement retranscrits ci-dessus, d'y réserver des suites et surtout de requérir des preuves des investissements allégués par SOCIETE4.), bref d'effectuer des contrôles réguliers par des personnes physiques

ou morales extérieures à la galaxie PERSONNE6.), pour s'être comportée de façon prudente.

Tel n'ayant manifestement pas été le cas, SOCIETE1.) est, par application du contrat entre parties, à savoir aux vœux de la clause 15.3 du "custodian agreement", responsable à l'égard de SOCIETE2.) des pertes causés par SOCIETE4.).

3) La restitution

Il a été retenu ci-dessus que la demande principale de SOCIETE2.) est à dire fondée en son principe, par application des seules dispositions du "custodian agreement". Il est partant superflu d'analyser les longs développements des parties en lien avec l'application de diverses lois luxembourgeoises et/ou directives européennes.

Il est encore constant en cause (i) que le Trustee à la liquidation de SOCIETE4.) a été nommé le 15 décembre 2008, (ii) qu'il a envoyé un formulaire de "customer claim" à SOCIETE1.) avec la référence du "account number NUMERO3.)", (iii) que SOCIETE1.) a continué ce formulaire à SOCIETE2.) le 3 février 2009, avec l'information qu'il devait le compléter et le renvoyer au Trustee pour le 4 mars 2009 au plus tard, (iv) que le Trustee a relancé SOCIETE1.) par courrier du 22 mai 2009, n'ayant pas eu de retour de sa part, mais que ça devait être fait pour le 2 juillet 2009, (v) que SOCIETE1.) a expédié le 5 juin 2009 un rappel de son courrier du 3 février 2009, à SOCIETE2.), (vi) que SOCIETE2.) a finalement rempli ce formulaire, qu'il a renvoyé au Trustee en date du 22 juin 2009, avec un addendum, (vii) que le Trustee a transmis le 8 décembre 2009 une "notice of Trustee's determination of claim" à SOCIETE2.) par laquelle il a rejeté sa "claim N° 011307", au motif qu'il n'aurait pas eu de compte ouvert chez SOCIETE4.) et ne serait ainsi pas un client de SOCIETE4.), selon la loi américaine en cause pour la liquidation.

Il est établi par les pièces à la disposition de la Cour que le 19 mai 2010, le Trustee a adressé une "notice of Trustee's withdrawal of determination" à SOCIETE2.) en lien avec les plaintes N° 011307 et N° 010817, qui seraient des doublons, pour l'informer que les deux plaintes seraient à traiter ensemble et que la plainte N° 011307 aurait été refusée par erreur (pièce "14" de SOCIETE2.)).

Il découle de la pièce "179" de SOCIETE2.) qu'un accord a été signé le 12 novembre 2014 entre le Trustee d'une part et les liquidateurs de ENSEIGNE1.) et de SOCIETE2.) d'autre part. Il y est précisé que SOCIETE2.) avait un compte ouvert auprès de SOCIETE4.), au travers de son dépositaire luxembourgeois, SOCIETE1.), désigné sous le numéro "NUMERO3.)" et que sa plainte est allouée à hauteur de 1.639.896.943.- US\$. En exécution de cet arrangement transactionnel, la somme initiale de 755.320.133.- US\$ serait à payer par le Trustee à SOCIETE2.). Il ressort des pièces 138 à 143 ainsi que des pièces 182 et 183 de SOCIETE2.) que d'autres paiements sont intervenus depuis.

Après examen de ces pièces, il est faux de prétendre, comme le fait SOCIETE1.), en prenant des raccourcis injustifiés, que cela signifie que SOCIETE2.) était client direct de SOCIETE4.), qu'il existait une relation financière directe entre SOCIETE4.) et SOCIETE2.) ou que le "brokerage agreement" en aurait été la base.

Au vu de ces éléments constants, sinon rapportés en preuve, la Cour ne saurait cependant faire droit à la demande formulée par SOCIETE2.) en délivrance des Titres : il a lui-même été d'accord à les recevoir sous forme de leur équivalent en argent. De plus, il serait impossible de déterminer quels Titres seraient

actuellement à remettre après l'intervention du paiement de multiples sommes d'argent. La Cour note que SOCIETE2.) ne lui a d'ailleurs jamais remis de décompte dans ce sens, à savoir un décompte mixte entre Titres et équivalent en argent.

La Cour note que les parties sont toujours en désaccord quant à l'incidence de l'accord transactionnel avec le Trustee :

* SOCIETE1.) y voit la reconnaissance par SOCIETE4.), via le Trustee, de sa qualité de dépositaire des Titres réclamés par SOCIETE2.). En acceptant les paiements, SOCIETE2.) aurait accepté que SOCIETE4.) soit le seul dépositaire des Titres. SOCIETE2.) serait "partiellement" malvenu à réclamer la restitution de ces mêmes Titres : cette demande serait irrecevable pour défaut d'intérêt à agir, sinon non fondée.

Les recouvrements ainsi effectués viendraient nécessairement réduire, sinon satisfaire entièrement la demande de SOCIETE2.). Si SOCIETE2.) obtenait le paiement et de SOCIETE4.) et de SOCIETE1.), cela constituerait un enrichissement sans cause. De ce fait, SOCIETE1.) réitère son appel incident. En tout état de cause, les demandes de SOCIETE2.) seraient irrecevables sinon non fondées pour absence d'objet (demande en restitution) ou absence de préjudice (demande en dommages et intérêts).

* SOCIETE2.) conteste en bloc ces théories, qui feraient abstraction de la qualité de client de SOCIETE1.) à l'égard de SOCIETE4.).

La Cour constate à la lecture de l'"agreement" signé en date du 12 novembre 2014 entre notamment le Trustee et les liquidateurs officiels de SOCIETE2.), qu'il y est bien établi que SOCIETE2.) avait un compte ouvert auprès de SOCIETE4.), au travers de sa banque de dépôt basée à Luxembourg (SOCIETE1.), compte désigné sous le numéro "NUMERO3.), qui a été ouvert en ou aux alentours du mois d'avril 2004".

Ce n'est donc pas SOCIETE2.) qui était en lien direct avec SOCIETE4.). Les conclusions de SOCIETE1.) à ce sujet ne sont ainsi pas établies. Le juge Vaughn R. Walker interprète, si besoin en était, dans son troisième rapport daté du 2 juillet 2021, ce "SIPA Agreement" (Securities Investor Protection Act of 1970 as amended) selon les dispositions de droit américain relatives à la définition de "customer" : [le fait qu'un bénéficiaire effectif de Titres comme SOCIETE2.) a été autorisé de recouvrer sur base d'une plainte SIPA, ne fait pas, par définition, de ce bénéficiaire effectif un "client" aux fins de l'Exchange Act Rule 15c3-3. Ni non plus le fait que SOCIETE2.) ait obtenu une plainte SIPA dans sa transaction avec le Trustee de PERSONNE6.), en tant que bénéficiaire effectif du compte dont SOCIETE1.) était le propriétaire légal, n'annule la relation contractuelle de client entre SOCIETE4.) et SOCIETE1.)] (pièce "179, point 6" de SOCIETE2.)).

La Cour en déduit que face à l'immobilisme de SOCIETE1.), SOCIETE2.) a été obligé de remplir le formulaire pourtant envoyé par le Trustee à SOCIETE1.), en lieu et place de cette dernière : ce faisant, SOCIETE2.) a essuyé un premier échec, avant que le Trustee ne revienne sur sa position de refus : le Trustee n'a néanmoins pas purement et simplement accepté ladite "customer claim" par la suite : il a fallu passer par un "settlement agreement", soit une transaction, pour permettre à SOCIETE2.) de percevoir des sommes de la part du Trustee, sommes que ce dernier a pu récupérer dans le cadre de sa mission. De plus, cette transaction a été approuvée par la "Grand Court of the Cayman Islands" et par la "United States Bankruptcy Court, Southern District of NEW YORK". Il s'ensuit que rien ne permet de conclure à un changement des relations contractuelles établies avant la liquidation de SOCIETE4.) : SOCIETE1.) a ouvert le compte "NUMERO3.)" auprès

de SOCIETE4.) en sa qualité de dépositaire de SOCIETE2.): ce faisant, SOCIETE4.) est devenu le sous-dépositaire de SOCIETE2.). C'est donc bien SOCIETE4.) qui inscrivait les Titres, soit des biens fongibles, en ses comptes, en sa qualité de dépositaire de SOCIETE1.) et de sous-dépositaire de SOCIETE2.), avant de les faire remonter vers SOCIETE1.), tel que confirmé par celle-ci. SOCIETE1.) ne peut ainsi pas alléguer qu'aucun Titre ne lui a été remis et qu'elle n'en aurait pas remis à SOCIETE4.): le contraire est vrai.

Comme il a été décidé ci-dessus que SOCIETE1.) a reconnu avoir en ses comptes les Titres repris sur les relevés envoyés par SOCIETE4.) et que SOCIETE1.) s'est montrée négligente, il lui appartient toujours de payer les pertes causées par SOCIETE4.). La signature avec le Trustee du susdit accord transactionnel n'y change rien.

SOCIETE1.) est effectivement un dépositaire au sens de l'article 1915 du Code civil.

Cet article dispose : "le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature". S'agissant, comme en l'espèce, en présence de biens dématérialisés, non plus de biens mobiliers déposés, mais de biens fongibles, le conservateur doit être en mesure de répondre à une demande de son client de transférer, par virement de compte à compte, les titres inscrits à son compte (Droit des marchés financiers, Hubert De Vauplane et Jean-Pierre Bornet, éditions Litec, 1998, numéro 982).

Par application du contrat entre parties (custodian agreement) et du Code civil luxembourgeois, il appartient à SOCIETE1.) de rendre, par équivalent, les Titres requis par SOCIETE2.). Comme ce dernier a d'ores et déjà reçu, par des transferts de la part du Trustee, une partie des sommes par lui réclamées, il ne peut plus que réclamer le surplus à SOCIETE1.), à savoir la partie non encore remboursée par le Trustee. Il ne peut en effet pas recevoir deux fois le prix des Titres réclamés.

La Cour rappelle que de nombreux mois se sont écoulés entre les dernières conclusions récapitulatives de SOCIETE2.) et le prononcé du présent arrêt : il convient de demander à SOCIETE2.) d'établir non seulement un état actualisé des sommes actuellement déjà perçues par lui mais encore d'établir un nouveau décompte de sa demande, qui tient compte de ce dernier état et du cours des intérêts requis. La Cour ne s'oppose pas à ce que SOCIETE2.) lui verse deux versions dudit décompte : l'une qui part du principe que seul le solde non encore reçu reste dû par SOCIETE1.) ; l'autre qui se base sur le scénario proposé par SOCIETE2.), de continuer toutes les sommes à lui payées par le Trustee à SOCIETE1.), qui elle devra la totalité de la somme requise à SOCIETE2.), sans aucune déduction, mais à augmenter des intérêts. La Cour l'invite à ce faire et procède, par application de l'article 225 du Nouveau Code de procédure civile, à la révocation de l'ordonnance de clôture.

En attendant, il convient de réserver les droits des parties quant à ce volet à cette ultime précision de décomptes ainsi que les frais. Il en ressort néanmoins qu'il est superflû de s'attarder aux questions soulevées par SOCIETE1.), à propos de l'enrichissement sans cause ou de l'absence d'objet de la demande de SOCIETE2.).

La demande principale de SOCIETE2.) ayant abouti en son principe, il n'y a partant pas lieu d'analyser la demande formulée à titre subsidiaire par rapport à la restitution des fonds continués à SOCIETE4.), et de tous les développements des parties en lien avec cette demande subsidiaire >> (arrêt attaqué, p. 34 à 49) ;

1°) *ALORS QUE, première branche, un aveu doit être dépourvu d'équivoque ; qu'en retenant, pour juger le dépôt des titres établi, que la réponse apportée par SOCIETE1.), à savoir << please see attached PERSONNE6.) statements >>, aux questions relatives aux << securities, precious metals, deposit certificates, ... in your custody >> posées par le réviseur SOCIETE6.) valait aveu extrajudiciaire du fait qu'elle avait en dépôt les titres se trouvant sur le relevé valant extrait du compte n° NUMERO2.) ouvert auprès de SOCIETE4.), sans rechercher, comme elle y était expressément invitée (conclusions récapitulatives et ampliatives Arendt & Medernach S.A. du 13 mai 2022, p. 56, § 152), si SOCIETE1.), tenue par une mission d'agent administratif, n'avait pas seulement cherché à mettre la société SOCIETE6.) en mesure de réaliser sa mission d'audit, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1354 du code civil ;*

2°) *ALORS QUE, deuxième branche (subsidaire par rapport à la première branche), un aveu ne peut porter sur un point de droit ; qu'en retenant, pour juger le dépôt des titres établi, que la réponse apportée par SOCIETE1.), à savoir << please see attached PERSONNE6.) statements >>, aux questions relatives aux << securities, precious metals, deposit certificates, ... in your custody >> posées par le réviseur SOCIETE6.) valait aveu extrajudiciaire du fait qu'elle avait en dépôt les titres se trouvant sur le relevé valant extrait du compte n° NUMERO2.) ouvert auprès de SOCIETE4.), cependant que l'aveu de la qualité de dépositaire, qui impliquait une analyse juridique des relations des parties et la reconnaissance de l'existence et de la qualification d'un contrat, excédait le simple aveu d'un point de fait, la cour d'appel a violé l'article 1354 du code civil ;*

3°) *ALORS QUE, troisième branche (elle aussi subsidiaire par rapport à la première branche), contrairement à l'aveu judiciaire, un aveu extrajudiciaire est toujours rétractable ; qu'en retenant néanmoins que l'aveu extrajudiciaire imputé à SOCIETE1.) ne pouvait être rétracté sauf démonstration d'une erreur de droit ou de fait, la cour d'appel a violé l'article 1356 du code civil. ».*

Réponse de la Cour

Sur les trois branches du moyen réunies

La demanderesse en cassation fait grief aux juges d'appel d'avoir privé leur décision de base légale au regard de l'article 1354 du Code civil en ayant omis de rechercher si les écrits émanant d'elle, dont les juges d'appel ont tiré la preuve d'un aveu extrajudiciaire de sa part portant sur l'existence d'une inscription en compte-titres au profit de la société SOCIETE2.), tenaient à sa mission d'agent administratif, de nature à rendre ces écrits équivoques (première branche), d'avoir violé l'article 1354 du Code civil en retenant l'existence d'un aveu de sa part sur des éléments de droit (deuxième branche) et d'avoir violé l'article 1356 du Code civil en disant que l'aveu extrajudiciaire ne pouvait être rétracté qu'en cas d'erreur de droit ou de fait (troisième branche).

