

Arrêt N° 36/20 IV-COM

Audience publique du quatre mars deux mille vingt

Numéro 45281 du rôle

Composition:

Marie-Laure MEYER, présidente de chambre;
Carole BESCH, conseiller;
Thierry SCHILTZ, conseiller;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

Maître Laurence JACQUES, avocat à la Cour, demeurant à L-2163 Luxembourg, 35, avenue Monterey, agissant en sa qualité de curateur de la société anonyme **SOC1) FINANCIAL GROUP**, déclarée en état de faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 10 octobre 2014,

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Patrick Kurdyban de Luxembourg du 19 juin 2017,

comparant par elle-même,

e t

1) la société anonyme de droit portugais BANCO SOC1), établie et ayant son siège social à P-(...), représentée par son conseil d'administration en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Lisbonne / NIIPC sous le numéro (...),

intimée aux fins du prédit acte Kurdyban,

comparant par Clifford Chance, une société en commandite simple, établie à L-1330 Luxembourg, 10, boulevard Grande-Duchesse Charlotte, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, qui est constituée et en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée par son gérant actuellement en fonction, la société à responsabilité limitée Clifford Chance GP, elle-même représentée par Maître Marc Mehlen, avocat à la Cour,

2) la société anonyme de droit portugais SOC1'(...), établie et ayant son siège social à P-(...), représentée par son conseil d'administration en fonction, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Lisbonne / NIIPC sous le numéro (...),

intimée aux fins du prédit acte Kurdyban,

comparant par la société à responsabilité limitée Molitor Avocats à la Cour, établie et ayant son siège social à L-2763 Luxembourg, 8, rue Sainte-Zithe, inscrite sur la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 211.810, représentée par Maître Paulo Lopes Da Silva, avocat à la Cour,

3) la société anonyme SOC1) HEALTH CARE INVESTMENTS, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

intimée aux fins du prédit acte Kurdyban,

comparant par Maître Alain Rukavina, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

La société **SOC1) FINANCIAL GROUP SA** (ci-après **SOC1)-FG**) fait partie du groupe de sociétés **SOC1)** (ci-après **SOC1)**) ; elle est une filiale à 50% de la société **SOC1) INTERNATIONAL SA** (ci-après **SOC1)-I**).

SOC1)-FG est la holding de tête du groupe bancaire et financier du groupe **SOC1)**. Au 30 juin 2014, elle détenait 25 % du capital de la société de droit portugais **BANCO SOC1) SA** (ci-après **B-SOC1)**) et était soumise tant à la supervision **BQUE1)** que de la Commission de Surveillance du Secteur Financier (ci-après CSSF).

Sur demande d'**SOC1)-FG**, **B-SOC1)** a accordé des prêts et crédits à différentes sociétés du groupe **SOC1)** et il n'est pas contesté qu'**SOC1)-FG** n'avait accordé aucune garantie à **B-SOC1)** pour leur remboursement.

Au courant du premier trimestre 2013, la **BQUE1)** avait informé **SOC1)-FG** que **B-SOC1)** devait réduire ses engagements financiers à l'égard des autres sociétés du groupe ; le 3 décembre 2013, la **BQUE1)** imposait à **B-SOC1)** un « *ring fencing* » lui interdisant de placer des titres de dette émanant du groupe **SOC1)** dans les portefeuilles des clients de **B-SOC1)** et de ses filiales et le 23 décembre 2013 elle demandait à **B-SOC1)** de couvrir le risque de

défaut d'**SOC1)-I** vis-à-vis des clients de **B-SOC1)**. Ainsi, la **BQUE1)** a imposé à **SOC1)-FG** d'émettre une garantie en faveur de **B-SOC1)** aux termes de laquelle **SOC1)-FG** s'engageait à rembourser aux clients de **B-SOC1)** les titres de dette émis par **SOC1)-I**.

SOC1)-FG n'ayant toutefois pas les liquidités nécessaires pour faire face à un éventuel appel en garantie, **B-SOC1)** lui a accordé le 28 avril 2014 une ligne de crédit sécurisé par l'octroi d'un gage sur les titres de la compagnie d'assurance **SOC3)**.

B-SOC1) a précisé qu'au début du deuxième trimestre 2014, la ligne de crédit était débitrice à concurrence de 553.000.000 euros et que la **BQUE1)** avait en avril 2014 demandé à **SOC1)-FG** de réduire son endettement, entre autres, à l'égard de **B-SOC1)** à hauteur de 400.000.000 euros, sinon d'octroyer des sûretés à **B-SOC1)**.

