

Arrêt N° 108/18 IV-COM

Audience publique du trente et un octobre deux mille dix-huit

Numéro 42252 du rôle

Composition:

Roger LINDEN, président de chambre;
Elisabeth WEYRICH, première conseillère;
Henri BECKER, conseiller ;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

1) la société européenne SOC.1.) EUROPE, établie et ayant son siège social à D-(...), immatriculée au Registre de Commerce de l'Amtsgericht de Francfort sous le numéro HRB (...), agissant par le biais de sa succursale **SOC.1.) EUROPE SE, LUXEMBOURG BRANCH**, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par les représentants permanents de **SOC.1.) EUROPE** pour l'activité de la succursale, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), **ayant repris l'instance** en lieu et place de la société anonyme **SOC.1.) (LUXEMBOURG)**,

2) la société anonyme SOC.1.) FUND SERVICES (LUXEMBOURG), établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

appelantes aux termes d'un acte de l'huissier de justice Josiane Gloden d'Esch-sur-Alzette du 30 janvier 2015,

comparant par la société anonyme Elvinger Hoss Prussen, établie et ayant son siège social à L-1340 Luxembourg, 2, place Winston Churchill, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B 209.469, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, représentée par Maître Marc Elvinger, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

1) la société SOC.2.) SPA, autorisée comme société de gestion italienne par la **BQUE.1.)** depuis le 6 juillet 1999, agissant en qualité de société de gestion, établie et ayant son siège social à I(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Milan sous le numéro (...),

intimée aux fins du prédit acte Gloden,

comparant par la société anonyme Wildgen, établie et ayant son siège social à L-2320 Luxembourg, 69, boulevard de la Pétrusse, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 212.946, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée par Maître Karine Vilret, avocat à la Cour,

2) la société coopérative SOC.3.) LUXEMBOURG, établie et ayant son siège social à L(...), représentée par son organe de gestion actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

intimée aux fins du prédit acte Gloden,

comparant par Maître Hervé Hansen, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Par arrêt contradictoire du 17 mai 2017, la Cour d'appel a confirmé la décision du tribunal d'arrondissement de Luxembourg qui avait déclaré recevable la demande de la société **SOC.2.)**.

Concernant la nature des relations entre l'intimée **SOC.2.)** et les appelantes **SOC.1.) FS** et **SOC.1.)**, la Cour a retenu que l'intimée **SOC.2.)** n'était pas en droit d'agir sur la base contractuelle contre l'appelante **SOC.1.) FS**, mais que sa demande contre cette partie devait être analysée sur la base délictuelle. Concernant l'appelante **SOC.1.)**, elle a retenu que le rôle de cette partie se limitait à celui d'une *prime bank* et qu'aucune obligation allant au-delà de la mission de teneur de compte et d'exécutant des ordres ne pouvait être mise à sa charge.

La Cour a ensuite retenu que les délais d'accomplissement des opérations de rachat tels que prévus par les documents contractuels relatifs au FONDS avaient été respectés de sorte qu'aucune faute y relative ne saurait être retenue à l'encontre des parties appelantes. Elle a encore décidé qu'il ne saurait être reproché à l'appelante **SOC.1.) FS** de ne pas avoir respecté l'engagement de payer énoncé

dans les confirmations de rachat, dès lors que ces confirmations n'étaient pas de nature à créer une obligation spécifique, nouvelle et indépendante des stipulations contractuelles à charge de l'appelante **SOC.1.)** FS. La Cour a rejeté les moyens déduits par l'intimée **SOC.2.)** d'un manquement de l'appelante **SOC.1.)** FS à son obligation de l'informer des problèmes rencontrés.

Aucune faute à charge des parties appelantes n'a partant été retenue par la Cour dans son arrêt du 17 mai 2017.

La Cour a constaté ensuite que les appelantes **SOC.1.)** motivaient le non-paiement des sommes redues à l'intimée par l'insuffisance de liquidités sur les comptes du FONDS.

Après avoir analysé les extraits de compte versés au dossier, elle a retenu qu'à la date du 12 décembre 2008, le FONDS ne disposait pas des liquidités suffisantes pour désintéresser l'intimée. Elle a rejeté le moyen de l'intimée consistant à dire qu'au courant du mois de novembre 2008, de nombreux paiements opérés au profit de tiers à partir des comptes des appelantes, laissaient présumer que ces personnes auraient été avantagées par rapport à elle. La Cour a encore constaté qu'au 12 décembre 2008, la provision du compte n° (...) ouvert au nom du FONDS auprès de l'appelante **SOC.1.)** n'était pas suffisante pour désintéresser l'intimée. Concernant le compte n° (...), la Cour a condamné la société **SOC.1.)** à verser les extraits y relatifs couvrant la période se situant entre le 15 novembre 2008 et le 20 décembre 2008. La demande de pièces autres que les extraits du compte n° (...) a été rejetée, faute par l'intimée d'avoir précisé sur quelles pièces clairement identifiées portait cette demande.

Les appelantes ont versé les extraits de compte concernés.

Il en résulte qu'à la date du 12 décembre 2008, le compte n° (...) était à zéro. Ce constat n'a pas été contesté par l'intimée.