En retenant

« La Cour rappelle tout d'abord qu'il ressort des développements réalisés dans la partie II-A)1) que l'inscription en compte et la tenue en compte des Titres listés sur

les relevés du << special custody account NUMERO2.) >> adressés par SOCIETE4.) à SOCIETE1.) est établie par les comptes annuels de SOCIETE2.), établis par SOCIETE1.) et certifiés par SOCIETE6.). Cette existence en dépôt auprès de SOCIETE1.) desdits Titres est encore attestée par le contenu de certains échanges de mails versés en pièces << 105 >> par SOCIETE2.).

Partant de là, il faut en conclure que SOCIETE1.) a inscrit ces Titres, qui se trouvaient en conservation sur ses comptes, tenus par elle, pour le compte de SOCIETE2.). Ces Titres remontaient vers elle depuis SOCIETE4.). »,

les juges d'appel se sont basés sur les pièces versées au dossier pour retenir l'existence d'un compte-titres tenu par la société SOCIETE1.) au nom de la société SOCIETE2.) et l'inscription de titres sur ce compte, en dehors de toute qualification d'aveu dans le chef de la société SOCIETE1.).

En ajoutant

« Dans le but d'être complet, la Cour qualifie les pièces sur lesquelles elle se base pour arriver à ce résultat, d'aveu extrajudiciaire, contrairement aux conclusions de SOCIETE1.). »

et en examinant dans la suite les moyens exposés par les parties au regard de la notion d'aveu pour qualifier le comportement de la société SOCIETE1.) d'aveu extrajudiciaire valable ne pouvant pas faire l'objet d'une rétractation, les juges d'appel se sont déterminés par des motifs surabondants.

Il s'ensuit que le moyen, pris en ses trois branches, est inopérant.

Sur le septième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré de la violation de l'article 571 du Nouveau Code de procédure civile ;

EN CE QUE la cour d'appel a réformé le jugement du 22 mars 2013, EN CE QU'elle a dit fondée en son principe la demande principale de SOCIETE2.) (in official liquidation), une << exempted segregated portfolio company >> constituée sous les lois des Cayman Islands à l'égard de la société anonyme SOCIETE1.) SA tendant à la restitution des espèces à hauteur de 521.918.349,08 USD et EN CE QU'elle a, avant tout autre progrès en cause, révoqué l'ordonnance de clôture du 2 septembre 2022 pour permettre aux parties de verser les pièces et documents requis ainsi que de conclure quant aux points soulevés dans la motivation de l'arrêt, à savoir de préciser l'auteur et la procédure à l'origine d'un séquestre existant (retained monies) sur les comptes de SOCIETE2.) (in official liquidation) auprès de la société anonyme SOCIETE1.) SA, en lien avec la clause << 19.2 >> du << custodian agreement >> ;

AUX MOTIFS QUE, << SOCIETE2.) fait plaider que les juges de premier degré auraient à tort retenu le sursis à statuer sur la restitution des fonds dont la

conservation n'avait pas été déléguée à un tiers, au vu du principe de la restitution immédiate de l'obligation de restitution qui pèserait sur SOCIETE1.).

SOCIETE1.) s'oppose à cette demande, qui, selon elle, serait du ressort de la première instance, devant laquelle les parties auraient été invitées à conclure sur le terme de "termination" se trouvant inscrit dans le "custodian agreement". Elle conteste toute reconnaissance dans son chef du montant réclamé et explique encore que suite à la clôture des comptes de SOCIETE2.) dans ses livres, les fonds seraient sous séquestre, ce qu'elle appelle "retained monies" : en effet, suite à la suspension de la VNI depuis le 12 décembre 2008, SOCIETE2.) resterait avec des demandes de rachat non honorées. Cette demande en restitution demeurerait prématurée.

La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 1944 du Code civil : "le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution ; à moins qu'il n'existe, entre les mains du dépositaire, une saisie-arrêt ou opposition à la restitution et au déplacement de la chose déposée".

Il ressort de cet article, qui s'applique aux relations entre parties, sur base de leur "custodian agreement", qu'indépendamment de la "termination" prévue à sa clause 19.2, SOCIETE2.) pourrait obtenir la restitution immédiate de ses avoirs qui se trouvent encore auprès de SOCIETE1.), si aucune "saisie-arrêt ou opposition" ne s'y oppose.

SOCIETE1.) avance une telle opposition. SOCIETE2.) n'ayant pas pris position quant à cette opposition, développée dans les dernières conclusions de SOCIETE1.), postérieures aux dernières conclusions de SOCIETE2.), il convient de l'y inviter. En même temps, il sera demandé à SOCIETE1.) de préciser par qui et sur base de quelle procédure ce séquestre qu'elle plaide, lui aurait été imposé. La Cour procède ici encore, par application de l'article 225 du Nouveau Code de procédure civile, à la révocation de l'ordonnance de clôture >> (arrêt attaqué, p. 49 à 50) ;

ALORS QUE si, par l'effet dévolutif de l'appel qui régit la saisine du juge d'appel, le premier juge est dessaisi de tous les points qui ont été débattus devant lui et qu'il a tranchés, la juridiction d'appel étant amenée à les vérifier tous, ce pouvoir et cette obligation de statuer sont limités aux points qui ont effectivement été tranchés par la décision de première instance ; qu'en se prononçant sur la question relative à la restitution des espèces qui avait été expressément réservée par les juges de première instance, la cour d'appel a violé l'article 571 du Nouveau Code de procédure civile duquel découle le principe susdécrit de l'effet dévolutif de l'appel. ».

Réponse de la Cour

La demanderesse en cassation fait grief aux juges d'appel d'avoir violé l'article 571 du Nouveau Code de procédure civile qui définit l'effet dévolutif de l'appel en ayant statué sur la demande de la société SOCIETE2.) en restitution de la somme en espèces à hauteur de 521.918.349,08 US\$, alors que les juges de première instance n'auraient pas tranché ce point, mais auraient sursis à statuer à cet égard.

Vu l'article 571 du Nouveau Code de procédure civile.

Il résulte des actes de procédure auxquels la Cour peut avoir égard que les juges de première instance, saisis d'une demande en restitution d'espèces à concurrence de 39.773.894,10 US\$ et de 9.556.837,99 euros figurant au 30 novembre 2008 sur les

comptes de la société SOCIETE1.) au nom de la société SOCIETE2.), y avaient sursis à statuer aux motifs que « *Etant donné qu'il s'agit pour les parties de verser des pièces supplémentaires concernant l'origine, la date et le quantum du cash déposé sur les comptes de SOCIETE1.) ainsi que d'approfondir la question de la << termination >> du contrat de dépôt, la demande de restitution du cash déposé auprès de SOCIETE1.) n'est pas en état d'être jugée.* ».

Il résulte encore des actes de procédure que la société SOCIETE2.) avait reproduit la même demande dans son acte d'appel, pour solliciter au dernier état de ses conclusions la restitution de la somme de 521.918.349,08 US\$ représentant selon elle la différence entre le montant remis par la société SOCIETE2.) à la société SOCIETE1.) (2.055.660.324,08 US\$) et le montant continué par la société SOCIETE1.) à la SOCIETE4.) aux fins d'investissement, partant se trouvant encore entre les mains de la société SOCIETE1.).

Il résulte de ces rétroactes, d'une part, que les parties sont en litige sur le point de la restitution d'espèces remises par la société SOCIETE2.) à la société SOCIETE1.) et, d'autre part, que la demande en paiement de la somme de 521.918.349,08 US\$ est venue se substituer en instance d'appel, par voie d'augmentation, à la demande en paiement des sommes de 39.773.894,10 US\$ et de 9.556.837,99 euros. Le différend porte ainsi sur une demande unique dont l'ampleur finale restait à être déterminée devant les juges de première instance.

Les juges de première instance n'ayant pas statué sur la demande en restitution des espèces réclamées par la société SOCIETE2.) qu'elle disait se trouver encore entre les mains de la société SOCIETE1.), les juges d'appel ne pouvaient en être saisis par l'effet dévolutif de l'appel. En examinant cette demande pour la dire fondée en son principe, les juges d'appel ont violé l'article 571 du Nouveau Code de procédure civile.

Il s'ensuit que l'arrêt attaqué encourt la cassation sur ce point.

Sur la portée de la cassation

L'arrêt attaqué encourt la cassation en ce que les juges d'appel ont statué sur la demande en restitution d'espèces, point dont ils n'étaient pas saisis. Dans ces circonstances, il convient de prononcer la cassation à cet égard, sans renvoi devant les juges d'appel, plus rien n'étant à juger par eux sur ce point. Il appartient aux parties de reprendre la procédure devant les juges de première instance pour y voir statuer.

Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure

Il ne paraît pas inéquitable de laisser à charge de la demanderesse en cassation l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens. Il y a partant lieu de rejeter sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

Sur les frais

Eu égard à l'issue de l'instance, il y a lieu de laisser les frais et dépens de l'instance en cassation exposés par les parties à leur charge respective.

PAR CES MOTIFS,

et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres moyens de cassation,

la Cour de cassation

casse et annule, en ce qu'il a « *dit fondée en son principe la demande principale de SOCIETE2.) (in official liquidation), une << exempted segregated portfolio company >> constituée sous les lois des Cayman Islands à l'égard de la société anonyme SOCIETE1.) SA tendant à la restitution des espèces à hauteur de 521.918.349,08 US\$* » et en ce qu'il a, concernant cette demande, avant tout autre progrès en cause, révoqué « *l'ordonnance de clôture du 2 septembre 2022 pour permettre aux parties de verser les pièces et documents requis ainsi que de conclure quant aux points soulevés dans la motivation du présent arrêt, à savoir ; [...] de préciser l'auteur et la procédure à l'origine d'un séquestre existant (retained monies) sur les comptes de SOCIETE2.) (in official liquidation) auprès de la société anonyme SOCIETE1.) SA, en lien avec la clause << 19.2 >> du << custodian agreement >> », l'arrêt numéro 102/24-IX-COM rendu le 5 décembre 2024 sous le numéro 39979 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, neuvième chambre, siégeant en matière commerciale ;*

dans cette mesure, déclare nuls et de nul effet ladite décision judiciaire et les actes qui s'en sont suivis et remet les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé ;

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

laisse les frais et dépens exposés par les parties à leur charge respective ;

ordonne qu'à la diligence du Procureur général d'Etat, le présent arrêt soit transcrit sur le registre de la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg et qu'une mention renvoyant à la transcription de l'arrêt soit consignée en marge de la minute de l'arrêt annulé.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Thierry HOSCHEIT en présence du procureur général d'Etat adjoint Simone FLAMMANG et du greffier Daniel SCHROEDER.

Conclusions du Parquet Général
dans l'affaire de cassation
société anonyme SOCIETE1.) (Luxembourg) S.A.
contre
société SOCIETE2.) (in official liquidation)

(CAS-2025-00025)

Le pourvoi en cassation, introduit par la société anonyme SOCIETE1.) S.A. (ci-après la SOCIETE1.)) par un mémoire en cassation signifié le 14 février 2025 à la partie défenderesse en cassation et déposé au greffe de la Cour Supérieure de Justice le 17 février 2025, est dirigé contre un arrêt n°102/24 rendu par la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, en date du 5 décembre 2024 (n° 39979 du rôle). Cet arrêt a été signifié à SOCIETE1.) en date du 18 décembre 2024.

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 partie défenderesse en cassation a signifié un mémoire en réponse le 9 avril 2025 et elle l'a déposé au greffe de la Cour le 10 avril 2025.

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.

Sur les faits et antécédents :

Par assignation du 3 avril 2009, la société SOCIETE2.), une « *exempted segregated portofolio company* » constituée sous la loi des Iles Cayman (ci-après SOCIETE2.)) a saisi le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg aux fins d'obtenir la restitution de titres, valeurs mobilières et instruments financiers (ci-après « Titres ») en dépôt auprès de SOCIETE1.) et la restitution de sommes en espèces déposées chez SOCIETE1.).

A titre subsidiaire par rapport à sa demande principale en restitution de Titres, SOCIETE2.) a demandé la condamnation de SOCIETE1.) au paiement de dommages et intérêts à concurrence du montant de 2.020.495.724,18 US\$.

Par jugement rendu contradictoirement en date du 22 mars 2013, le tribunal d'arrondissement a :

- reçu la demande en la forme ;
- rejeté les moyens d'irrecevabilité ;
- débouté de la demande en restitution des Titres ;
- sursis à statuer sur la restitution du « cash » pour permettre aux parties d'approfondir la question de la « *termination* » du contrat de dépôt ;
- réservé le surplus.

Par acte d'huissier du 15 mai 2013, SOCIETE2.) a interjeté appel de ce jugement et la Cour d'appel a rendu en date du 5 décembre 2024 un arrêt dont le dispositif se lit comme suit :

« vu les arrêts rendus en cause en date des 6 mai 2015 et 11 novembre 2015 ;

dit l'appel principal recevable ;

dit l'appel incident irrecevable ;

dit l'appel principal fondé ;

réformant ;

dit fondée en son principe la demande principale de SOCIETE2.) (in official liquidation), une « exempted segregated portofolio company » constituée sous les lois des Cayman Islands à l'égard de la société anonyme SOCIETE1.) SA tendant à l'obtention en équivalent des Titres requis en restitution ;

dit fondée en son principe la demande principale de SOCIETE2.) (in official liquidation), une « exempted segregated portofolio company » constituée sous les lois des Cayman Islands à l'égard de la société anonyme SOCIETE1.) SA tendant à la restitution des espèces à hauteur de 521.918.349,08 US\$;

avant tout autre progrès en cause, révoque l'ordonnance de clôture du 2 septembre 2022 pour permettre aux parties de verser les pièces et documents requis ainsi que de conclure quant aux points soulevés dans la motivation du présent arrêt, à savoir ;

- d'établir non seulement un état actualisé des sommes d'ores et déjà perçues par SOCIETE2.) (in official liquidation) mais encore d'établir un nouveau décompte de sa demande, qui tient compte de ce dernier état et du cours des intérêts requis. La Cour ne s'oppose pas à ce que SOCIETE2.) (in official liquidation) lui verse deux versions dudit décompte : l'une qui part du principe que seul le solde non encore reçu reste dû par la société anonyme SOCIETE1.) SA ; l'autre qui se base sur le scénario proposé par SOCIETE2.) (in official liquidation), de continuer toutes les sommes à lui payées par le Trustee à la société anonyme SOCIETE1.) SA , qui elle devra la totalité de la somme requise à SOCIETE2.) (in official liquidation), sans aucune déduction, mais augmentée des intérêts ;

- de préciser l'auteur et la procédure à l'origine d'un séquestre existant (retained monies) sur les comptes de SOCIETE2.) (in official liquidation) auprès de la société anonyme SOCIETE1.) SA, en lien avec la clause « 19.2 » du « custodian agreement » ;

réserve le surplus et les frais ;

renvoie l'affaire devant le magistrat de la mise en état. »

Cet arrêt fait l'objet du présent pourvoi.

