Arrêt commercial

Audience publique du trente novembre deux mille onze.

Numéro 36253 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
Eliane ZIMMER, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

E n t r e :

la société anonyme AAA S.A., *établie et ayant son siège social à A-…. UUU, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro ……,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Nadine TAPELLA de Luxembourg du 19 mai 2010,*

comparant par Maître Alain LORANG, avocat à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme BBB S.A. en liquidation volontaire, *établie et ayant son siège social à L-…. VVV, actuellement sans siège connu, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro …….., représentée par son liquidateur, la société BBB S.A., établie et ayant son siège social à L-…. WWW, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

intimée *aux fins du susdit exploit TAPELLA,*

comparant par Maître François KREMER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier des 30 mai et 4 juin 2007 la société anonyme de droit autrichien AAA a fait comparaître la société anonyme BBB en liquidation, DDD et EEE devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour voir condamner la BBB à lui payer la somme de 781.812.- US$ avec les intérêts légaux à partir du 18 décembre 2002 jusqu'à solde, subsidiairement voir condamner DDD et EEE solidairement, sinon chacun pour sa part à lui payer la même somme avec les intérêts légaux à partir du 18 décembre 2002 jusqu'à solde.

La société AAA a exposé à l'appui de sa demande qu'elle a acquis en décembre 1998 et janvier 1999 630 actions de la sicav FFF, laquelle avait été constituée le 1er août 1996 sur base de la loi du 30 mars 1988 relative aux organismes de placement collectif et dont la BBB était banque dépositaire et DDD et EEE les administrateurs; que la sicav a été mise en liquidation volontaire par décision de l'assemblée extraordinaire du 11 juin 2001 et la société GGG nommée liquidateur; qu'il fut alors constaté que la situation financière de la sicav était désastreuse et que les actions avaient perdu toute leur valeur; que la sicav fut déclarée en état de liquidation judiciaire par décision du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 18 décembre 2002 et que Maître Laurent Metzler fut nommé liquidateur.

La société demanderesse a soutenu que les investissements de la sicav ont été réalisés au mépris des obligations énoncées dans le prospectus du mois d'août 1996 et de la loi applicable aux sicav, notamment l'article 45 (1) de la loi modifiée du 30 mars 1988 relative aux organismes de placement collectif et que la BBB a contrevenu aux dispositions de l'article 33(3) c) de cette loi pour ne pas s'être assurée de l'affectation conforme aux statuts des produits de la sicav, qu'elle a dès lors engagé sa responsabilité sur base des articles 33(3) c) et 35 de la loi précitée, sinon sur base des articles 1915 et suivants du Code civil, sinon sur base de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil et qu'elle doit indemniser la demanderesse à hauteur du préjudice subi, équivalent au montant de la valorisation de sa participation en date du 4 janvier 1999, soit la somme de 781.812.- US$.

La responsabilité de DDD et de EEE a été recherchée sur base des dispositions de l'article 58, alinéa 2, de la loi modifiée du 10 août 1915.

Par jugement rendu le 11 mars 2010 le tribunal a dit la demande dirigée contre la BBB irrecevable et a déclaré nul l'exploit d'assignation à l'égard de DDD et de EEE.

Par exploit d'huissier du 19 mai 2010 la société anonyme AAA a régulièrement relevé appel de ce jugement, lui signifié le 9 avril 2010, en intimant la seule société anonyme BBB.

Pour dire irrecevable la demande dirigée contre la société BBB, le tribunal s'est référé à divers jugements rendus le 4 mars 2010 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg dans lesquels il a été dit que l'action en responsabilité engagée contre le dépositaire ne peut, conformément aux principes du droit des sociétés qui s'appliquent en la matière et à l'instar de l'action en responsabilité dirigée contre les dirigeants sociaux, être engagée que par la société elle-même et il en a conclu que l'actionnaire ne dispose pas en droit luxembourgeois, qui n'a fait que transposer la disposition de l'article 16 de la directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 et n'est donc pas en conflit avec la norme communautaire, d'une action directe contre le dépositaire sur base de l'article 35 de la loi du 30 mars 1988. Il a ajouté que le préjudice allégué par la demanderesse, à savoir la perte de valeur des titres détenus par elle dans le capital de la société d'investissement, constitue en l'espèce la perte de l'actif de celle-ci, qu'il équivaut par voie de conséquence au préjudice subi par la société elle-même et n'est pas propre à la demanderesse, laquelle est en outre en défaut d'établir un lien de causalité direct entre le préjudice invoqué et les fautes reprochées à la banque.