SOC1)-FG a proposé d'accorder à **B-SOC1)** des garanties pour le remboursement du crédit précité et notamment de mettre en gage certaines de ses participations à savoir des actions de la société de droit portugais **SOC1) (...)-SGPS SA**(actuellement **SOC1')(...)** SA) (ci-après **SOC1')-S**) et de la société de droit portugais **SOC1)** HEALTH CARE INVESTMENTS SA (ci-après **SOC1)-HCI**) et de lui céder à titre de garantie la créance (27.686.230,40 euros) qu'**SOC1)-FG** avait à l'encontre d'**SOC1)-HCI**.

Confronté à une situation financière critique du groupe, le conseil d'administration d'**SOC1)-FG** s'est réuni le 24 juin 2014 (à (...) au siège de **B-SOC1)**) en présence des seize administrateurs d'**SOC1)-FG** et de cinq personnes extérieures dont **A)**, administrateur de **B-SOC1)**. Un des points à l'ordre du jour était « *l'approbation d'un gage de 3,4% d'**SOC1)(...)** ainsi que de 17,74% d'**SOC1)** Health Care Investments en faveur de **B-SOC1)*** ». Aucun point de l'ordre du jour ne fût cependant soumis au vote et il fut décidé de tenir une nouvelle réunion pour rediscuter de ces points et pour passer au vote.

Suivant contrat de gage financier daté du 27 juin 2014 (ci-après le « Contrat » ou « Contrat de gage ») conclu entre **SOC1)-FG** et **B-SOC1)**, **SOC1)-FG** a donné en gage à **B-SOC1)** 3.225.283 actions ordinaires d'**SOC1')-S** ainsi que 550 actions ordinaires d'**SOC1)-HCI** pour garantir la ligne de crédit lui accordée par **B-SOC1)**.

Aux termes des considérants, « **B-SOC1)** a mis à la disposition d'**SOC1)-FG** une ligne de crédit en vertu de laquelle, soit **SOC1)-FG**, soit les sociétés affiliées directement ou indirectement, y compris **SOC1)-FIL - SOC1) FINANCIÈRE SA** prennent des fonds auprès du **B-SOC1)** en fonction des respectives nécessités de trésorerie » et le Contrat servirait donc à garantir la ligne de crédit **SOC1)-FIL** .

Le Contrat a été signé par les administrateurs **B)** et **C)** au nom et pour le compte d'**SOC1)-FG** et par les administrateurs **A)** et **D)** pour **B-SOC1)**. Il est soumis à la loi portugaise et prévoit une clause attributive de juridiction en faveur des juridictions de Lisbonne.

Le 1^{er} juillet 2014, lors d'une nouvelle réunion du conseil d'administration d'**SOC1)-FG**, en présence de **A)**, la possibilité d'accorder un gage à **B-SOC1)** sur les actions d'**SOC1')-S** et d'**SOC1)-HI** ne fut (selon l'appelante) suite aux doléances et doutes exprimés par les participants, pas soumise au vote mais il fut décidé de continuer les discussions sur ce point avec la **BQUE1)**.

Le procès-verbal de la réunion du 1^{er} juillet 2014 n'indique nulle part que le Contrat de gage a déjà été signé.

B-SOC1) par contre affirme que lors de la réunion du 1^{er} juillet 2014, les administrateurs seraient passés au vote et qu'une majorité de 12 administrateurs sur les 15 présents ont voté en faveur de l'octroi des garanties au profit de **B-SOC1)** et que le conseil d'administration d'**SOC1)-FG** aurait ainsi « ratifié » la conclusion du gage.

Lors de la réunion du conseil d'administration d'**SOC1)-FG** du 14 juillet 2014, il a été décidé de ne pas accorder un gage en faveur de **B-SOC1)**, de ne pas approuver les extensions demandées, d'annuler immédiatement toutes les garanties et gages en faveur de **B-SOC1)** et de contester tout acte qui aurait pu être passé entretemps pour les approuver.

B-SOC1) soutient qu'un tel revirement serait impossible étant donné que la ratification d'un acte juridique serait irrévocable.

Le 7 octobre 2014, **B-SOC1)** a réalisé le gage et s'est approprié les actions qui lui avaient été remises en gage. Elle a perçu le montant de 16.158.667,83 euros suite à la vente des 3.225.283 actions d'**SOC1')-S**.

SOC1)-FG a été déclarée en état de faillite le 10 octobre 2014 et Maître Laurence JACQUES en a été nommée curateur.