Sur le premier moyen de cassation:

Le premier moyen critique l'arrêt dont pourvoi en ce qu'il a, par réformation, déclaré fondé en son principe la demande principale de SOCIETE2.) tendant à l'obtention en équivalent des Titres requis en restitution et en ce qu'il a, avant tout autre progrès en cause, révoqué l'ordonnance de clôture afin de permettre aux parties de verser des pièces et documents et afin de leur permettre de conclure quant aux points soulevés dans la motivation de l'arrêt.

Il est tiré principalement, en sa première branche, de la violation de l'article 1984, alinéa 1^{er}, du Code civil ; sinon subsidiairement, en ses deuxième et troisième branches, d'un défaut de base légale au regard du même article, et, en sa quatrième branche, d'un défaut de base légale au regard de l'article 1994, alinéa 1^{er}, du Code civil.

Sur le premier moyen pris en sa première branche:

Cette branche reproche à la Cour d'appel d'avoir retenu que l'ouverture du compte « *special custody account NUMERO2.)* » auprès de SOCIETE4.) avait fait de cette dernière le sous-dépositaire de SOCIETE1.), alors qu'elle constatait elle-même que ce compte avait été ouvert par SOCIETE1.) « *pour le compte de SOCIETE2.)* » (arrêt attaqué, p. 39, al.3). La demanderesse en cassation fait valoir que la Cour d'appel aurait dû en déduire l'existence d'un contrat de mandat. En ne tirant pas les conséquences légales de ses propres constatations, la Cour d'appel aurait violé l'article 1984, alinéa 1^{er}, du Code civil régissant le mandat.

La Cour d'appel a analysé le « *sub-custody agreement* » déjà signé entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.) en date du 7 août 2002. Aux termes de ce dernier, SOCIETE1.) « *est autorisée à ouvrir et maintenir des comptes de dépôt (la Cour a souligné ce passage) auprès du « sub-custody » (SOCIETE4.)) qui seront pour le bénéfice exclusif des clients de SOCIETE1.), comme repris en annexe « A » dudit accord, et qui seront intitulés « SOCIETE5.) special custody account for Customer (name of Customer to appear) » (article 4). Cette volonté se trouve déjà inscrite au préambule dudit accord au point (A) : « The Bank wishes to establish custody accounts with the sub-custodian to hold, maintain and/or administer certain property which the Bank holds as custodian for certain customers, that are listed in Annex « A » to this agreement, which accounts may each be designated as being held for a particular customer»* »¹.

La Cour d'appel a encore relevé que le « *Memorandum* » de SOCIETE1.) (anciennement SOCIETE5.)) du 30 mars 2004, qui a pour sujet SOCIETE2.) dont la constitution a été prévue pour le 24 mars 2004, « *spécifie en son point « 7 » que SOCIETE4.) sera le sous-dépositaire de SOCIETE1.) pour SOCIETE2.) et qu'un compte sera ouvert auprès de SOCIETE4.) pour SOCIETE2.), par application du « sub-custody agreement » déjà existant, qui serait à modifier pour y inclure SOCIETE2.).* »²

L'arrêt attaqué a encore constaté que « *[c]onformément aux prévisions de ce «Memorandum» de SOCIETE1.), (i) SOCIETE2.) a été constituée le 24 mars 2004, [...] (ii) un compte au nom de SOCIETE2.) a été ouvert par SOCIETE5.) (SOCIETE1.)) dès le 25 mars 2004, sous la*

¹ Arrêt du 5 décembre 2024, page 36, dernier paragraphe

² *ibidem*, page 37, 3e paragraphe

dénomination « SOCIETE5.), special custody account for SOCIETE2.), ADRESSE3.) » (soit l'adresse de SOCIETE5.)) et sous le numéro « 1-NUMERO4.) », (iii) le nom de SOCIETE2.) a été ajouté à l'annexe « A » du nouveau « sub-custody agreement » entre SOCIETE5.) et SOCIETE4.) daté du 8 septembre 2004, qui reprend les termes du premier « sub-custody agreement » de 2002.

La Cour pointe que ce compte est utilisé dès le 21 avril 2004, avec la désignation ci-dessus reprise, comme cela se déduit des extraits de compte SOCIETE4.), sauf qu'à partir de novembre 2004, le nom de SOCIETE5.) est remplacé par celui de SOCIETE1.) : tout le reste desdits extraits de compte de SOCIETE4.) en rapport avec ce compte « 1-NUMERO4.) » reste toutefois inchangé, à savoir la référence au « special custody account for SOCIETE2.) » et l'adresse de SOCIETE1.) à Luxembourg.»³

La Cour d'appel a encore retenu qu'avant la signature en date du 29 mars 2004 du « custodian agreement » désignant SOCIETE1.) comme banque dépositaire de SOCIETE2.), SOCIETE1.) a agi conformément au prédit « Memorandum » selon la volonté commune des parties, qui n'a jamais fait l'objet de contestations.

L'arrêt attaqué a encore relevé qu'« [...] en date du 29 mars 2009, les administrateurs de SOCIETE2.), nommés trois jours plus tôt, ont signé, chacun depuis un autre pays, une « circular resolution of the board of directors » (ci-après « résolution circulaire »), dont il n'est pas contesté que le document ait été préparé par SOCIETE1.), par lequel ils approuvent l'ouverture d'un « bank account » avec SOCIETE4.) « in the name of SOCIETE5.), special custody account for SOCIETE2.) », soit exactement les termes utilisés quatre jours plus tôt par SOCIETE1.), lors de l'ouverture par elle du compte pour SOCIETE2.) auprès de SOCIETE4.). Les administrateurs n'ont fait qu'adhérer à ce qui a déjà été exécuté par SOCIETE1.). »⁴

Si les juges d'appel se réfèrent effectivement à un « compte ouvert par SOCIETE1.) auprès de SOCIETE4.) pour le compte de SOCIETE2.) », il suffit de lire cette expression dans le contexte précité pour comprendre que cela veut dire que ce compte a été ouvert auprès de SOCIETE4.) par SOCIETE1.) pour le bénéfice exclusif de SOCIETE2.). Le « sub-custody agreement » utilise l'expression « designated as being held for a particular customer ». Cela ne signifie pas que SOCIETE1.), en ouvrant ce compte, aurait agi en tant que mandataire de SOCIETE2.). Si SOCIETE1.) n'avait agi qu'en tant que mandataire, les extraits auraient été envoyés par SOCIETE4.) au prétendu mandant SOCIETE2.), et non pas à SOCIETE5.) et ensuite à SOCIETE1.).

Cette branche procède d'une lecture erronée de l'arrêt entrepris et manque en fait.

Sur le premier moyen pris en sa deuxième branche:

La deuxième branche du premier moyen reproche à la Cour d'appel d'avoir privé sa décision de base légale au regard de l'article 1984, alinéa 1^{er}, du Code civil. Il est fait grief aux juges d'appel d'avoir retenu l'existence d'un contrat de sous-dépôt entre SOCIETE4.) et

³ *ibidem*, page 37, 4e et 5e paragraphes

⁴ *ibidem*, page 38, 3e paragraphe

SOCIETE1.) en relevant l'existence d'un « *sub-custody agreement* » entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.), l'établissement d'un « *Memorandum* » par SOCIETE1.) en date du 30 mars 2004 ainsi que la préparation du projet de « *circular resolution of the board of directors* » par SOCIETE1.), sans rechercher si SOCIETE1.) n'avait pas « *préparé ce document en sa qualité d'agent administratif sur instruction de SOCIETE2.)* », alors qu'ils auraient été expressément invités à le faire.

La demanderesse en cassation se réfère à la page 29, § 67, de ses conclusions récapitulatives. Il y est fait valoir que ce sont les trois *directors* de SOCIETE2.) qui auraient décidé de l'ouverture du compte avec SOCIETE4.) par une résolution du 29 mars 2004, qui aurait été préparée par SOCIETE1.) en sa qualité d'agent administratif.

Tout d'abord il convient de constater que le seul document visé par ces conclusions est la « *circular resolution of the board of directors* ». Les deux autres documents visés par le moyen ne sont pas mentionnés.

S'y ajoute que, tel qu'il ressort des motifs de l'arrêt cités dans le cadre de la première branche, les juges d'appel ont constaté que par cette « *circular resolution of the board of directors* » « *[L]es administrateurs n'ont fait qu'adhérer à ce qui a déjà été exécuté par SOCIETE1.)*. »⁵

La qualité en laquelle SOCIETE1.) a préparé cette résolution destinée à venir confirmer ce qui avait déjà été exécuté « *selon la volonté commune des parties* », est sans incidence sur la solution du litige.

Le premier moyen pris en sa deuxième branche, manque dès lors en fait, sinon est inopérant.

Sur le premier moyen pris en sa troisième branche:

La troisième branche du premier moyen reproche à la Cour d'appel d'avoir privé sa décision de base légale au regard de l'article 1984, alinéa 1^{er}, du Code civil. Il est fait grief aux juges d'appel d'avoir retenu que l'existence d'une relation de sous-dépositaire était établie par les extraits de comptes envoyés par SOCIETE4.) à SOCIETE1.) et les comptes annuels de SOCIETE2.), établis par SOCIETE1.), sans rechercher si les extraits de compte de SOCIETE4.) n'étaient pas adressés à SOCIETE1.) en sa seule qualité d'agent administratif chargé d'établir les comptes annuels de SOCIETE2.), alors qu'ils auraient été expressément invités à le faire.

La demanderesse en cassation se réfère à la page 22, § 54, et à la page 82, §233, de ses conclusions récapitulatives. La demanderesse en cassation y avait fait valoir (1) que SOCIETE1.) établissait la comptabilité de SOCIETE2.) en sa qualité d'agent administratif et non pas en sa qualité de dépositaire et (2) que les documents dont fait état SOCIETE2.) sont en fait des documents de comptabilité de SOCIETE2.) établis par SOCIETE1.) en sa qualité d'agent administratif de SOCIETE2.).

Il ressort de la lecture des ces deux passages, que la demanderesse en cassation a seulement exposé avoir établi la comptabilité de SOCIETE2.) en sa qualité d'agent administratif. Par

⁵ *ibidem*, page 38, 3e paragraphe

contre, elle n'a nullement fait valoir que les extraits de compte de SOCIETE4.) lui auraient seulement été adressés en sa qualité d'agent administratif de SOCIETE2.).

Le premier moyen, pris en sa troisième branche, manque en fait.

Sur le premier moyen pris en sa quatrième branche:

La quatrième branche du premier moyen reproche à la Cour d'appel d'avoir privé sa décision de base légale au regard de l'article 1994, alinéa 1^{er}, du Code civil, qui dispose que :

« Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion:

- 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un;*
- 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable.*

Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée. »

La demanderesse en cassation relève que la Cour d'appel aurait constaté qu'un compte avait été ouvert en 2004 par SOCIETE1.) (alors SOCIETE5.)) au nom de SOCIETE2.) auprès de SOCIETE4.)⁶ et que « les opérations d'achat et de ventes de Titres passaient bien par le compte ouvert par SOCIETE1.) auprès de SOCIETE4.) pour le compte de SOCIETE2.) »⁷ et affirme que les juges d'appel auraient ainsi caractérisé que SOCIETE1.) s'était substituée SOCIETE4.) dans l'exécution de la mission lui confiée par SOCIETE2.). Dès lors ils n'auraient pas pu retenir la responsabilité de SOCIETE1.) sans avoir constaté ni que SOCIETE1.) n'aurait pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un, ni qu'elle aurait fait choix en la personne de SOCIETE4.) d'une personne notoirement incapable ou insolvable en 2004.

Ce grief est basé sur la fausse prémisse que l'arrêt attaqué aurait retenu que SOCIETE1.) aurait agi en tant que mandataire de SOCIETE2.), ce qui n'est manifestement pas le cas, tel que nous l'avons déjà exposé dans le cadre de la première branche. Dès lors que les juges d'appel ont retenu non pas l'existence d'un mandat, mais d'un contrat de dépôt, ils n'ont pas appliqué et ne devaient pas appliquer l'article 1994, alinéa 1^{er}, du Code civil. La disposition visée au moyen est partant étrangère à la décision attaquée.

Le premier moyen, pris en sa quatrième branche, est irrecevable, sinon non fondé.

Sur le deuxième moyen de cassation :

Le deuxième moyen critique l'arrêt dont pourvoi en ce qu'il a, par réformation, déclaré fondé en son principe la demande principale de SOCIETE2.) tendant à l'obtention en équivalent des Titres requis en restitution et en ce qu'il a, avant tout autre progrès en cause, révoqué l'ordonnance de clôture afin de permettre aux parties de verser des pièces et documents et afin de leur permettre de conclure quant aux points soulevés dans la motivation de l'arrêt.

⁶ Le mémoire renvoie à la page 36 de l'arrêt attaqué, mais nous pensons qu'il s'agit plutôt de la page 37, 4^e paragraphe

⁷⁷ Arrêt du 5 décembre 2024, page 39, 4^e paragraphe

Il est tiré de la violation des articles 1915 et 1919 du Code civil⁸ et il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir manqué de relever que des titres avaient été remis en dépôt à SOCIETE1.), puis que SOCIETE1.) les avait transférés à SOCIETE4.), qui se serait ainsi substituée à la première dans l'exécution du contrat de dépôt. Les juges d'appel auraient pourtant retenu l'inverse.

La Cour d'appel n'aurait même pas vérifié si un compte-titres avait été ouvert par SOCIETE2.) auprès de SOCIETE1.).

En retenant que SOCIETE4.) avait été désignée par SOCIETE1.) comme sous-dépositaire des Titres de SOCIETE2.), cependant qu'elle constatait elle-même que les Titres inscrits par SOCIETE4.) « remontaient » depuis cette dernière vers SOCIETE1.) (arrêt attaqué, p.41, al.6), ce dont il résultait que SOCIETE4.) ne s'était pas vu confier les Titres remis en dépôt par SOCIETE1.), de sorte qu'elle ne pouvait être considérée comme son sous-dépositaire, la Cour d'appel n'aurait pas tiré les conséquences légales de ses constatations et aurait violé les articles 1915 et 1919 du Code civil.