La société AAA soutient à l'appui de son appel qu'en l'espèce l'actionnaire exerce son action non pas contre la société dont il est actionnaire, mais contre le dépositaire des fonds des actionnaires, que le tribunal a statué à tort sur base des principes de droit des sociétés qui ne règlent que les différends relatifs à *l'affectio societatis* entre les intérêts divers des actionnaires et celui de la société, qu'il a dès lors écarté les principes de l'harmonisation communautaire dans le domaine des organismes de placement collectif en exigeant la réunion de différentes conditions supplémentaires d'ordre interne.

L'appelante fait valoir qu'il ressort de l'article 35 de la loi du 30 mars 1988, issue de la transposition de la directive communautaire sur les organismes de placement, que le dépositaire est responsable à l'égard des actionnaires (de la société d'investissement à capital variable) de tout préjudice subi par eux résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution fautives de ses obligations, que le jugement entrepris modifie d'une manière indirecte les termes des législateurs européen et national en rendant le dépositaire responsable à l'égard de la société et non à l'égard des actionnaires, que l'article 35 de la loi de 1988 accorde une action directe qui est sans relation avec le droit des sociétés et ne distingue dès lors pas entre actions sociales et actions individuelles.

L'article 35 de la loi de 1988 (respectivement l'article 36 de la loi du 20 décembre 2002 qui a remplacé la loi de 1988) est du contenu suivant:

"Le dépositaire est responsable, selon le droit luxembourgeois, à l'égard des actionnaires de tout préjudice subi par eux et résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution fautives de ses obligations."

L'article 16 de la directive, dont l'article 35 de la loi de 1988 est la transposition en droit national, dispose:

"Le dépositaire est responsable, selon le droit national de l'Etat où est situé le siège statutaire de la société d'investissement, à l'égard de la société d'investissement et des participants, de tout préjudice subi par eux et résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ses obligations."

L'article 16 de la directive parle donc de la société et des participants, tandis que l'article 35 de la loi de 1988 ne parle que des actionnaires.

Mais cette divergence entre les termes utilisés n'a pas d'incidence sur la mise en œuvre de cette responsabilité. Et l'appelante ne peut déduire du fait que l'article 35 de la loi de 1988 ne vise que la responsabilité à l'égard des actionnaires qu'il aurait voulu conférer aux actionnaires une action directe contre le dépositaire.

Dans les travaux parlementaires relatifs à la loi du 30 mars 1988 (Doc. parl. n° 3172, Commentaire des articles, p.41) il est dit à propos de l'article 35:

"Cet article a trait au régime de la responsabilité du dépositaire des actifs d'une sicav. Tout comme en matière de fonds communs de placement, la directive abandonne le régime de la responsabilité du dépositaire au droit national et énonce une responsabilité pour inexécution ou mauvaises exécution fautives des obligations. … Quant à la faculté pour un investisseur d'intenter, en lieu et place de la société d'investissement elle-même, une action en responsabilité à l'encontre du dépositaire: ce sont les principes du droit des sociétés qui s'appliquent en la matière. Il n'est dès lors pas nécessaire de revenir sur cette question pour les sociétés d'investissement."

D'après l'article 25 de la loi de 1980: *"Les sicav sont soumises aux dispositions générales applicables aux sociétés anonymes en général, pour autant qu'il n'y est pas dérogé par la présente loi".*

La société anonyme jouit d'une personnalité juridique propre, indépendante de celle de ses associés et elle a seule qualité pour intenter une action en réparation d'un préjudice social, subi par la société elle-même, c'est-à-dire par l'ensemble des actionnaires. La perte de la valeur des actions de la société, invoquée par l'appelante à l'appui de sa demande en dommages et intérêts, entraînant la dépréciation du patrimoine social, constitue un préjudice subi par la société elle-même. L'action individuelle d'un actionnaire est donc irrecevable, à moins qu'il n'agisse en réparation d'un préjudice personnel, distinct du préjudice social. La société AAA ne se prévaut pas en l'espèce d'un préjudice distinct du préjudice social et elle ne peut agir en réparation de sa part dans le préjudice collectif subi par l'ensemble des actionnaires (cf. C.A. 10.8.1891, P.3,537; Cass. com. 18.7.1989, n° 87-20261; 21.9.2004, RJDA 12/04, n° 1326).