Par courrier du 30 octobre 2015, le curateur d'**SOC1)-FG** a informé **B-SOC1)** qu'il contestait la validité du Contrat de gage ainsi que la réalisation du gage. **B-SOC1)** a réfuté ces arguments par courrier du 23 novembre 2015.

B-SOC1) a été mise en liquidation judiciaire par décision du tribunal de commerce de Lisbonne le 21 juillet 2016.

1. Les rétroactes

Par exploits d'huissier de justice des 22 et 25 avril 2016, Maître Laurence JACQUES, agissant en sa qualité de curateur d'**SOC1)-FG** a fait donner assignation à **B-SOC1)**, à **SOC1')-S**, à **SOC1)-HCI** et à la société **SOC2)** sàrl à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour :

« voir recevoir la présente demande en la forme,

au fond la dire justifiée,

*déclarer nuls sinon inopposables, pour les causes sus-énoncées, le Contrat de gage daté du 27 juin 2014 et le Gage constitué via ce contrat sur 550 actions ordinaires émises par **SOC1)-HI** ainsi que sur 3.225.283 actions ordinaires émises par **SOC1')-S**,*

dire en conséquence, qu'il y a lieu de remettre les choses en pristin état,

*partant, déclarer nul sinon inopposable l'exécution du Gage par **B-SOC1)**, réalisée par voie d'appropriation de 550 actions ordinaires émises par **SOC1)-HI** ainsi que de 3.225.283 actions ordinaires émises par **SOC1')-S**,*

*constater que **SOC1)-FG** est le propriétaire de 550 actions ordinaires émises par **SOC1)-HI** précédemment appropriées par **B-SOC1)** et ordonner les mesures s'imposant pour faire refléter ce titre de propriété,*

*condamner l'assignée sub 1) à remettre à la société **SOC2)** sàrl, en qualité de dépositaire, les titres au porteur représentant les 550 actions ordinaires émises pas **SOC1)-HI** ainsi que les certificats d'inscription dans les 5 jours suivant la signification du jugement à intervenir sous peine d'une astreinte de 1.000 € (mille euros) par jour de retard,*

*ordonner à **SOC1)-HI** et à la société **SOC2)** sàrl, en sa qualité de dépositaire, de faire les inscriptions appropriées dans le registre d'actions au porteur, ou tout autre registre en vigueur, pour y refléter qu'**SOC1)-FG** est propriétaire de 550 actions ordinaires émises par **SOC1)-HI** ,*

*condamner également l'assignée sub 1) à indemniser la Requérante du préjudice subi du chef de la perte d'évaluer des 550 actions ordinaires émises par **SOC1)-HI** , entre le 27 juin 2014 et la date effective de restitution des actions,*

nommer pour autant que de besoin, un expert judiciaire ayant pour mission d'évaluer cette perte de valeur,

*ordonner à **B-SOC1)** de fournir un décompte documenté des sommes par elles perçues en qualité d'actionnaire d'**SOC1)-HI** ,*

*dire que toutes les sommes perçues par **B-SOC1)** en sa qualité d'actionnaire d'**SOC1)-HI** , y compris au titre de dividende, doivent revenir à **SOC1)-FG** et condamner partant **B-SOC1)** à verser ces sommes à la Requérante avec les intérêts légaux à compter de la date de perception par **B-SOC1)**, sinon du courrier de contestation du 30 octobre 2015, sinon de la présente demande jusqu'à solde,*

constater encore que la restitution en nature par **B-SOC1)** des 3.225.283 actions émises par **SOC1')-S** n'est matériellement plus possible à la suite de la vente intervenue en octobre 2014 sans préjudice quant à la date exacte,

condamner dès lors l'assignée sub 1) à payer à la Requérante le montant principal de EUR 16.158.667,83.- (seize millions cent cinquante huit mille six cent soixante sept euros et quatre vingt trois centimes), correspondant au prix perçu par **B-SOC1)** via la vente des 3.225.283 actions émises par **SOC1')-S** avec les intérêts légaux à compter du 27 juin 2014, sinon du 10 octobre 2014, sinon du courrier de contestation du 30 octobre 2015, sinon de la présente demande jusqu'à solde,

condamner également l'assignée sub 1) à indemniser la Requérante du préjudice subi du chef de la perte de valeur des 3.225.283 actions émises par **SOC1')-S** entre le 27 juin 2014 et la vente de ces titres par **B-SOC1)** en octobre 2014,

nommer pour autant que de besoin un expert judiciaire avec pour mission d'évaluer cette perte de valeur,

ordonner à **B-SOC1)** de fournir un décompte documenté de sommes par elles perçues en qualité d'actionnaire d'**SOC1')-S**,