A titre liminaire, il convient de rappeler que tant les Titres que les espèces, qui font l'objet du litige, constituent des choses fongibles pour lesquelles les dépôts en banque se font par transfert de valeurs scripturales, et non pas par remise effective de la chose.

Les juges d'appel ont constaté qu'aux termes du « *Custodian agreement* » signé en date du 29 mars 2004, SOCIETE1.) s'est engagé « à enregistrer et tenir un compte distinct dans ses livres, de l'ensemble des Titres reçus au fur et à mesure, et faire en sorte que ces Titres soient déposés dans son « coffre-fort », ou autrement détenus par lui ou à son ordre, ainsi qu'il le jugera approprié pour la garde des Titres (...) (clause 6.1) : « the Custodian shall record and hold in a separate account in its books all Securities received by it from time to time and shall arrange for all Securities to be deposited in the Custodian's vault or otherwise held by or to the order of the Custodian as it may think proper for the purpose for the safekeeping thereof » ; »⁹

Ils ont retenu qu'« [u]n pas de plus est franchi par la signature d'un « sub-custody agreement » entre SOCIETE5.) et SOCIETE4.) en date du 7 août 2002, par lequel la banque (actuellement SOCIETE1.) est autorisée à ouvrir et maintenir des comptes de dépôt (la Cour a souligné ce passage) auprès du « sub-custody » (SOCIETE4.)) qui seront pour le bénéfice exclusif des clients de SOCIETE1.), comme repris en annexe « A » dudit accord, et qui seront intitulés « SOCIETE5.) special custody account for Customer (name of Customer to appear) » (article 4). Cette volonté se trouve déjà inscrite au préambule dudit accord au point (A) : «

⁸ Article 1915 du Code civil:

« Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature. »

Article 1919 du Code civil :

« Il n'est parfait que par la tradition réelle ou feinte de la chose déposée. La tradition feinte suffit, quand le dépositaire se trouve déjà nanti, à quelque autre titre, de la chose que l'on consent à lui laisser à titre de dépôt. »

⁹ Arrêt du 5 décembre 2024, page 35, 4e paragraphes 6 et 7

*The Bank wishes to establish custody accounts with the sub-custodian to hold, maintain and/or administer certain property which the Bank holds as custodian for certain customers, that are listed in Annex « A » to this agreement, which accounts may each be designated as being held for a particular customer».*¹⁰ Ils ont constaté que ce compte a été ouvert dès le 25 mars 2004 « sous la dénomination « SOCIETE5.), special custody account for SOCIETE2.), ADRESSE3.) » (soit l'adresse de SOCIETE5.) et sous le numéro « NUMERO3.) » ».¹¹

Les juges d'appel se sont encore prononcés sur les « *brokerage agreements* » invoqués par SOCIETE1.) pour affirmer que SOCIETE2.) serait devenu un client direct de SOCIETE4.), et ils ont confirmé, « à l'instar des juges de premier degré, l'existence d'une relation de sous-dépositaire entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.), tout en précisant que cette relation s'applique bien à SOCIETE2.) pour toutes les transactions passées par le « special custody account 1-FR 109 » ».¹² SOCIETE2.) n'est donc pas client direct de SOCIETE4.).

Il n'est pas contesté que les fonds provenant du compte espèces de SOCIETE2.) ouvert auprès de SOCIETE1.) étaient transférés pour investissement sur le compte espèces ouvert auprès de la SOCIETE9.) par SOCIETE4.) pour le compte de SOCIETE2.),¹³ étant précisé que cet « investissement » consistait en l'achat et la vente de Titres.

La Cour d'appel a relevé « que les opérations d'achat et de ventes de Titres passaient bien par le compte ouvert par SOCIETE1.) auprès de SOCIETE4.) pour le compte de SOCIETE2.), à savoir le compte désormais connu sous la dénomination et le numéro « special custody account NUMERO2.) » ».¹⁴

Toutes ces opérations faisaient l'objet d'inscriptions en compte, tel que les juges d'appel l'ont relevé :

« La Cour rappelle tout d'abord qu'il ressort des développements réalisés dans la partie II-A)1) que l'inscription en compte et la tenue en compte des Titres listés sur les relevés du « special custody account NUMERO2.) » adressés par SOCIETE4.) à SOCIETE1.) est établie par les comptes annuels de SOCIETE2.), établis par SOCIETE1.) et certifiés par SOCIETE6.). Cette existence en dépôt auprès de SOCIETE1.) desdits Titres est encore attestée par le contenu de certains échanges de mails versés en pièces « 105 » par SOCIETE2.).

Partant de là, il faut en conclure que SOCIETE1.) a inscrit ces Titres, qui se trouvaient en conservation sur ses comptes, tenus par elle, pour le compte de SOCIETE2.). Ces Titres remontaient vers elle depuis SOCIETE4.). »¹⁵

Au vu de ce qui précède, cette dernière phrase est à comprendre en ce sens que SOCIETE1.), une fois l'opération d'achat de Titres effectuée sur le compte « special custody account NUMERO2.) », moyennant les espèces préalablement transférées par SOCIETE1.), SOCIETE1.) a inscrit en compte auprès d'elle pour compte de SOCIETE2.) des titres de même

¹⁰ *ibidem*, page 36, dernier paragraphe

¹¹ *ibidem*, page 37, 4e paragraphe

¹² *ibidem*, page 40, 3e paragraphe

¹³ *ibidem*, page 23, 1er paragraphe

¹⁴ *ibidem*, page 39, 3e paragraphe

¹⁵ *ibidem*, page 41, 5e et 6e paragraphes

nature et en même quantité que ceux inscrits sur son compte précité, ouvert auprès de SOCIETE4.) au bénéfice exclusif de SOCIETE2.). Cela présuppose implicitement mais nécessairement l'existence d'un compte-titres, tel que prévu dans le « *Custodian agreement* ».

Le moyen n'est pas fondé.

Sur le troisième moyen de cassation :

Le troisième moyen critique l'arrêt dont pourvoi en ce qu'il a, par réformation, déclaré fondé en son principe la demande principale de SOCIETE2.) tendant à l'obtention en équivalent des Titres requis en restitution et en ce qu'il a, avant tout autre progrès en cause, révoqué l'ordonnance de clôture afin de permettre aux parties de verser des pièces et documents et afin de leur permettre de conclure quant aux points soulevés dans la motivation de l'arrêt.

Le troisième moyen de cassation est tiré, en sa première branche, de la violation des articles 1915 et 1919 du Code civil ; sinon subsidiairement, en ses deuxième et troisième branches (subsidiaries par rapport à la première branche), d'un défaut de base légale au regard des articles 1915 et 1919 du Code civil.

Sur le troisième moyen, pris en sa première branche :

Le troisième moyen, pris en sa première branche, fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir violé les articles 1915 et 1919 du Code civil par refus d'application en retenant que la fictivité des Titres était sans incidence sur le dépôt à SOCIETE1.) et sur l'obligation de restitution qui en découlait, alors que des Titres fictifs pour n'avoir jamais été acquis par SOCIETE4.) ne pouvaient avoir été remis en dépôt et ne pouvaient être restitués.

Il est important de rappeler que tous les accords entre SOCIETE1.) et SOCIETE2.)¹⁶ et entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.)¹⁷ sont soumis aux lois du Luxembourg, et notamment à la loi du 1^{er} août 2002 concernant la circulation de titres et d'autres instruments fongibles¹⁸ (ci-après la loi du 1^{er} août 2001).

Cette loi comporte, entre autres, les dispositions suivantes :

« Article 1^{er} :

La présente loi s'applique aux titres et autres instruments financiers au sens le plus large qui sont reçus en dépôt ou tenus en compte par un dépositaire et qui sont ou sont déclarés fongibles, qu'ils soient matérialisés ou dématérialisés, au porteur, à ordre ou nominatifs, luxembourgeois ou étrangers et quelle que soit la forme sous laquelle ils ont été émis selon le droit qui les régit.

¹⁶ Clause 28 du « *custodian agreement* » signé en date du 29 mars 2004 (arrêt attaqué, page 35, 6^e paragraphe) ;

¹⁷ un « *trading authorization limited to purchases and sales of securities* » du 30 novembre 1994 et de deux « *customer agreement* » des 6 décembre 1994 et 25 avril 1997 (arrêt attaqué, page 36, pénultième paragraphe) ; ainsi que le « *sub-custody agreement* » signé le 7 août 2002 (arrêt attaqué, page 36, dernier paragraphe)

¹⁸ Publiée au Mémorial A106 du 31 août 2001, entrée en vigueur le 4 septembre 2001, Doc. parl. n° 4695 en anglais : *Securities Act 2001*

Sont réputés fongibles les titres et autres instruments financiers reçus en dépôt ou tenus en compte auprès d'un dépositaire sans indication de numéros ou d'autres éléments d'identification individuels.

Article 3 :

Les titres et autres instruments financiers fongibles reçus en dépôt ou tenus en compte sont inscrits dans un compte ouvert au nom du déposant et peuvent être virés d'un compte à un autre auprès du même dépositaire ou de dépositaires différents.

Article 4 :

Le dépositaire doit comptabiliser les titres et autres instruments financiers fongibles reçus en dépôt ou tenus en compte séparément de son patrimoine et hors bilan.

Article 12 :

Le dépositaire peut donner en dépôt auprès d'autres dépositaires au Luxembourg ou à l'étranger, par versement en compte ou autrement, les titres et autres instruments financiers versés ou virés sur les comptes qu'il tient. Il doit tenir ces titres et instruments financiers séparés de ses propres titres et instruments financiers auprès de ces autres dépositaires. Ni l'application de la présente loi, ni la situation des titres et autres instruments financiers, qui continue d'être chez le dépositaire, ni la validité ou l'opposabilité du gage constitué conformément à la présente loi ne sont affectés par ce dépôt. »¹⁹

Dans son avis du 27 mars 2001²⁰, le Conseil d'Etat a « *rappelé que, par rapport au règlement grand-ducal du 17 février 1971, le texte ne fait plus référence à la notion de „valeurs mobilières“, mais se borne à utiliser la terminologie plus générale de „titres et autres instruments financiers au sens le plus large“. Ceci permet de faire l'économie de la liste exemplative de types de titres qui figure dans la réglementation antérieure et qui laisse ouverte la question de l'inclusion dans le champ d'application chaque fois qu'un nouveau type d'instrument financier apparaît sur les marchés sans figurer expressément dans la liste. La définition de la notion de fongibilité est maintenue, tout en la dissociant de la manière dont se fait le dépôt, à savoir l'inscription en compte. En effet, le règlement grand-ducal de 1971 avait réuni ces deux aspects dans un seul article, alors que le projet sous examen dissocie clairement les notions de fongibilité et de dépôt. Le Conseil d'Etat approuve cette clarification des concepts. »*

Il découle tant du texte de la loi elle-même que de l'avis du Conseil d'Etat que la loi du 1^{er} août 2001 prévoit que la mise en dépôt des titres fongibles et dématérialisés se fait par inscription en compte²¹ et que des effets juridiques sont attachés à cette inscription en compte.

¹⁹ Nous soulignons

²⁰ Examen des articles 1 et 2

²¹ D'un point de vue comptable, les titres ne sont pas considérés comme un actif du patrimoine de la banque dépositaire, ils sont hors bilan comptable

Ces effets juridiques attachés à l'inscription en compte dans le cadre de la dématérialisation sont partagés par la doctrine, y compris en matière de dépôt:

« Ownership in Securities is acquired, and Securities are transferred from one account to another, by way of book-entry (inscription en compte). Account balances fix the entitlement of depositors to the redelivery of Securities out of the depository. »²²

« Le dépôt²³, in abstracto, vise en matière bancaire une diversité de situations. La présente contribution n'entend pas toutes les analyser. Elle examinera les conséquences du sous-dépôt par le banquier dépositaire de titres dématérialisés, à savoir des « titres d'un émetteur émis ou convertis exclusivement par voie d'inscription dans un compte d'émission tenu auprès d'un organisme de liquidation ou d'un teneur de compte central »²⁴ « Le système de dématérialisation met en présence, en règle générale, quatre intervenants : le titulaire du titre], un teneur de compte [le dépositaire], un organisme de liquidation [le sous-dépositaire] et, enfin, la société émettrice. [Le titre dématérialisé] est représenté [...] par une inscription en compte au nom de son propriétaire ou de son détenteur auprès d'un établissement agréé chargé de tenir les comptes », le teneur de comptes, le banquier dépositaire. »²⁵

« La nature des droits découlant de l'inscription de titres en compte varie selon les législations. [...] Les droits luxembourgeois et belge reconnaissent tous deux au client des droits réels en cas de dépôt d'instruments financiers.»²⁶

La demanderesse en cassation a rappelé à juste titre que l'article 11 de la loi du 1er août 2001 dispose que «[s]ous réserve des dérogations apportées par la présente loi ou résultant de la nature des titres ou autres instruments financiers tenus auprès du dépositaire, les dispositions du Code civil relatives aux obligations du dépositaire s'appliquent ».

S'agissant de titres dématérialisés entraînant par leur nature une dérogation à l'obligation de remise matérielle, les juges d'appel ont pu constater qu'étant donné qu'il est établi que SOCIETE1.) a repris à son compte les inscriptions en compte « Titres » portés sur le « *special custody account* NUMERO2.) » ouvert auprès de SOCIETE4.), ces titres se trouvaient en dépôt auprès de SOCIETE1.) sans violer les articles 1915 et 1919 du Code civil visés au moyen.

²² « Complementary note on the protection granted under the Securities Act 2001, Dr. Jan Boeing, Bulletin Droit & Banque de l'ALJB, n° 57 de décembre 2015, p. 51

²³ La demanderesse en cassation a rappelé à juste titre que l'article 11 de la loi du 1er août 2001 dispose que «[s]ous réserve des dérogations apportées par la présente loi ou résultant de la nature des titres ou autres instruments financiers tenus auprès du dépositaire, les dispositions du Code civil relatives aux obligations du dépositaire s'appliquent ».

²⁴ En vertu de l'article 468 du Code belge des sociétés, « le titre dématérialisé est représenté par une inscription en compte, au nom de son propriétaire ou de son détenteur, auprès d'un organisme de liquidation ou d'un détenteur de compte agréé ».