L'appelante reproche encore aux premiers juges d'avoir dans la motivation du jugement rejeté l'action de l'actionnaire sur base d'un défaut de qualité pour agir tout en invoquant *in fine* l'absence de lien de causalité entre le préjudice invoqué et les fautes commises par l'intimée, sans toutefois exercer aucun contrôle sur les fautes commises par le dépositaire et le préjudice subi.

Dans le jugement il est question dans ce contexte non pas des fautes commises par l'intimée, mais des fautes lui reprochées, ce qui n'est pas la même chose. Il est vrai que cet ajout était inutile en présence de la constatation de l'irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité.

La société AAA fait ensuite valoir, en citant plusieurs décisions de la Cour de Justice des Communautés Européennes, que la directive européenne transposée en droit national avait pour objet l'harmonisation du droit communautaire dans le domaine d'organismes de placement collectif et de permettre un niveau de protection minimale aux actionnaire, que les juridictions nationales doivent interpréter le droit national dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive et si une application du droit national conforme aux exigences de la directive n'est pas possible, la juridiction nationale a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers.

Elle soutient qu'en l'espèce les premiers juges ont procédé à une interprétation non conforme aux exigences communautaires en éludant une action directe de l'actionnaire de la sicav vis-à-vis du dépositaire résultant du texte législatif et communautaire et en se basant sur les principes du droit des sociétés incompatibles avec les objectifs du législateur communautaire.

Ainsi que l'a dit le tribunal d'arrondissement de Luxembourg dans ses jugements du 4 mars 2010, auxquels se sont référés les premiers juges, la directive fixe un but à atteindre, mais laisse aux Etats le choix des moyens pour y arriver. Elle n'est pas un texte au sommet de l'ordre juridique communautaire, tel que le traité, elle concède aux Etats une marge de manœuvre pour sa mise en œuvre, de sorte qu'il y a lieu de lui refuser un effet horizontal. Néanmoins, en vertu du principe de la primauté, en cas de conflit entre la norme communautaire et la norme interne, la première prévaut, de sorte que la loi interne est à interpréter à la lumière du texte européen.

Concernant la responsabilité du dépositaire de la sicav, l'article 16 de la directive 85/611/CEE renvoie au droit national de l'Etat où est situé le siège statutaire de la société de gestion. L'étendue et la mise en œuvre de cette responsabilité sont donc à déterminer par les Etats en fonction de leur droit national.

Dans une communication adressée par la Commission des Communautés Européennes au Conseil et au Parlement européen concernant la réglementation relative aux dépositaires d'OPCVM dans les Etats membres [COM(2004)207final] il est dit au point 4.6.4: *"Par ailleurs, en fonction de la législation nationale applicable, les investisseurs individuels peuvent, ou non, mettre en cause directement la responsabilité du dépositaire, sur lequel pèse, ou non, une présomption irréfragable de faute … ."*

La loi du 30 mars 1988 a soumis les sicav aux dispositions applicables aux sociétés anonymes avec les conséquences ci-dessus énoncées sur la mise en cause de la responsabilité du dépositaire.

Concernant les fonds communs de placement gérés par une société de gestion, qui revêtent la forme contractuelle et ne jouissent pas d'une personnalité juridique propre, l'article 9 de la directive, après avoir posé le principe de la responsabilité du dépositaire, selon le droit national de l'Etat où est situé le siège statutaire de la société de gestion, à l'égard de la société de gestion et des participants, de tout préjudice subi par eux de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ses obligations, ajoute:

"A l'égard des participants, la responsabilité peut être mise en cause directement, ou indirectement par l'intermédiaire de la société de gestion, selon la nature juridique des rapports existant entre le dépositaire, la société de gestion et les participants."

L'article 18 de la loi de 1988, transposant cette disposition, après avoir posé le principe de la responsabilité, dit dans un deuxième alinéa:

"A l'égard des participants, la responsabilité est mise en cause par l'intermédiaire de la société de gestion. Si la société de gestion n'agit pas, nonobstant sommation écrite d'un participant, dans un délai de trois mois à partir de cette sommation, ce porteur de parts peut mettre en cause directement la responsabilité du dépositaire."