dire que toutes les sommes perçues par **B-SOC1)** en sa qualité d'actionnaire d'**SOC1')-S**, y compris au titre de dividende, doivent revenir à **SOC1)-FG** et condamner partant **B-SOC1)** à verser ces sommes à la Requérante avec les intérêts légaux à compter de la date de perception par **B-SOC1)**, sinon du courrier de contestation du 30 octobre 2015, sinon de la présente demande jusqu'à solde,

déclarer le jugement à intervenir commun aux assignées sub 2), 3), 4),

donner acte à la Requérante qu'elle se réserve expressément le droit de porter plainte pénale contre les dirigeants de fait et de droit de **SOC1)-FG** et/ou de **B-SOC1)** impliqués dans la conclusion du Contrat de gage du 27 juin 2014,

donner acte à la Requérante qu'elle se réserve expressément le droit d'agir en responsabilité civile contre toute personne physique ou morale impliquée dans la conclusion du Contrat de gage du 27 juin 2014,

dire qu'il serait inéquitable de laisser à la seule charge de la Requérante les frais non compris dans les frais et dépens, eu égard à l'attitude de l'assignée sub 1) ayant indiscutablement mené au litige,

partant condamner l'assignée sub 1) en vertu de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile, à payer le montant de EUR 5.000,00.- (cinq mille euros) à la Requérante,

condamner l'assignée sub 1) à tous les frais et dépens de l'instance en application de l'article 238 du NCPC,

voir ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir,

voir réserver à la requérante tous autres droits, dus, moyens et actions, notamment celui d'augmenter sa demande en cours d'instance et de produire de nouvelles pièces suivant qu'il appartiendra. »

La demanderesse exposa que le Contrat de gage du 27 juin 2014, soumis à la loi portugaise, devait être annulé alors qu'il était vicié par des irrégularités substantielles affectant sa validité (i.e. il avait été signé par **B)** et **C)** au nom et pour le compte d'**SOC1)-FG** malgré le fait que ceux-ci savaient que le conseil d'administration d'**SOC1)-FG** était réfractaire à la constitution d'un gage en faveur de **B-SOC1)**). Le gage devrait de même être annulé en raison de sa cause illicite (il privilégiait les intérêts de **B-SOC1)** au détriment de ceux d'**SOC1)-FG**) sinon au titre de l'action paulienne et en dernier ordre de subsidiarité, il devait être annulé en tant que sûreté tardive conclue durant la période suspecte.

A titre subsidiaire, la demanderesse fit valoir que le Contrat de gage devrait être déclaré inopposable et que le tribunal devait ordonner les restitutions et indemnisations en découlant.

Par jugement rendu contradictoirement en date du 7 avril 2017, le tribunal s'est déclaré territorialement incompétent pour connaître de la demande sauf en ce qu'elle est basée sur les articles 445 et 448 du Code de commerce.

Il a ensuite déclaré irrecevable la demande sur base des articles 445 et 448 du Code de commerce, débouté Maître Laurence JACQUES, ès qualités, la **B-SOC1)** et la société **SOC2)** de leurs demandes sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, déclaré le jugement commun à **SOC1')-S**, **SOC1)-HCI** et la société **SOC2)** et il a laissé les frais et dépens à charge de la partie demanderesse.

Pour statuer ainsi, le tribunal a d'abord retenu que la demande principale du curateur, basée sur l'article 53 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après : la Loi de 1915), ensemble avec l'article 10 des statuts et combiné à l'adage « *fraus omnia corrumpit* », tend à l'annulation du Contrat, sinon à son inopposabilité à **SOC1)-FG** et ses créanciers. Dans le cadre de cette demande, le curateur agit nécessairement comme représentant de la société faillie et non comme représentant de la masse des créanciers. Cette demande n'est pas une action née de la faillite.

Le tribunal a ensuite rappelé que la compétence territoriale internationale est déterminée en application des règles prévues par le

Règlement n° 1205/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, (ci-après Règlement Bruxelles I bis), dit que la clause attributive de juridiction prévue au Contrat trouve à s'appliquer aux questions de validité du Contrat, conformément d'ailleurs avec la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne selon laquelle une convention attributive de juridiction s'applique même si la demande tend à l'annulation du contrat qui la contient (C.J.U.E., 3 juillet 1997, C-269/95) et retenu finalement que toute demande en annulation du Contrat (que ce soit pour absence de consentement, pour fraude, ou détournement frauduleux de pouvoirs) tombe dans le champ d'application de la clause attributive de juridiction.