²⁵ « Les obligations du banquier dépositaire de titres en cas de sous-dépôt » Jean-Pierre Buyle et Question Petit, Bulletin Droit & Banque de l'ALJB, n° 56 de juin 2015, p. 61 (nous soulignons)

²⁶ *ibidem*, p.68, n°17 (nous soulignons)

Le moyen n'est pas fondé.

Sur le troisième moyen, pris en ses deuxième et troisième branches (subsidiaires par rapport à la première branche):

Le troisième moyen, pris en sa deuxième branche, reproche à l'arrêt attaqué d'avoir retenu l'existence d'un contrat de dépôt en relevant que « *les opérations d'achat et de ventes de Titres passaient bien par le compte ouvert par SOCIETE1.) auprès de SOCIETE4.) pour le compte de SOCIETE2.)* »²⁷ et que « *ces Titres « remontaient » vers [SOCIETE1.)]* » depuis SOCIETE4.) »²⁸, alors que ces motifs seraient impropres à caractériser la remise effective des titres à SOCIETE1.), de sorte que les juges d'appel auraient privé leur décision de base légale au regard des articles 1915 et 1919 du Code civil.

Le troisième moyen, pris en sa troisième branche, fait grief aux juges d'appel d'avoir omis de rechercher, comme la demanderesse en cassation les avait invités à le faire, si les Titres avaient effectivement été remis en dépôt par SOCIETE2.) à SOCIETE1.), de sorte que la Cour d'appel aurait privé sa décision de base légale au regard des articles 1915 et 1919 du Code civil.

La soussignée reprend dans le cadre de ces deux branches subsidiaires l'intégralité de ses conclusions relatives aux effets juridiques attachés à l'inscription en compte de titres dématérialisés, telles que développées dans le cadre de la première branche.

S'agissant de titres dématérialisés, la mise en dépôt se fait par inscription en compte. Les juges d'appel ont dès lors pu constater qu'étant donné qu'il est établi que SOCIETE1.) a repris à son compte les inscriptions en compte « *Titres* » portés sur le « *special custody account NUMERO2.)* » ouvert auprès de SOCIETE4.), ces titres se trouvaient en dépôt auprès de SOCIETE1.), sans priver leur décision de base légale au regard des articles visés au moyen.

Le troisième moyen, pris en ses deux branches subsidiaires, n'est pas fondé.

Sur le quatrième moyen de cassation :

Le quatrième moyen critique l'arrêt dont pourvoi en ce qu'il a, par réformation, déclaré fondé en son principe la demande principale de SOCIETE2.) tendant à l'obtention en équivalent des Titres requis en restitution et en ce qu'il a, avant tout autre progrès en cause, révoqué l'ordonnance de clôture afin de permettre aux parties de verser des pièces et documents et afin de leur permettre de conclure quant aux points soulevés dans la motivation de l'arrêt.

Il est tiré principalement, en sa première branche, de la violation de l'article 109 de la Constitution et des articles 249 et 587 du Nouveau code de procédure civile, pour défaut de réponse à conclusions valant défaut de motifs; sinon subsidiairement, en sa seconde branche (subsidaire par rapport à la première) d'un défaut de base légale au regard des articles 3 et 4 de la loi du 1^{er} août 2001.

²⁷ Arrêt du 5 décembre 2024, page 39, 4^e paragraphe

²⁸ *ibidem*, page 41, 6^e paragraphe

Sur le quatrième moyen de cassation, pris en sa première branche :

La demanderesse en cassation fait grief aux juges d'appel de ne pas avoir répondu à son moyen selon lequel les Titres n'ont jamais été inscrits dans un compte-titres de SOCIETE2.) dans les livres de SOCIETE1.) et que par conséquent SOCIETE1.) ne pouvait être considérée comme dépositaire des Titres de SOCIETE2.) au sens de la loi du 1^{er} août 2001.

Il ressort effectivement des conclusions récapitulatives que la demanderesse en cassation avait invoqué en instance d'appel le moyen selon lequel les Titres n'auraient jamais donné lieu à une inscription dans un compte-titres de SOCIETE2.) dans les livres de SOCIETE1.)²⁹, et plus particulièrement que pareille inscription en compte ne ressortait pas de la pièce n° 108 SOCIETE2.)³⁰.

Le grief soulevé dans la première branche, pour autant qu'il vise une violation de l'article 109 de la Constitution et des articles 249 et 587 du Nouveau code de procédure civile, est un vice de forme. Une motivation, si incomplète, inopérante ou implicite soit-elle, satisfait à la loi.

Il ressort de l'arrêt attaqué que les juges d'appel n'ont non seulement constaté qu'aux termes du « *Custodian agreement* » signé en date du 29 mars 2004, SOCIETE1.) s'est engagé

« à enregistrer et tenir un compte distinct dans ses livres, de l'ensemble des Titres reçus au fur et à mesure, et faire en sorte que ces Titres soient déposés dans son « coffre-fort », ou autrement détenus par lui ou à son ordre, ainsi qu'il le jugera approprié pour la garde des Titres (...) (clause 6.1) : « *the Custodian shall record and hold in a separate account in its books all Securities received by it from time to time and shall arrange for all Securities to be deposited in the Custodian's vault or otherwise held by or to the order of the Custodian as it may think proper for the purpose for the safekeeping thereof* » »,³¹

mais ils ont surtout constaté:

« La Cour rappelle tout d'abord qu'il ressort des développements réalisés dans la partie II-A)1) que l'inscription en compte et la tenue en compte des Titres listés sur les relevés du « special custody account NUMERO2.) » adressés par SOCIETE4.) à SOCIETE1.) est établie par les comptes annuels de SOCIETE2.), établis par SOCIETE1.) et certifiés par SOCIETE6.). Cette existence en dépôt auprès de SOCIETE1.) desdits Titres est encore attestée par le contenu de certains échanges de mails versés en pièces « 105 » par SOCIETE2.).

Partant de là, il faut en conclure que SOCIETE1.) a inscrit ces Titres, qui se trouvaient en conservation sur ses comptes, tenus par elle, pour le compte de SOCIETE2.). Ces Titres remontaient vers elle depuis SOCIETE4.). »³²

ou encore :

²⁹ Conclusions récapitulatives du 13 mai 2022, p. 37, °88, p. 54, § 144, p. 78-79, § 222-223, p. 82, § 232-233

³⁰ *ibidem*, p. 99-100, § 279-280

³¹ Arrêt du 5 décembre 2024, page 35, 4e paragraphes 6 et 7

³² *ibidem*, page 41, 5e et 6e paragraphes

« Il est partant établi que SOCIETE1.) a repris à son compte les inscriptions en compte « Titres » portés sur le « special custody account NUMERO2.) » ouvert auprès de SOCIETE4.), à savoir elle a admis qu'elle avait en dépôt chez elle les Titres y inscrits. »³³

Par ces motifs, la Cour d'appel a répondu au moyen invoqué par la demanderesse en cassation.

Le moyen n'est pas fondé.

Sur le quatrième moyen, pris en sa seconde branche (subsidaire) :

La seconde branche du quatrième moyen reproche à l'arrêt attaqué un défaut de base légale au regard des articles 3 et 4 de la loi du 1^{er} août 2001³⁴ pour avoir déduit le dépôt des Titres dans les comptes de la seule existence d'un compte ouvert auprès de SOCIETE4.) au motif que les Titres « remontaient » vers SOCIETE1.) depuis SOCIETE4.) (arrêt attaqué, p. 41, al.6), sans constater l'existence d'un compte-titres ouvert dans les comptes de SOCIETE1.).

Or, par les motifs cités dans le cadre de la première branche du moyen, la Cour d'appel a expressément constaté l'inscription des Titres par SOCIETE1.) sur les comptes tenus par elle, pour le compte de SOCIETE2.).

Le moyen n'est pas fondé.

Sur le cinquième moyen de cassation :

Le cinquième moyen critique l'arrêt dont pourvoi en ce qu'il a, par réformation, déclaré fondé en son principe la demande principale de SOCIETE2.) tendant à l'obtention en équivalent des Titres requis en restitution et en ce qu'il a, avant tout autre progrès en cause, révoqué l'ordonnance de clôture afin de permettre aux parties de verser des pièces et documents et afin de leur permettre de conclure quant aux points soulevés dans la motivation de l'arrêt.

Il est tiré en sa première branche de la violation des articles 1915 et 1919 du Code civil ; en sa deuxième branche de la violation de l'article 1932 du Code civil ; et en sa troisième branche de la violation de l'article 1147 du Code civil.

Sur le cinquième moyen, pris en ses trois branches :

Le moyen est tiré en sa première branche de la violation des articles 1915 et 1919 du Code civil. La demanderesse en cassation fait valoir que seule la remise de la chose entre les mains du dépositaire fait naître son obligation de restitution et il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir retenu, pour la condamner à restituer les Titres par équivalent, que SOCIETE1.) avait été négligente dans le choix et la surveillance de son sous-dépositaire, de sorte qu'elle était « responsable à l'égard de SOCIETE2.) des pertes causées par SOCIETE4.) » en application

³³ *ibidem*, page 43, 2e paragraphe

³⁴ Les articles 3 et 4 de la loi du 1^{er} août 2001 sont cités ci-dessus à la page 10 des présentes conclusions

de l'article 15.3 du « *Custodian agreement* » (arrêt attaqué, p. 46, al.2), alors que la faute imputée à SOCIETE1.) n'était pas de nature à fonder une obligation de restitution.

Le moyen est tiré en sa deuxième branche de la violation de l'article 1932 du Code civil³⁵. La demanderesse en cassation fait valoir que seule la remise de la chose entre les mains du dépositaire fait naître son obligation de restitution et il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir retenu, pour la condamner à restituer les Titres par équivalent, que SOCIETE1.) avait été négligente dans le choix et la surveillance de son sous-dépositaire, de sorte qu'elle était « *responsable à l'égard de SOCIETE2.) des pertes causées par SOCIETE4.)* » en application de l'article 15.3 du « *Custodian agreement* » (arrêt attaqué, p. 46, al.2), alors que la faute imputée à SOCIETE1.) n'était pas de nature à fonder une obligation de restitution.

Le moyen est tiré en sa troisième branche de la violation de l'article 1147 du Code civil³⁶. La demanderesse en cassation reproche à l'arrêt attaqué d'avoir retenu, pour la condamner à restituer les Titres par équivalent, que SOCIETE1.) avait été négligente dans le choix et la surveillance de son sous-dépositaire, de sorte qu'elle était « *responsable à l'égard de SOCIETE2.) des pertes causées par SOCIETE4.)* » en application de l'article 15.3 du « *Custodian agreement* » (arrêt attaqué, p. 46, al.2), alors que la restitution n'est pas un mode de réparation d'un dommage résultant de l'inexécution d'une obligation.

La demanderesse en cassation fait valoir que la restitution par équivalent constitue un succédané de la restitution en nature et que dans le cadre du dépôt, l'obligation de restituer existe par le seul fait qu'une chose a été remise en dépôt et ne peut être fondée par l'existence d'une faute du dépositaire.³⁷ Elle soutient qu'un défaut de surveillance du prétendu sous-dépositaire pouvait, tout au plus, être de nature à engager sa responsabilité, mais ne pouvait justifier son obligation de restituer des titres qu'elle n'avait jamais eus en dépôt.³⁸

Le cinquième moyen procède d'une lecture incomplète de l'arrêt attaqué. Contrairement aux conclusions de la demanderesse en cassation, les juges d'appel ont bel et bien constaté la remise en dépôt des Titres par inscription en compte auprès de SOCIETE1.) :

« La Cour rappelle tout d'abord qu'il ressort des développements réalisés dans la partie II-A)1) que l'inscription en compte et la tenue en compte des Titres listés sur les relevés du « special custody account NUMERO2.) » adressés par SOCIETE4.) à SOCIETE1.) est établie par les comptes annuels de SOCIETE2.), établis par SOCIETE1.) et certifiés par SOCIETE6.). Cette existence en dépôt auprès de SOCIETE1.) desdits Titres est encore attestée par le contenu de certains échanges de mails versés en pièces « 105 » par SOCIETE2.).

³⁵ Article 1932, alinéa 1^{er}, du Code civil : « *Le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue.* »

³⁶ Article 1147 du Code civil : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ».

³⁷ Mémoire en cassation, p. 93

³⁸ *ibidem*, p. 94

Partant de là, il faut en conclure que SOCIETE1.) a inscrit ces Titres, qui se trouvaient en conservation sur ses comptes, tenus par elle, pour le compte de SOCIETE2.). Ces Titres remontaient vers elle depuis SOCIETE4.). »³⁹

ou encore :

« Il est partant établi que SOCIETE1.) a repris à son compte les inscriptions en compte «Titres» portés sur le « special custody account NUMERO2.) » ouvert auprès de SOCIETE4.), à savoir elle a admis qu'elle avait en dépôt chez elle les Titres y inscrits. »⁴⁰

Sur la base de ces constatations, les juges d'appel ont dit fondée en son principe la demande principale de SOCIETE2.) tendant à l'obtention en équivalent des Titres requis en restitution, « par application des seules dispositions du « Custodian agreement » ». ⁴¹ En statuant ainsi, ils ne se sont pas fondés sur la responsabilité contractuelle de SOCIETE1.), mais sur l'obligation de restitution pesant sur la banque dépositaire.

Le moyen manque en fait.

Subsidiairement :

Etant donné que les juges d'appel ont constaté l'existence d'une mise en dépôt auprès de SOCIETE1.) des Titres dont la restitution par équivalent est demandée, les motifs critiqués par le moyen, qui ont trait à la clause 15.3 du « Custodian agreement » ne sont pas nécessaires au soutien du dispositif.

Le cinquième moyen est inopérant en ce qu'il est dirigé contre des motifs surabondants.

Sur le sixième moyen de cassation :

Le sixième moyen critique l'arrêt dont pourvoi en ce qu'il a, par réformation, déclaré fondé en son principe la demande principale de SOCIETE2.) tendant à l'obtention en équivalent des Titres requis en restitution et en ce qu'il a, avant tout autre progrès en cause, révoqué l'ordonnance de clôture afin de permettre aux parties de verser des pièces et documents et afin de leur permettre de conclure quant aux points soulevés dans la motivation de l'arrêt.

Il est tiré en sa première branche du défaut de base légale au regard de l'article 1354 du Code civil⁴² ; sinon subsidiairement, en ses deuxième et troisième branches (subsidiaries par rapport à la première) de la violation des articles 1354 et 1356 du Code civil⁴³.