L'article 16 de la directive, qui concerne les sociétés d'investissement, ne parle pas de la possibilité d'une mise en cause directe mais se borne à se référer au droit national de la société d'investissement. On ne peut déduire du silence de l'article 16 qu'il imposerait aux législations nationales de prévoir une action directe au profit des actionnaires de la sicav. Si tel avait été l'intention des auteurs de la directive ils l'auraient dit.

Il n'y a donc pas de conflit entre la loi du 30 mars 1988 (actuellement la loi du 20 décembre 2002 qui a repris sur ces points les dispositions de la loi de 1988) et l'article 16 de la directive.

Un renvoi en interprétation préjudicielle devant la Cour de Justice des Communautés Européennes sur la question d'une conformité à la directive du droit luxembourgeois applicable proposé par les premiers juges en ce qui concerne la recevabilité de l'action des investisseurs à l'égard des dépositaires s'avère dès lors inutile.

L'appelante fait enfin plaider que les premiers juges n'ont pas tenu compte du fait que l'appelante est un actionnaire d'une sicav mise en liquidation judiciaire. Elle soutient que le liquidateur ne s'est jamais préoccupé des causes de la déconfiture de la sicav et de la recherche d'indemnisations pour les investisseurs spoliés.

Selon l'appelante, qui cite un arrêt de la Cour de Cassation du 13 mars 1891 (P.3,465), il est de jurisprudence constante que si une société dissoute continue encore d'exister comme personne morale jusqu'à sa liquidation, cette fiction, basée sur des motifs de nécessité absolue, doit disparaître avec ces motifs, qu'en conséquence, et au point de vue des actions des anciens associés, la

société dissoute a cessé de durer. L'appelante en déduit qu'en cas de liquidation d'une société, qu'elle soit volontaire ou judiciaire, les associés retrouvent leurs possibilités individuelles d'action.

Cette argumentation ne peut être suivie. Ainsi que le fait valoir à juste titre l'intimée, pendant toute la durée de la liquidation judiciaire les droits et actions de la société en liquidation sont exercés par le liquidateur auquel aucun créancier ne peut se substituer pour recouvrer une créance de la personne soumise à cette procédure collective (Cass. com. 3.4.2001, BC 2001, 4, n°71; Cass. 1e civ. 2.10.2002, n° 99/10947; C.A. 18.4.1967, P.20,339).

Cette règle de droit luxembourgeois ne contrevient pas aux dispositions et objectifs communautaires "en méconnaissant la réalité juridique dans laquelle se trouvent la sicav en liquidation judiciaire et ses actionnaires". En effet, aucune disposition de la directive, ni l'objectif suivi par ses auteurs et qui est de réduire les divergences entre les règles nationales en matière d'organismes de placement collectif en établissant des règles minimales communes (voir le préambule de la directive), ne s'opposent à ce qu'en cas de liquidation de la sicav l'exercice de ses droits et actions soit réservé au liquidateur, l'article 16 de la directive renvoyant par ailleurs, pour ce qui concerne l'étendue et la mise en œuvre de la responsabilité du dépositaire, au droit national de l'Etat du siège statutaire de la sicav.

Il s'en suit que l'appelante ne peut être reçue dans sa demande dirigée contre la société BBB, que cette demande procède des dispositions de la loi de 1988, actuellement loi de 2002, ou des articles 1915 et suivants, sinon 1384, alinéa 3, du Code civil.

L'appel n'est pas fondé et que le jugement entrepris est à confirmer, y compris en ce qu'il a dit non fondée la demande de l'appelante en allocation d'une indemnité de procédure.

Les demandes formées en instance d'appel sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile sont à rejeter, la condition d'iniquité n'étant pas remplie en l'espèce.

PAR CES MOTIFS :

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

reçoit l'appel en la forme;

le dit non fondé et confirme le jugement entrepris;

dit non fondées les demandes formées en instance d'appel sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile;

condamne la société anonyme AAA aux frais et dépens de l'instance d'appel, dont distraction au profit de Maître François Kremer, sur ses affirmations de droit.