Comme le curateur avait, en cours de première instance, expliqué que sa demande tendrait en réalité à mettre en œuvre la responsabilité délictuelle de **B-SOC1**) et que l'annulation du Contrat ne serait que la réparation en nature de l'acte fautif, les juges de première instance ont - en application de l'article 61 du Nouveau Code de procédure civile - décidé que la partie demanderesse pouvait valablement se situer en cours d'instance sur le terrain de la responsabilité délictuelle, les faits invoqués à la base de sa demande n'ayant pas été modifiés.

Le curateur invoqua d'abord la responsabilité de **B-SOC1**) comme tiers complice de la violation par les administrateurs d'**SOC1)-FG**, signataires du Contrat, de leurs obligations en tant que mandataires sociaux. Il fit encore plaider la responsabilité délictuelle de **B-SOC1**) en raison de la collusion frauduleuse entre **B-SOC1**) et les administrateurs d'**SOC1)-FG** dans la phase précontractuelle. La signature du Contrat ne serait que la conséquence dommageable de cette faute délictuelle.

Il donnait à considérer que le tribunal saisi serait donc compétent sur base de l'article 7.2 du Règlement Bruxelles I bis, comme juridiction du lieu où le dommage est survenu (i.e. le siège social d'**SOC1)-FG**).

Le tribunal a cependant décidé que « *la requalification de la demande et l'invocation de nouvelles bases légales n'a donc pas permis de dissimuler que le véritable objet de la demande tend à l'annulation du Contrat pour absence de consentement valable dans le chef d'**SOC1)-FG** ».*

Le tribunal s'est encore déclaré territorialement incompétent pour connaître de la demande sur base de l'article 280 du Code civil portugais alors que celle-ci tendait également à l'annulation du contrat et relevait donc du champ d'application de la clause attributive de juridiction.

Les juges de première instance ont ensuite décidé que l'action paulienne intentée par le curateur sur base de l'article 448 du Code de commerce (correspondant à l'article 1167 du Code civil) est irrecevable en application des articles 20 (1) et (4) et 24 de la loi du 5

août 2005 sur les contrats de garantie financière (ci-après : LCGF) motif pris que les contrats de garantie financière ne pouvaient être remis en cause et qu'aucun tiers, en ce compris le curateur, ne pouvait demander leur annulation. Le tribunal s'est encore basé sur la LCGF pour déclarer également irrecevable la demande du curateur sur base de l'article 445 du Code de commerce.

2. L'appel

Par exploit d'huissier de justice du 19 juin 2017, Maître Laurence JACQUES, agissant en sa qualité de curateur de la société **SOC1)-FG** en faillite a relevé appel du jugement du 7 avril 2017 qui lui avait été signifié en date du 9 mai 2017.

L'appelante demande, par réformation du jugement, à :

« voir recevoir le présent appel en la forme,

le voir dire justifié quant au fond,

partant, par réformation du jugement entrepris du 7 avril 2017 :

*déclarer nuls sinon inopposables, pour les causes sus-énoncées, le Contrat de gage daté du 27 juin 2014 et le gage constitué sur 550 actions ordinaires émises par **SOC1)-HI** (les « Actions **SOC1)-HI** ») ainsi que sur 3.225.283 actions ordinaires émises par **SOC1')-S** (les « Actions **SOC1')-S** »),*

*déclarer nulle sinon inopposable l'exécution du Gage par **B-SOC1)**, réalisée par voie d'appropriation des Actions **SOC1)-HI** ainsi que des Action **SOC1')-S**,*

*constater que **SOC1)-FG** est le propriétaire légitime des Actions **SOC1)-HI** et ordonner partant leur restitution sous peine d'astreinte,*

*ordonner à **SOC1)-HI** d'inscrire **SOC1)-FG** en tant que propriétaire des Actions **SOC1)-HI** dans ses registres,*

*constater que la restitution en nature par **B-SOC1)** des Action **SOC1')-S** n'est matériellement plus possible à la suite de la vente intervenue en octobre 2014 sans préjudice quant à la date exacte,*

*condamner dès lors **B-SOC1)** à payer à l'Appelante le montant principal de EUR 16.158.667,83.- (seize millions cent cinquante-huit mille six cent soixante-sept euros et quatre-vingt-trois centimes), correspondant au prix perçu par **B-SOC1)** sur la vente des Actions **SOC1')-S** avec les intérêts légaux à compter du 27 juin 2014, sinon du 10 octobre 2014, sinon du courrier de contestation du 30 octobre 2015, sinon de l'assignation du 22 et 25 avril 2016 jusqu'à solde,*