³⁹ *ibidem*, page 41, 5e et 6e paragraphes

⁴⁰ *ibidem*, page 43, 2e paragraphe

⁴¹ *ibidem*, page 46, 3e paragraphe

⁴² Article 1354 du Code civil : « L'aveu qui est opposé à une partie est ou extrajudiciaire ou judiciaire. »

⁴³ Article 1356, dernier paragraphe, du Code civil : « Il [l'aveu judiciaire] ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit. »

Sur le sixième moyen, pris en sa première branche :

La première branche est tirée du défaut de base légale au regard de l'article 1354 du Code civil. La demanderesse en cassation fait valoir qu'un aveu doit être dépourvu d'équivoque, et elle fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir retenu, pour juger le dépôt des titres établi, que la réponse apportée par SOCIETE1.), à savoir « *please see attached PERSONNE6.) statements* », aux questions relatives aux « *securities, precious metals, desposit certificates,...in your custody,* » posées par le réviseur SOCIETE6.) valait aveu extrajudiciaire du fait qu'elle avait en dépôt les titres se trouvant sur le relevé valant extrait du compte n° NUMERO2.) ouvert auprès de SOCIETE4.), sans rechercher, comme la Cour d'appel avait été invitée à le faire, si SOCIETE1.), tenue par une mission d'agent administratif, n'avait pas seulement cherché à mettre SOCIETE6.) en mesure de réaliser sa mission d'audit.

Sur le sixième moyen pris en ses trois branches :

Les dispositions visées au sixième moyen n'ont été invoquées par la Cour d'appel que « *dans le but d'être complet* » dans le cadre de développements additionnels relatifs à l'aveu extrajudiciaire. Or, ces développements ne sont pas nécessaires au soutien de la partie du dispositif attaquée par le moyen.

Le sixième moyen, pris en ses trois branches, est inopérant et irrecevable pour être dirigé contre des motifs surabondants.

Subsidiairement :

Sur le sixième moyen pris en sa première branche :

En instance d'appel, la demanderesse en cassation avait effectivement contesté toute inscription en compte réalisée par SOCIETE1.) et avait relevé qu'une lettre au réviseur permet à ce dernier d'obtenir la situation générale comptable de la société soumise à l'audit. SOCIETE1.) aurait seulement renvoyé à SOCIETE6.) les documents permettant d'effectuer son audit.⁴⁴ Elle n'a pas expressément soutenu avoir agi en sa qualité d'agent administratif.

Concernant la préparation des comptes annuels de SOCIETE2.), la Cour d'appel a retenu ce qui suit :

« Les différents comptes annuels de SOCIETE2.), tous préparés par SOCIETE1.), confirment également que cette dernière était la banque dépositaire de SOCIETE2.) et que SOCIETE4.) était son sous-dépositaire : il suffit de se référer aux premiers comptes annuels couvrant la période du 24 mars au 31 décembre 2004, qui ont été audités par SOCIETE6.), selon les lois et règlements en vigueur au Luxembourg, pour s'apercevoir que SOCIETE1.) y figure comme « custodian and administrative agent » et que SOCIETE1.) a nommé des entreprises de courtage en investissement en qualité de sous-dépositaire d'elle-même (« the custodian bank has appointed these broker/dealer investment firms as their sub-custodians to hold and maintain the assets of Segregated Portofolios »), ce qui fait explicitement référence à SOCIETE4.).

⁴⁴ Conclusions récapitulatives du 13 mai 2022, p. 56, § 152

Le contenu des seconds comptes annuels de SOCIETE2.), arrêtés au 31 décembre 2005 comprend les mêmes stipulations, tout comme les comptes annuels arrêtés au 31 décembre 2006 et au 31 décembre 2007 : la Cour met en exergue que pour cette année il existe un courrier de SOCIETE1.) à SOCIETE6.), du 13 février 2007, par lequel elle prend manifestement position par rapport à des questions qui lui ont été posées auparavant par SOCIETE6.) : SOCIETE1.) y met expressément en document joint le relevé lui envoyé par SOCIETE4.), par rapport au « special custody account for SOCIETE2.), number NUMERO2.) » pour s'y référer quant aux questions touchant les « securities, precious metals, deposit certificates,... in your custody... » : elle répond ainsi explicitement « please see attached PERSONNE6.) statements ». SOCIETE1.) certifie partant au réviseur SOCIETE6.) avoir en dépôt les Titres se trouvant sur un relevé valant extrait du compte « NUMERO2.) » auprès de SOCIETE4.). »⁴⁵

Les juges d'appel ont dès lors constaté qu'au vu de la réponse donnée par SOCIETE1.) à la question du réviseur SOCIETE6.), il est établi que SOCIETE1.) n'a pas seulement fourni à SOCIETE6.) les documents nécessaires à la réalisation de sa mission d'audit, mais que « SOCIETE1.) certifie partant au réviseur SOCIETE6.) avoir en dépôt les Titres se trouvant sur un relevé valant extrait du compte « NUMERO2.) » auprès de SOCIETE4.). » Pareille certification ne peut logiquement émaner que du dépositaire.

C'est partant à tort que le sixième moyen, pris en sa première branche, reproche à l'arrêt attaqué de s'être basé sur un aveu équivoque en omettant de rechercher en quelle qualité SOCIETE1.) a agi en répondant à la question posée par SOCIETE6.) relative aux valeurs se trouvant en dépôt auprès d'elle.

Sous le couvert du grief invoqué dans la première branche, la demanderesse en cassation tend à remettre en discussion l'appréciation souveraine par les juges d'appel de la valeur probante des éléments de preuve leur soumis.

Le sixième moyen, pris en sa première branche, ne saurait être accueilli, sinon est non fondé.

Sur le sixième moyen, pris en sa deuxième branche (subsidaire par rapport à la première branche):

Dans la deuxième branche, la demanderesse en cassation reproche à l'arrêt attaqué une violation de l'article 1354 du Code civil. Elle fait valoir qu'un aveu ne peut porter sur un point de droit. La Cour d'appel aurait retenu, pour juger le dépôt des Titres établi, que la réponse apportée par SOCIETE1.), à savoir « *please see attached PERSONNE6.) statements* », aux questions relatives aux « *securities, precious metals, deposit certificates,... in your custody* » posées par le réviseur SOCIETE6.) valait aveu extrajudiciaire du fait qu'elle avait en dépôt les titres se trouvant sur le relevé valant extrait de compte n° NUMERO2.) ouvert auprès de SOCIETE4.). Or, l'aveu de la qualité de dépositaire, qui impliquerait une analyse juridique des relations des parties et la reconnaissance de l'existence et de la qualification d'un contrat, excéderait le simple aveu d'un point de fait.

⁴⁵ Arrêt du 5 décembre 2024, page 38, dernier paragraphe, et page 39, 1^{er} paragraphe

Dans un arrêt du 4 mai 1976, la Cour de cassation française a jugé que « *l’aveu exige de la part de son auteur une manifestation non équivoque de sa volonté de reconnaître pour vrai un fait de nature à produire contre lui des conséquences juridiques* »⁴⁶.

Ce mode de preuve est admissible lorsqu’il s’agit de prouver un dépôt :

« L’aveu est défini comme “la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques” (C. civ., art. 1383, al. 1er). On comprend dès lors que le dépôt est valablement établi lorsque celui qui assume les obligations caractéristiques du contrat - le dépositaire - avoue que la chose lui a été remise à ce titre (CA Rouen, 1re ch., 1er cabinet, 29 mars 2006, n° 04/02919, 01/3231 et 04/3095 : JurisData n° 2006-300425).

À défaut d’écrit, l’aveu peut consister en une déclaration portant sur la détention de la chose (CA Nîmes, 1re ch., 10 oct. 2002, n° 01/883 : JurisData n° 2002-191575), en une absence de contestation sur l’hébergement des chevaux par l’exploitant d’un haras durant une étape (CA Paris, 7e ch. A, 9 nov. 2004, n° 02/21260 : JurisData n° 2004-254062) ou en la reconnaissance d’un contrat de dépôt de pierres précieuses dans une assignation en garantie diligentée contre un tiers (CA Nîmes, 2e ch. B, 7 oct. 2004, n° 01/03519 : JurisData n° 2004-264681). »⁴⁷

L’aveu de SOCIETE1.) portait exclusivement sur le fait que SOCIETE1.) avait en dépôt des titres bien précis, à savoir ceux se trouvant sur un relevé valant extrait du compte « NUMERO2.) » auprès de SOCIETE4.). Il s’agit d’un point de fait dont la preuve peut être rapportée par aveu.

Le sixième moyen, pris en sa deuxième branche, n’est pas fondé.

Sur le sixième moyen, pris en sa troisième branche (subsidaire par rapport à la première branche):

Dans la troisième branche du sixième moyen, la demanderesse en cassation reproche à l’arrêt attaqué une violation de l’article 1356 du Code civil et il est fait grief à l’arrêt attaqué d’avoir retenu que l’aveu extrajudiciaire imputé à SOCIETE1.) ne pouvait être rétracté sauf démonstration d’une erreur de droit ou de fait, alors que, contrairement à l’aveu judiciaire, l’aveu extrajudiciaire serait toujours rétractable.

Il ressort de l’arrêt dont pourvoi que SOCIETE1.) a invoqué, si besoin, la rétractation des aveux extrajudiciaires en citant l’article relatif à la révocation de l’aveu judiciaire. Dans les conclusions récapitulatives du 13 mai 2022, la demanderesse en cassation SOCIETE1.) avait écrit que « *pour autant qu’il s’agirait d’un aveu extrajudiciaire (quod non), il est par les*

⁴⁶ [Cass. 3^e civ. 4 mai 1976, n°75-10.452](#)

⁴⁷ Jurisclasseur Notarial Répertoire, V°Dépôt, Fasc. 20.-Dépôt volontaire.- Formation. Preuve § 71 ; dans le même sens (preuve d’un dépôt par aveu) : Cass. 1^{er} civ. 31 octobre 2012, n°11-15.462, publié au bulletin, trois premières branches réunies du moyen unique du pourvoi principal

présentes révoqué par SOCIETE1.) comme étant la suite d'une erreur de fait conformément à l'article 1355 et 1356 du Code civil »⁴⁸.

La Cour d'appel constate :

« Elle n'invoque de plus ni d'erreur de droit ou de fait à la base de cette demande ni n'en rapporte de preuve ; la rétractation, qui reste à l'appréciation souveraine des juges, n'est pas possible en l'espèce.

Une rétractation serait encore moins possible dans le cas présent, les informations continuées à SOCIETE6.) ayant été intégrées dans les comptes annuels de SOCIETE2.). La Cour ne dispose d'aucune information et encore moins de preuve de l'existence d'une procédure en rétractation, voire en annulation de ces comptes. »

Contrairement à la rétractation de l'aveu judiciaire, qui est régie par l'alinéa 4 de l'article 1356, la rétractation de l'aveu extrajudiciaire n'est prévue par aucun texte.

En France, la doctrine est partagée :

« Si l'article 1383-3, alinéa 4 du Code civil précise que l'aveu judiciaire est irrévocable sauf en cas d'erreur de fait (C. civ., art. 1356, al. 4, ancien : l'aveu judiciaire " ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait "), aucune règle de même nature n'est prévue pour l'aveu extrajudiciaire. Et les auteurs se partagent entre ceux qui considèrent, qu'au même titre que l'aveu judiciaire, l'aveu extrajudiciaire est irrévocable et ceux, plus nombreux, qui estiment que celui-ci n'est pas soumis à la règle de l'irrévocabilité. Les premiers fondent sur le caractère d'acte unilatéral de l'aveu, qu'il soit judiciaire ou extrajudiciaire (V. JCl. Notarial Répertoire, V° Contrats et obligations, fasc. 10, préc.), le droit acquis de la partie adverse auquel l'avouant ne saurait porter atteinte (F. Laurent, préc. n° 10, spéc. n° 220 : " Si l'aveu n'est pas sérieux, il pourra être rétracté, parce qu'une pareille déclaration ne fait pas foi. Mais si elle est sérieuse, elle donne un droit à la partie adverse, et nous ne voyons pas pour quelle raison ce droit pourrait lui être enlevé ". - M. Planiol et G. Ripert, préc. n° 3, spéc. n° 1566. - G. Ripert et J. Boulanger, préc. n° 3, spéc. n° 818 (impl.). - H., L., H. Mazeaud et F. Chabas, préc. n° 3, spéc. n° 425). Les seconds, majoritaires, reconnaissent au juge la faculté d'admettre la révocation de l'aveu extrajudiciaire indépendamment de toute erreur de fait et d'apprécier la portée exacte de cette rétractation compte tenu de l'ensemble des documents et circonstances de la cause (C. Demolombe, préc. n° 11, spéc. n° 555. - L. Larombière, préc. n° 9, spéc. n° 31. - G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, préc. n° 3, spéc. n° 2725, p. 999. - A. Colin et H. Capitant, préc. n° 3, spéc. n° 537 (a contrario). - C. Aubry et C. Rau, préc. n° 3, spéc. [sect] 752, p. 106-107. - G. Marty et P. Raynaud, préc. n° 3, spéc. n° 251. - J. Ghestin, préc. n° 3, spéc. n° 727. - B. Starck, H. Roland, L. Boyer, préc. n° 3, spéc. n° 1650. - J.-L. Mouralis, Rép. civ. Dalloz, préc. n° 18, spéc. n° 788. - F. Terré, préc. n° 3, spéc. n° 695). Beudant adopte une solution plus nuancée qui tente de concilier ces deux conceptions lorsqu'il déclare : " ... la manifestation de volonté que constitue l'aveu n'est pas plus révocable, sauf le cas de l'erreur, lorsque l'aveu est extrajudiciaire que lorsqu'il a été fait en présence du juge. Seulement, en fait, et parce que le magistrat est libre d'apprécier la force probante de

⁴⁸ conclusions récapitulatives du 13 mai 2022, p. 101, § 282

l'aveu extrajudiciaire, le tribunal est seul à même de juger si la rétractation de l'avouant atténue ou laisse intacte la portée de sa déclaration précédente. Une rétractation, même si techniquement elle n'est pas concevable, est néanmoins susceptible d'influencer l'appréciation du juge sans que pour autant il ait à en rendre compte. En d'autres termes, la faculté de rétracter l'aveu s'absorbe dans l'appréciation souveraine du tribunal et c'est la raison pour laquelle l'aveu extrajudiciaire paraît plus aisément révocable que l'aveu judiciaire " (A. Beudant, préc. n° 1, spéc. n° 1319). »⁴⁹

La Cour de cassation française n'a pas eu l'occasion de prendre expressément position sur la question.⁵⁰, sauf à juger dans un arrêt rendu en date du 24 février 1961⁵¹ que l'aveu extrajudiciaire affecté d'une erreur de droit ne pouvait pas être opposé à son auteur.