Pour obtenir néanmoins paiement des sommes réclamées dans l'assignation, l'intimée a soutenu que l'appelante **SOC.1.)** lui a fait parvenir le 2 février 2009 deux relevés mensuels faisant état du nombre d'actions détenues par l'intimée. Ces documents ne feraient plus état des actions ayant fait l'objet des ordres de rachat. Il en résulterait que les titres étaient sortis du patrimoine de l'intimée, de sorte que cette dernière aurait droit au paiement de la valeur de rachat.

L'action dirigée par l'intimée contre les appelantes est basée sur la responsabilité de ces dernières. Pour réussir dans son action, elle doit établir que les appelantes ont commis une faute en relation avec son préjudice. Il n'est pas contesté par les appelantes que les actions sont sorties du patrimoine de l'intimée sans que celle-ci en ait obtenu paiement. Pour que les appelantes puissent cependant être considérées comme responsables du préjudice qui en est résulté pour l'intimée, il faut qu'une faute soit établie dans leur chef. L'arrêt du 17 mai 2017 a rejeté les griefs formulés par l'intimée à l'encontre des

appelantes, sauf à réserver celui déduit de l'absence de désintéressement de l'intimée malgré le fait qu'elles disposaient des fonds nécessaires.

Le seul moyen qu'il reste donc à analyser est celui de savoir si, contrairement à ses affirmations, le FONDS disposait à la date du 12 décembre 2008 des fonds suffisants pour désintéresser l'intimée.

Le compte n° (...) ayant été à zéro à cette date, aucun paiement ne pouvait être effectué à partir de ce compte en faveur de l'intimée.

Il résulte par contre des extraits de compte versés antérieurement à l'arrêt du 17 mai 2017 par les appelantes qu'à la date du 12 décembre 2008, date à laquelle le paiement en faveur de l'intimée devait intervenir, le compte LU(...) présentait un solde créditeur de 255.007,97 euros et le compte LU(...) un solde créditeur de 24.628,46 US \$.

Dans ses conclusions récapitulatives notifiées le 28 juillet 2015, l'intimée **SOC.2.)** a demandé à titre subsidiaire à se voir allouer ces montants.

Les appelantes n'ont pas autrement pris position par rapport à cette demande, sauf à affirmer qu'elles ne disposaient pas des sommes nécessaires à désintéresser complètement l'intimée.

En l'absence d'un quelconque moyen en droit ou en fait opposé par les appelantes à l'encontre de cette demande subsidiaire de l'intimée, il convient d'y faire droit.

Par réformation du jugement dont appel, il convient de dire fondée la demande en condamnation à hauteur des prédicts montants de 255.007,97 euros et 24.628,46 US \$. La condamnation au paiement de ces sommes est à prononcer à l'encontre des deux parties appelantes, chacune de ces sociétés ayant été tenue au paiement de la valeur de rachat en vertu des obligations lui incombant dans le processus de rachat. La responsabilité de ces parties étant de nature délictuelle, la condamnation est à prononcer in solidum à leur encontre.

L'appel principal est partant partiellement fondé. Il en est de même de l'appel incident de l'intimée **SOC.2.)** en ce que la condamnation est prononcée également à l'encontre de l'appelante **SOC.1.)**.

Par confirmation du tribunal, l'intimée est à débouter de son appel incident en octroi de dommages et intérêts, étant précisé que le tribunal n'a analysé cette demande que par rapport à l'argument de l'intimée qui consistait à dire que les appelantes avaient opposé une réticence abusive à sa demande. Quant au soutènement de l'intimée d'avoir subi un dommage moral du chef des agissements des appelantes, cette demande n'est pas non plus fondée.

En ce qui concerne les indemnités de procédure, il convient, par réformation de la décision de première instance, de débouter l'intimée **SOC.2.)** de sa demande en octroi d'une indemnité de procédure. Par contre, il convient de confirmer la décision du tribunal en ce qu'il a débouté les sociétés **SOC.1.)** FS et **SOC.1.)** de leur demande en octroi d'une telle indemnité, ces parties n'ayant pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge les frais non compris dans les dépens relatifs à la première instance.

Aucune des parties n'établissant en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge les frais non compris dans les dépens relatifs à l'instance d'appel, elles sont à débouter de leur demande en octroi d'une indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS

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

statuant en continuation de l'arrêt du 17 mai 2017,

dit les appels principal et incident partiellement fondés,

réformant :

condamne la société européenne **SOC.1.)** EUROPE et la société anonyme **SOC.1.)** FUND SERVICES (LUXEMBOURG) in solidum à payer à la société de droit italien **SOC.2.)** les sommes de 255.007,97 euros et 24.628,46 US \$ avec les intérêts légaux à partir du 22 décembre 2008,

dit qu'il y a lieu à augmentation du taux légal de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la signification de l'arrêt,

déboute les parties de leur demande en octroi d'une indemnité de procédure pour la première instance,

confirme les jugements des 13 juillet 2013 et 14 novembre 2014 pour le surplus,

dit non fondées les demandes en octroi d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne la société **SOC.2.)** à la moitié des frais et dépens des deux instances et les sociétés anonymes **SOC.1.)** EUROPE et **SOC.1.)** FUND SERVICES (LUXEMBOURG) in solidum à l'autre moitié des frais et dépens des deux instances, avec distraction au

profit de Maître Hervé Hansen, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance,

déclare l'arrêt commun à la société anonyme **SOC.3.)** AUDIT.