*ordonner à **B-SOC1)** de fournir un décompte documenté des sommes par elle perçues directement ou indirectement sur les Actions **SOC1)-HI** et les Actions **SOC1')-S**,*

condamner **B-SOC1**) à verser à l'Appelante toutes sommes perçues (y compris les dividendes) par elle en relation avec les Actions **SOC1)-HI** et les Actions **SOC1')-S** avec les intérêts légaux à compter de la date de perception par **B-SOC1**), sinon du courrier de contestation du 30 octobre 2015, sinon de l'assignation du 22 et 25 avril 2016 jusqu'à solde,

déclarer l'arrêt à intervenir commun aux intimées sub 2) et 3),

dire qu'il serait inéquitable de laisser à la seule charge de l'Appelante les frais non compris dans les frais et dépens, eu égard à l'attitude de l'intimée sub 1) ayant indiscutablement mené au litige,

partant condamner l'intimée sub 1), en vertu de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile, à payer le montant de EUR 7.000,00.- (sept mille euros) à l'Appelante,

décharger l'Appelante de la condamnation aux frais et dépens prononcée à son encontre en première instance,

la Partie Intimée sub 1) s'entendre à tous les frais et dépens des deux instances avec distraction au profit de l'avocat à la Cour concluant qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance, conformément à l'article 242 du Nouveau Code de Procédure Civile,

voir réserver à l'Appelante le droit d'augmenter leurs demandes en temps et lieu utiles et suivant qu'il appartiendra, (...) ».

La Cour relève qu'au vu du dispositif de ses conclusions récapitulatives du 15 avril 2019, l'appelante conclut à :

« Voir recevoir le présent appel en la forme,

Dire que c'est à tort que les premiers juges se sont déclarés territorialement incompétents sur base de la clause attributive de compétence stipulée au Contrat de gage pour connaître de la demande reposant sur la violation frauduleuse de l'article 441-4 (anciennement article 53) de la Loi sur les Sociétés,

Par application de l'article 597 du nouveau Code de procédure civile, dire qu'il y a lieu d'évoquer le fond du litige quant à cette demande,

Dire que c'est à tort que les premiers juges ont déclaré irrecevable la demande reposant sur l'article 448 du Code de commerce et l'article 1167 du Code civil,

Dire que par l'effet de la dévolution et de l'évocation, la Cour d'Appel est saisie de l'intégralité du fond du litige,

Sur le fond, déclarer nul sinon inopposable, pour les causes sus-énoncées, le Contrat de gage daté du 27 juin 2014 portant sur 550 actions ordinaires émises par **SOC1)-HI** (les « Actions **SOC1)-HI** »)

ainsi que sur 3.225.283 actions ordinaires émises par **SOC1')-S** (les « Actions **SOC1')-S** »),

déclarer nulle sinon inopposable l'exécution du Gage par **B-SOC1)**, réalisée par voie d'appropriation des Actions **SOC1)-HI** ainsi que des Actions **SOC1')-S**,

constater que **SOC1)-FG** est le propriétaire légitime des Actions **SOC1)-HI** et ordonner partant leur restitution sous peine d'astreinte,

ordonner à **SOC1)-HI** d'inscrire **SOC1)-FG** en tant que propriétaire des Actions **SOC1)-HI** dans ses registres,

constater que la restitution en nature par **B-SOC1)** des Actions **SOC1')-S** n'est matériellement plus possible à la suite de la vente intervenue en octobre 2014 sans préjudice quant à la date exacte,

condamner dès lors **B-SOC1)** à payer à l'Appelante le montant principal de EUR 16.158.667,83.- (seize millions cent cinquante-huit mille six cent soixante-sept euros et quatre-vingt-trois centimes), correspondant au prix perçu par **B-SOC1)** sur la vente des Actions **SOC1')-S** avec les intérêts légaux à compter du 27 juin 2014, sinon du 10 octobre 2014, sinon du courrier de contestation du 30 octobre 2015, sinon de l'assignation du 22 et 25 avril 2016 jusqu'à solde,

ordonner à **B-SOC1)** de fournir un décompte documenté des sommes par elle perçues directement ou indirectement sur les Actions **SOC1)-HI** et les Actions **SOC1')-S**,

condamner **B-SOC1)** à verser à l'Appelante toutes sommes perçues (y compris les dividendes) par elle en relation avec les Actions **SOC1)-HI** et les Actions **SOC1')-S** avec les intérêts légaux à compter de la date de perception par **B-SOC1)**, sinon du courrier de contestation du 30 octobre 2015, sinon de l'assignation du 22 et 25 avril 2016 jusqu'à solde,