La Cour de cassation belge n'a pas non plus eu l'occasion de se pencher sur cette question, mais une partie de la doctrine, et notamment Pierre Van Ommeslaghe et Dominique Mougenot, plaident en faveur de l'irrévocabilité de l'aveu extrajudiciaire, tout en y apportant quelques nuances:

« Selon l'article 1356, alinéa 4, du Code civil, l'aveu judiciaire est irrévocable, « à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait ». Le texte ajoute que l'aveu « ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit ».

Comme indiqué ci-dessus, les règles sont les mêmes pour l'aveu judiciaire et pour l'aveu extrajudiciaire, une fois que celui-ci a été jugé admissible par le juge.

Ce texte est ambigu en ce qu'il confond la révocabilité proprement dite de l'aveu et la matière des vices de consentement qui peuvent l'affecter.

Il faut appliquer en l'espèce le droit commun des actes juridiques.

D'une part, conformément au droit commun des actes juridiques unilatéraux, l'aveu ne peut être révoqué (cf. supra, no 725), c'est-à-dire que celui qui a émis un aveu ne peut le résilier unilatéralement par un nouvel acte de volonté.

En particulier, l'auteur de l'aveu ne pourrait rétracter celui-ci parce qu'il ne se serait pas rendu compte des conséquences juridiques de son aveu.

C'est en ce sens que l'article 1356 précise que l'aveu ne pourrait être « révoqué sous prétexte d'une erreur de droit ». Il ne s'agit pas d'une dérogation au droit commun, mais d'une confirmation de celui-ci. Sans doute, le droit commun n'écarterait-il pas l'erreur de droit comme cause d'annulation des actes juridiques, si les conditions de l'erreur sont réunies – ce qui exclut précisément l'annulation pour la raison qu'une partie se serait trompée sur les conséquences juridiques dérivant de son acte (supra, no 143).

L'irrévocabilité de l'aveu implique que l'acte juridique que constitue l'aveu ait été valablement émis. Il est donc logique que l'erreur de fait puisse entraîner l'annulation de l'aveu, appelée à tort par le Code « révocation ». Il s'agit ici d'une application normale de l'article 1110 du Code civil (6172). Cf. Cass., 5 septembre 1966, Pas., 1967, I, p. 7 ; Cass., 3 février 1950, Pas., 1950, I, p. 377.

Que faut-il penser alors des autres vices de consentement, dont l'article 1356, alinéa 4, ne parle pas ? À notre avis, il n'existe aucune raison quelconque de les exclure, tout

⁴⁹ Jurisclasseur Notarial Répertoire, V° contrats et obligations, Fasc. 158 :Preuve des obligations- modes de preuve- Aveu. Effets, § 50

⁵⁰ *ibidem*, § 51

⁵¹ Cass. 2^e civ. 24 février 1961, publié au bulletin 1961, n° 43, p. 35

particulièrement si l'on admet l'annulation pour erreur. Il ne se comprendrait pas qu'un aveu soit maintenu s'il est le fruit d'un dol ou d'une violence.

En pratique cependant, le problème ne se pose guère – ce qui peut expliquer l'absence de jurisprudence sur la question.

En matière d'aveu judiciaire, un dol ou une violence se conçoivent difficilement, puisque l'aveu a lieu devant le juge et sous les garanties de la procédure. On ne peut toutefois écarter complètement l'hypothèse où une partie serait victime d'une manœuvre de l'autre partie, dont le juge ne se rendrait pas compte. Le droit commun devrait s'appliquer en ce cas.

Pour l'aveu extrajudiciaire, la question se posera en pratique au moment où le juge sera appelé à apprécier souverainement l'admissibilité de l'aveu : dans l'hypothèse où il constaterait de tels vices de consentement, il écartera l'aveu des débats dans le cas contraire, l'aveu sera déclaré admissible et l'incidence d'un vice de consentement ne pourra plus se poser que de manière tout à fait exceptionnelle. »⁵²

ou encore :

« Une fois formulé, l'aveu est en principe irrévocable. Celui qui a avoué est lié par son aveu de manière définitive, indépendamment de toute acceptation de l'adversaire et même de toute réaction de ce dernier. Cet effet de l'aveu dérive de son caractère unilatéral. Il est parfait comme tel et n'a pas besoin d'être accepté. Bien que cette règle ne soit indiquée à l'article 1356 du Code civil qu'en ce qui concerne l'aveu judiciaire, elle est également valable pour l'aveu extrajudiciaire.

Au principe de l'irrévocabilité, il existe cependant une exception : l'aveu, qu'il soit judiciaire ou extrajudiciaire, peut être révoqué pour cause d'erreur. Ce n'est que l'application du droit commun. L'erreur substantielle vicie tout acte, qu'il s'agisse d'un contrat ou, comme en l'espèce, d'un acte unilatéral.

L'article 1356 du Code civil précise que seule peut être invoquée pour justifier la rétractation l'erreur de fait, à l'exclusion de l'erreur de droit. A première vue, il s'agit d'un truisme, puisque l'aveu ne peut porter que sur un fait ; on ne voit pas bien en quoi pourrait consister l'erreur de droit. En réalité, il s'agirait d'une erreur sur les conséquences juridiques de l'aveu. Il est logique qu'une erreur de ce genre ne puisse être invoquée : même dans ce cas, le fait avoué demeure. C'est d'autant plus cohérent que, selon la jurisprudence récente de la Cour de cassation, on ne tient plus compte des intentions de l'auteur de l'aveu. Dès lors que l'aveu ne doit pas être fait en vue de produire des effets de droits spécifiques, il est normal qu'une erreur concernant les conséquences de droit de l'aveu soit inopérante.

L'erreur de fait, en matière d'aveu, résulte généralement de certaines circonstances inconnues ou de la croyance d'un fait qui n'existait pas. Un simple changement de stratégie commerciale ne permet pas de révoquer un aveu.

Cette erreur doit être prouvée par l'auteur de l'aveu qui entend se rétracter. »⁵³

⁵² P. VAN OMMESLAGHE, Les obligations, Section 5 Les effets de l'aveu, Tome II, n° 1810

⁵³ Répertoire notarial (belge), Tome IV. Les obligations, Livre 2 : La preuve, n°289, D. MOUGENOT

Au Luxembourg, votre Cour ne s'est pas encore prononcée sur l'éventuelle rétractation d'un aveu extrajudiciaire, mais un arrêt de la Cour d'appel a adopté une position assez nuancée :

« C'est à juste titre que les premiers juges ont dit que l'aveu extrajudiciaire engage son auteur et devient irrévocable. La Cour de Cassation française, dans un arrêt du 24 février 1961 (B.C. II, n° 158) a décidé que l'aveu extrajudiciaire, à la différence de l'aveu judiciaire, peut être attaqué pour erreur de droit aussi bien que pour erreur de fait. »⁵⁴

Même à suivre la doctrine française majoritaire et à reconnaître au juge la faculté d'admettre la révocation de l'aveu extrajudiciaire indépendamment de toute erreur de fait et d'apprécier la portée exacte de cette rétractation compte tenu de l'ensemble des documents et circonstances de la cause, il appartient aux juges du fond seuls d'apprécier si la rétractation de l'avouant atténue ou laisse intacte la portée de sa déclaration précédente et ils l'apprécient souverainement.

Sous le couvert de la violation de la disposition invoquée, le moyen tend à remettre en discussion l'appréciation souveraine par les juges du fond de la portée de la rétractation de l'aveu extrajudiciaire. Cette appréciation souveraine échappe au contrôle de votre Cour.

Le sixième moyen, pris en sa troisième branche, ne saurait être accueilli.

Sur le septième moyen de cassation :

Le septième moyen critique l'arrêt dont pourvoi en ce qu'il a, par réformation, déclaré fondée en son principe la demande principale de SOCIETE2.) tendant à la restitution des espèces à hauteur de 521.918.349,08 USD et en ce qu'il a, avant tout autre progrès en cause, révoqué l'ordonnance de clôture afin de permettre aux parties de verser des pièces et documents et afin de leur permettre de conclure quant aux points soulevés dans la motivation de l'arrêt.

Il est tiré de la violation de l'article 571 du Nouveau code de procédure civile. Par l'effet dévolutif de l'appel, le premier juge serait dessaisi de tous les points débattus devant lui et qu'il a tranchés, la juridiction d'appel étant amenée à les vérifier tous, ce pouvoir et cette obligation de statuer étant limités aux points qui ont effectivement été tranchés par la décision de première instance. En se prononçant sur la question relative à la restitution des espèces qui avait expressément été réservée par les juges de première instance, l'arrêt attaqué aurait méconnu le principe de l'effet dévolutif de l'appel.

L'effet dévolutif se limite aux questions examinées par les premiers juges. Le principe du double degré de juridiction s'oppose à ce qu'une question litigieuse soit examinée par les juges d'appel pour la première fois, sans avoir été préalablement tranchée en première instance. C'est l'idée qu'exprime l'adage *tantum devolutum quantum appellatum* .

« Ainsi, il n'y a pas effet dévolutif lorsqu'il n'y a pas eu de décision de première instance, en particulier lorsque les premiers juges se déclarant incompetents, n'ont pas statué sur le

⁵⁴ CA, 9^e ch. commerciale, 4 mai 2005, n°28590 du rôle ;

litige et lorsque la cour confirme la décision d'incompétence ainsi rendue (Cass. soc., 16 mai 1962 : JCP A 1962, II, 12772 . - Cass. 2e civ., 4 juill. 2007, n° 06-16.179 : JurisData n° 2007-039938 . - V. également : Cass. 2e civ., 25 oct. 1963 : Bull. civ. II, n° 676 ; D. 1964, somm. p. 60).

De même, l'effet dévolutif ne se produit pas relativement à la question de l'évaluation du préjudice lorsque les premiers juges ont statué sur le principe de la responsabilité de l'auteur du dommage et ont ordonné une expertise pour faire cette évaluation (CA Dijon, 12 juill. 1979 : Gaz. Pal. 1979, 2, p. 654 , note Viatte. - CA Dijon, 8 nov. 1981 : Gaz. Pal. 1981, 2, p. 414 , note Viatte. - V. également CA Aix-en-Provence, 15 févr. 1954 : JCP A 1954, IV, 2298 , obs. Madray. - Comp. Cass. 2e civ., 9 févr. 2012, n° 11-17.212 : JurisData n° 2012-001636 , préc. n° 15). »⁵⁵

En l'espèce, les premiers juges ont prononcé un sursis à statuer sur la restitution du « cash » pour « verser des pièces supplémentaires concernant l'origine, la date, le quantum du cash déposé sur les comptes de SOCIETE1.) ainsi que d'approfondir la question de la « termination » du contrat de dépôt » et ils n'ont partant pas épuisé leur saisine concernant ce volet de la demande principale présentée en première instance.

Dans son mémoire en réponse, la partie défenderesse en cassation SOCIETE2.) fait valoir qu'elle aurait partiellement converti sa demande de restitution d'espèces transférées par SOCIETE1.) à SOCIETE4.), qui est subsidiaire par rapport à sa demande de restitution des « Titres requis en restitution » , en une demande principale de restitution d'espèces non transférées par SOCIETE1.) mais ayant été alléguées comme telles par SOCIETE1.), et ce à concurrence de 521.918.349,08 USD, diminuant d'autant sa demande subsidiaire de restitution d'espèces transférées par SOCIETE1.) à SOCIETE4.).

Il ressort du jugement de première instance du 22 mars 2013 que « [la partie demanderesse SOCIETE2.)] demande également la restitution des sommes de 39.773.894,10 USD et 9.556.837,99 EUR, avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice » et le sursis à statuer prononcé par les premiers juges concerne cette demande.

La demande en restitution du montant de 521.918.349,08 USD n'a été formulée par SOCIETE2.) qu'en instance d'appel, à la suite de ce qu'elle considère comme un aveu judiciaire de la part de SOCIETE1.), dans ses conclusions d'appel du 28 février 2019, que ce montant n'a pas été transféré à son sous-dépositaire contrairement à ses allégations antérieures.

⁵⁶

La demanderesse en cassation a d'ailleurs, elle aussi, fait la distinction en instance d'appel entre (A) la demande en restitution des espèces transférées à SOCIETE4.) et (B) la demande tendant à la restitution du solde disponible des comptes-espèces ouverts dans le livre de SOCIETE1.)⁵⁷. Seule la seconde de ces deux demandes a fait l'objet d'un sursis à statuer en première instance.

⁵⁵ Jurisclasseur Procédure civile, Fasc. 900-90 : Appel-Effet dévolutif, §23-24

⁵⁶ Conclusions récapitulatives de Maître Didier Mc Gaw du 18 octobre 2019, pages 154-179, § 414-482, et dispositif à la page 218

⁵⁷ Conclusions récapitulatives du 13 mai 2022, pages 91 et 105

Il en découle que la demande principale de SOCIETE2.) tendant à la restitution des espèces à hauteur de la somme de 521.918.349,08 USD, que les juges d'appel ont dit fondée en son principe dans le dispositif de l'arrêt attaqué, n'a été formulée qu'en instance d'appel, de sorte que les juges d'appel en étaient saisis indépendamment de l'effet dévolutif de l'appel.

Le moyen manque en fait, sinon n'est pas fondé.

Sur le huitième moyen de cassation :

Le huitième moyen critique l'arrêt dont pourvoi en ce qu'il a, par réformation, déclaré fondée en son principe la demande principale de SOCIETE2.) tendant à la restitution des espèces à hauteur de 521.918.349,08 USD et en ce qu'il a, avant tout autre progrès en cause, révoqué l'ordonnance de clôture afin de permettre aux parties de verser des pièces et documents et afin de leur permettre de conclure quant aux points soulevés dans la motivation de l'arrêt.

Ce moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir évoqué le litige en ce qui concerne le volet de la demande de restitution des espèces. Il est tiré principalement, en sa première branche, de la violation de l'article 597 du Nouveau code de procédure civile par fausse application ; sinon subsidiairement, en sa seconde branche, de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ensemble avec l'article 597 du Nouveau code de procédure civile.

Tel que nous l'avons exposé dans le cadre du septième moyen, la demande principale de SOCIETE2.) tendant à la restitution des espèces à hauteur de la somme de 521.918.349,08 USD n'a été présentée qu'en instance d'appel, de sorte que les juges d'appel en étaient saisis et ils ont pu y statuer sans évoquer ce volet du litige.