déclarer l'arrêt à intervenir commun aux intimées sub 2) et 3),

rejeter l'indemnité de procédure sollicitée par **B-SOC1)**, sinon à titre subsidiaire la réduire à de plus justes proportions,

dire qu'il serait inéquitable de laisser à la seule charge de l'Appelante les frais non compris dans les frais et dépens, eu égard à l'attitude de l'intimée sub. 1) ayant indiscutablement mené au litige,

partant condamner l'intimée sub. 1), en vertu de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile, à payer le montant de EUR 7.000,00.- (sept mille euros) à l'Appelante,

décharger l'Appelante de la condamnation aux frais et dépens prononcée à son encontre en première instance,

la Partie Intimée sub 1) s'entendre à tous les frais et dépens des deux instances avec distraction au profit de l'avocat à la Cour

concluant qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance conformément à l'article 242 du Nouveau Code de Procédure Civile,

voir réserver à l'Appelante le droit d'augmenter ses demandes en temps et lieu utiles et suivant qu'il appartiendra, (...). »

L'appelante soutient que les juges de première instance ont à tort :

- retenu l'application de la clause attributive de compétence pour les demandes basées sur l'article 441-5, alinéa 1 (anciennement article 53 alinéa 1) de la Loi de 1915 ;

- écarté l'application des articles 448 du Code de commerce et 1167 du Code civil sur base de la LCGF.

La Cour précise qu'elle continuera ci-après à viser l'ancien article 53 de la Loi de 1915 en appliquant la numérotation en vigueur à l'époque des faits litigieux.

3. Les développements des parties

a) la partie appelante

L'appelante affirme que le Contrat de gage et l'octroi du gage n'ont jamais été autorisés par le conseil d'administration d'**SOC1)-FG** et qu'ils sont intervenus dans un contexte frauduleux ; **B-SOC1)** ayant même rédigé et fait signer un faux procès-verbal actant l'approbation de l'octroi du gage à l'unanimité des administrateurs lors de la réunion du conseil d'administration d'**SOC1)-FG** du 24 juin 2014.

L'appelante déclare qu'elle n'entend pas réitérer ses moyens basés sur l'article 280 du Code civil portugais ainsi que sur l'article 445 du Code de commerce.

L'appel se concentrera sur la violation de l'article 53 de la Loi de 1915 ainsi que sur l'action paulienne, exercée par l'appelante en qualité de représentante de la masse des créanciers d'**SOC1)-FG**.

L'appelante expose que sa demande sur base de l'article 53 alinéa 1 de la Loi de 1915 ne tombe pas dans le champ d'application de la clause attributive de compétence en faveur des juridictions portugaises.

Elle explique que la signature du Contrat de gage par deux administrateurs d'**SOC1)-FG** avec la collusion frauduleuse de **B-SOC1)**, entraînerait que la théorie de l'organe ne saurait être appliquée en l'espèce et qu'**SOC1)-FG** ne serait pas liée par l'engagement souscrit par son représentant.

L'inapplicabilité de la théorie de l'organe (en raison de la collusion frauduleuse entre le tiers contractant **B-SOC1)** et les administrateurs signataires **B)** et **C)**) se traduirait par la nullité, sinon l'inopposabilité du contrat.

Elle soutient encore que la collusion frauduleuse reprochée à **B-SOC1)** constitue une faute délictuelle vis-à-vis d'**SOC1)-FG** et non une faute contractuelle; le Contrat de gage constitue en effet le dommage subi par l'appelante et non l'objet de sa demande. Or, comme la faute invoquée a été commise pendant la phase précontractuelle et que donc la demande formulée à l'encontre de **B-SOC1)** relèverait de la responsabilité délictuelle, elle échapperait à la clause attributive de juridiction. A l'appui de ces développements, elle invoque l'article 25 du Règlement Bruxelles I bis ainsi que diverses jurisprudences de la CJUE.

A titre subsidiaire, l'appelante fait valoir que la clause :

- ne vise que les litiges soumis au droit portugais, et
- ne vise pas les litiges ayant trait à l'opposabilité de ce Contrat,

et conclut que, comme la demande ne reposerait non pas sur la loi portugaise mais sur l'article 53 de la Loi de 1915 et que la demande tendrait en ordre subsidiaire à l'inopposabilité du contrat, la clause ne trouverait pas à s'appliquer.

Au vu de ces développements, l'appelante demande à la Cour de déclarer recevable et fondée sa demande basée sur la violation frauduleuse de la Loi de 1915.