Le huitième moyen, pris en ses deux branches, manque en fait.

Sur le neuvième moyen de cassation :

Le neuvième moyen critique l'arrêt dont pourvoi en ce qu'il a, par réformation, déclaré fondée en son principe la demande principale de SOCIETE2.) tendant à la restitution des espèces à hauteur de 521.918.349,08 USD et en ce qu'il a, avant tout autre progrès en cause, révoqué l'ordonnance de clôture afin de permettre aux parties de verser des pièces et documents et afin de leur permettre de conclure quant aux points soulevés dans la motivation de l'arrêt.

Il est tiré de la violation des articles 61 du Nouveau code de procédure civile et 4 du Code civil et il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir jugé la demande de restitution des espèces fondée en son principe tout en relevant ne pas être en mesure de trancher le point de savoir si une « *saisie-arrêt ou opposition* » pouvait s'y opposer.

Aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 61 du NCPC, qui est visé dans la discussion du moyen, « *le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.* »

L'article 4 du Code civil dispose que « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».

L'arrêt dont pourvoi a déclaré fondée en son principe la demande tendant à la restitution des espèces à hauteur de 521.918.349,08 USD, constatant ainsi l'existence d'une obligation de restitution pesant sur SOCIETE1.). Celle-ci n'a toutefois pas été condamnée au paiement de ladite somme, étant donné qu'elle avait fait valoir l'existence d'un séquestre :

« La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 1944 du Code civil : « le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution ; à moins qu'il n'existe, entre les mains du dépositaire, une saisie-arrêt ou opposition à la restitution et au déplacement de la chose déposée ».

Il ressort de cet article, qui s'applique aux relations entre parties, sur base de leur « custodian agreement », qu'indépendamment de la « termination » prévue à sa clause 19.2, SOCIETE2.) pourrait obtenir la restitution immédiate de ses avoirs qui se trouvent encore auprès de SOCIETE1.), si aucune « saisie-arrêt ou opposition » ne s'y oppose.

SOCIETE1.) avance une telle opposition. SOCIETE2.) n'ayant pas pris position quant à cette opposition, développée dans les dernières conclusions de SOCIETE1.), postérieures aux dernières conclusions de SOCIETE2.), il convient de l'y inviter. En même temps, il sera demandé à SOCIETE1.) de préciser par qui et sur base de quelle procédure ce séquestre qu'elle plaide, lui aurait été imposé. La Cour procède ici encore, par application de l'article 225 du Nouveau Code de procédure civile, à la révocation de l'ordonnance de clôture. »

Si l'existence d'un séquestre peut avoir des incidences sur les modalités d'exécution de l'obligation de restitution constatée dans le chef de SOCIETE1.), elle ne saurait toutefois avoir d'incidence sur l'existence-même de cette obligation. C'est dès lors à bon droit que la demande en restitution a été déclarée fondée en son principe et que des précisions ont été demandées au sujet du séquestre invoqué par SOCIETE1.).

En statuant comme ils l'ont fait, les juges d'appel ont fait une exacte application de l'article 61 du NCPC et ils n'ont pas violé l'article 4 du Code civil.

Le moyen n'est pas fondé.

Sur le dixième moyen de cassation (subsidaire au huitième moyen):

Le dixième moyen critique l'arrêt dont pourvoi en ce qu'il a, par réformation, déclaré fondée en son principe la demande principale de SOCIETE2.) tendant à la restitution des espèces à hauteur de 521.918.349,08 USD et en ce qu'il a, avant tout autre progrès en cause, révoqué l'ordonnance de clôture afin de permettre aux parties de verser des pièces et documents et afin de leur permettre de conclure quant aux points soulevés dans la motivation de l'arrêt.

Il est tiré de la violation de l'article 1944 du Code civil⁵⁸ et il est fait grief à la décision dont pourvoi de ne pas avoir tiré les conséquences légales de ses constatations, plus particulièrement il lui est reproché d'avoir jugé la demande de restitution des espèces fondée en son principe tout en relevant que SOCIETE1.) pouvait s'opposer à cette demande de restitution si les fonds étaient valablement séquestrés.

Or, tel qu'il a été exposé dans le cadre du neuvième moyen, l'existence d'un séquestre peut avoir des incidences sur les modalités d'exécution de l'obligation de restitution constatée dans le chef de SOCIETE1.), mais elle ne saurait toutefois avoir d'incidence sur l'existence-même de cette obligation.

Le moyen n'est pas fondé.

Sur le onzième moyen de cassation (subsidaire au huitième moyen):

Le onzième moyen critique l'arrêt dont pourvoi en ce qu'il a, par réformation, déclaré fondée en son principe la demande principale de SOCIETE2.) tendant à la restitution des espèces à hauteur de 521.918.349,08 USD et en ce qu'il a, avant tout autre progrès en cause, révoqué l'ordonnance de clôture afin de permettre aux parties de verser des pièces et documents et afin de leur permettre de conclure quant aux points soulevés dans la motivation de l'arrêt.

Il est tiré d'un défaut de base légale au regard des articles 1937 et 1944 du Code civil. Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir jugé la demande de restitution des espèces fondée en son principe en se bornant à retenir que « *SOCIETE2.) pourrait obtenir la restitution immédiate de ses avoirs qui se trouvent encore auprès de SOCIETE1.)* »⁵⁹ à l'exception éventuelle des sommes séquestrées, sans rechercher, comme la demanderesse en cassation l'avait expressément demandé⁶⁰, si SOCIETE1.) n'avait pas valablement satisfait à son obligation de restitution des sommes sollicitées en les transférant à celui qui avait été indiqué par le déposant pour les recevoir, à savoir SOCIETE4.), de sorte qu'elle n'était plus en possession desdites sommes.

Or, d'un côté, il ressort des conclusions récapitulatives déposées par la partie demanderesse en cassation en instance d'appel qu'elle a reconnu que les transferts renseignés dans le tableau versé par elle (pièce n°16) reflétait en partie des transferts opérés « *d'un point de vue économique* » seulement,⁶¹ et, de l'autre côté, les juges d'appel ont constaté qu'« *elle [SOCIETE1.)] conteste toute reconnaissance dans son chef du montant réclamé et explique encore que suite à la clôture des comptes de SOCIETE2.) dans ses livres, les fonds seraient sous séquestre, ce qu'elle appelle « retained monies »* ».⁶²

Concernant précisément le montant de 521.918.349,08 USD réclamé par SOCIETE2.) en instance d'appel justement au motif qu'il n'avait pas été transféré à SOCIETE4.), l'extrait des conclusions récapitulatives cité dans la discussion du moyen ne comporte aucune indication

⁵⁸ le libellé de l'article 1944 du Code civil est cité dans le cadre du 9^e moyen de cassation

⁵⁹ Arrêt du 5 décembre 2024, page 49, dernier paragraphe

⁶⁰ Conclusions récapitulatives du 13 mai 2022, page 92, § 266-269

⁶¹ *ibidem*, page 99, § 278 et 279

⁶² Arrêt du 5 décembre 2024, page 49, antépénultième paragraphe

concernant un éventuel transfert à SOCIETE4.) et il se limite à des considérations générales sur l'exécution des instructions de SOCIETE2.).

En retenant que les fonds en question se trouvent auprès de SOCIETE1.) sous séquestre et en demandant à SOCIETE1.) de fournir des précisions sur ce séquestre, les juges d'appel ont implicitement, mais nécessairement constaté que ces fonds n'avaient pas été transférés à SOCIETE4.).

Sous le couvert de la violation de la disposition visée, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation souveraine par les juges du fond des éléments de preuve leur soumis.

Le moyen ne saurait être accueilli, sinon il n'est pas fondé.

Sur le douzième moyen de cassation (subsidaire au huitième moyen):

Le douzième moyen critique l'arrêt dont pourvoi en ce qu'il a, par réformation, déclaré fondée en son principe la demande principale de SOCIETE2.) tendant à la restitution des espèces à hauteur de 521.918.349,08 USD et en ce qu'il a, avant tout autre progrès en cause, révoqué l'ordonnance de clôture afin de permettre aux parties de verser des pièces et documents et afin de leur permettre de conclure quant aux points soulevés dans la motivation de l'arrêt.

Il est tiré de la violation de l'article 109, première phrase, de la Constitution et de l'article 249 du Nouveau code de procédure civile, combiné avec l'article 587 du même code.

Le moyen s'articule en deux branches qui reprochent toutes les deux à l'arrêt attaqué un défaut de réponse à conclusions équivalant à un défaut de motifs.

Sur le douzième moyen pris en ses deux branches :

Dans la première branche, la partie demanderesse indique avoir fait valoir dans ses conclusions d'appel que SOCIETE2.) était forclosée à contester les transferts de fonds consentis à SOCIETE4.) plus de 14 jours après l'émission des relevés de compte les mentionnant⁶³, et il est fait grief à la décision dont pourvoi d'avoir jugé la demande de restitution des espèces fondée en son principe en retenant que « *SOCIETE2.) pouvait obtenir la restitution immédiate de ses avoirs qui se trouvent encore auprès de SOCIETE1.)* » à l'exception des sommes séquestrées, sans répondre à ces conclusions.

Dans la seconde branche, la partie demanderesse indique avoir fait valoir dans ses conclusions d'appel, en ce qui concerne la demande tendant à la restitution des espèces à hauteur de 521.918.349,08 USD, qu'elle n'avait pas reçu en espèces de SOCIETE2.) ladite somme mais que celle-ci correspondait en réalité à des souscriptions faites par deux autres fonds d'investissement (ENSEIGNE2.) et ENSEIGNE3.)) dans SOCIETE2.), souscriptions réalisées par des transferts en nature (transfert « *in specie* »), sans aucune intervention de la part de SOCIETE1.) et sans aucun transfert d'espèces.⁶⁴

⁶³ Conclusions récapitulatives du 13 mai 2022, page 101-102, § 283-284

⁶⁴ Conclusions récapitulatives du 13 mai 2022, page 94, § 276-278

Ces deux branches du moyen (qui ne sont pas subsidiaires l'une par rapport à l'autre) sont contradictoires dans la mesure où la partie demanderesse en cassation allègue dans la première branche que les fonds litigieux auraient été transférés à SOCIETE4.) tout en soutenant dans la seconde branche ne jamais avoir reçu de SOCIETE2.) ladite somme en espèces.

La contradiction du moyen est un cas d'irrecevabilité, notamment lorsque deux branches d'un moyen sont contradictoires.⁶⁵

Le douzième moyen est irrecevable en ses deux branches.

Subsidiairement :

Sur le douzième moyen pris en sa première branche :

Etant donné que le juge n'est tenu de répondre qu'aux véritables moyens, « *le raisonnement juridique invoqué doit avoir une assise dans les faits mêmes de la cause. Et ce fait ne doit pas être invoqué de manière vague ou imprécise, mais se justifier par des éléments de preuve appropriés [..]. C'est par là que le moyen se distingue de la simple allégation, que ne vient appuyer aucune justification, ni précision.* »⁶⁶ S'y ajoute que le raisonnement juridique doit être de nature à influencer sur la solution du litige.⁶⁷

L'extrait des conclusions récapitulatives cité dans la discussion du moyen a trait aux conditions générales de SOCIETE1.) signées par SOCIETE2.) et à la forclusion y prévue en cas d'absence de contestation des extraits de compte endéans un délai de 14 jours.

Mis à part l'indication que des relevés auraient été émis par SOCIETE1.) « *de façon périodique* », les conclusions ne précisent pas à quel moment et par quel extrait de compte SOCIETE2.) aurait été informé d'un transfert de fonds consenti à SOCIETE4.), lequel n'aurait pas été contesté endéans le délai de forclusion, et qui aurait pu avoir une incidence sur la demande de restitution des espèces à hauteur de la somme de 521.918.349,08 USD.

Au vu de ce qui précède, les conclusions citées dans la discussion du moyen ne formulaient pas de moyen exigeant une réponse.

Le douzième moyen, pris en sa première branche, n'est pas fondé.

Sur le douzième moyen pris en sa seconde branche :

Afin de justifier l'opérance du moyen invoqué,⁶⁸ la partie demanderesse en cassation affirme que le montant de 521.918.349,08 USD, pour lequel la demande tendant à la restitution a été déclarée fondée en principe, se composerait des montants de : 465.824,061,08 USD + 26.500.000 USD + 30.000.000 USD. Or, les conclusions citées dans la discussion du moyen se réfèrent à des montants de 26.5000.000 USD, 35.000.000 (respectivement 30.000.000 USD)

⁶⁵ J. et L. Boré, La cassation en matière civile, 6^e éd. 2023/2024, page 481, n°81.41

⁶⁶ *ibidem*, page 432, n°77.214

⁶⁷ *ibidem*, page 433, n° 77.216

⁶⁸ *ibidem*, page 433, n°77.216

et 463.418.349,08 USD, sans que la demanderesse en cassation ne fournisse la moindre explication au sujet de la relation entre ces différents montants.

Aux termes de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation exige, sous peine d'irrecevabilité, que chaque moyen ou chaque branche doit préciser, sous peine d'irrecevabilité, le cas d'ouverture invoqué, la partie critiquée de la décision et ce en quoi celle-ci encourt le reproche allégué.

Ces exigences découlent du principe d'autonomie du pourvoi, selon lequel le justiciable doit présenter tous les éléments de fait et de droit pour chaque moyen afin que la Cour de cassation puisse, à la lecture globale du mémoire, comprendre le contenu des critiques censées justifier la cassation de la décision attaquée et être en mesure de statuer.⁶⁹ A condition que la Cour de cassation ne fasse pas preuve d'un formalisme excessif qui ne saurait se justifier au regard du but poursuivi, à savoir la garantie de la sécurité juridique et la bonne administration de la justice, l'irrecevabilité d'un moyen en cassation déduite de ce qu'il ne précise pas en quoi consiste la violation, par la décision attaquée, de la loi ou des formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, n'est ni arbitraire ni manifestement déraisonnable.⁷⁰

Le douzième moyen, pris en sa seconde branche est irrecevable pour manque de précision.

Conclusion

Le pourvoi est recevable mais non fondé.

Pour le Procureur Général d'Etat,
Le procureur général d'Etat adjoint

Marie-Jeanne Kappweiler

⁶⁹ Justice pénale et procès équitable, volume 1, Franklin KUTY, page 510, n°526

⁷⁰ CEDH décision sur la recevabilité *Fabrice Olivier c. Belgique* du 11 juin 2015, § 24 et 25 ; CEDH arrêt *Petrovic c. Luxembourg* du 17 février 2011, § 31 et 32