L'appelante reproche encore au tribunal d'avoir, au visa des articles 20 (4) et 24 de la LCGF, déclaré irrecevable son action paulienne sur base de l'article 448 du Code de commerce, sinon de l'article 1167 du Code civil.

Elle affirme que l'article 24 de la LCGF serait contraire au droit communautaire et notamment au règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (ci-après : le Règlement Insolvabilité) et plus particulièrement à l'article 4 § 2, m et à l'article 13 dudit Règlement. L'appelante en déduit que le tribunal a, à tort, dit que l'action paulienne est inapplicable sur base de l'article 24 précité. Elle fait valoir que la LCGF ne ferait pas échec à l'action paulienne.

L'action paulienne, appartenant aux créanciers, pourrait donc être exercée par le curateur tant sur base de l'article 448 du Code de commerce que sur base de l'article 1167 du Code civil. Le curateur qui exerce une action paulienne agit comme représentant de la masse des créanciers et serait donc à considérer comme tiers au Contrat de gage (voir A. CLOQUET NOVELLES p. 413, n° 1400). L'effet relatif des contrats (1165 du Code civil) exclut qu'une clause attributive de compétence soit opposée à un tiers. L'appelante conclut que son action serait partant recevable tant sur base de l'article 448 du Code de commerce que sur base de l'article 1167 du Code civil. Elle souligne que sa demande en inopposabilité n'affecterait pas la validité du Contrat de gage.

L'appelante expose que l'article 1167 du Code civil, qui fait partie du Livre III, Titre III du Code civil, ne serait pas exclu d'application par l'article 20 (4) de la LCGF (qui exclut en matière de gage les dispositions du Livre III, Titre XVII).

Donc même au cas où la Cour refuserait d'appliquer l'article 448 du Code de commerce par application de l'article 24 de la LCGF, elle ne pourrait écarter sur base du même article 24 l'article 1167 du Code civil et le jugement ayant déclaré irrecevable la demande fondée sur l'article 1167 du Code civil devrait être réformé.

Le curateur rappelle que l'article 20(4) de la LCGF, qui est d'interprétation stricte, déclare uniquement inapplicables en matière de gage les dispositions du Livre III, Titre XVII du Code civil. Comme l'article 1167 du Code civil serait inscrit au Livre III, Titre III du Code civil, un recours fondé sur ledit article demeurerait ouvert à l'encontre d'un contrat de garantie financière.

L'appelante demande donc à la Cour, par réformation du jugement, de déclarer nuls et inopposables à la masse des créanciers, sur base de l'article 448 du Code de commerce sinon 1167 du Code civil, le Contrat de gage du 27 juin 2014 et l'exécution du gage en octobre 2014.

Elle fait grief au tribunal d'avoir décidé que son action paulienne s'analyserait uniquement sur base de l'article 448 du Code de commerce (et non pas sur l'article 1167 du Code civil). L'appelante donne à considérer qu'il s'agit de deux dispositions légales distinctes.

Soulignant que la LCGF ne met pas les garanties financières et leur exécution à l'abri d'un contrôle a posteriori fondé sur les principes de l'abus de droit et de la fraude, elle conclut à la réformation du jugement en ce qu'il a déclaré irrecevable, sur base de l'article 20(4) de la loi sur les garanties financières sa demande sur base de l'article 1167 du Code civil.

Finalement, l'appelante tout en reconnaissant que l'effet dévolutif ne trouve pas à s'appliquer quant à ses demandes basées sur la violation frauduleuse de l'article 53 de la Loi de 1915, fait valoir que l'effet dévolutif investit en revanche la Cour du fond de l'affaire pour la demande fondée sur l'action paulienne. L'appelante requiert dès lors que la Cour évoque (dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice) également sa demande sur base de l'article 53 de la Loi de 1915 et qu'elle se déclare donc compétente pour connaître du fond de l'intégralité du litige.

b) les parties intimées

- les parties **SOC1')-S** et **SOC1)-HCI**

se rapportent à prudence de justice quant à la recevabilité de l'acte d'appel du 19 juin 2017.

- la partie **B-SOC1**)

L'intimée **B-SOC1**) conclut à la confirmation du jugement alors que le tribunal était, en application de l'article 7 du Contrat de gage, incompétent pour connaître de l'action en nullité / annulation du Contrat de gage fondée sur l'article 53 de la Loi de 1915 ou sur l'action paulienne prévue à l'article 1167 du Code civil.

Elle explique encore que la demande adverse basée sur l'article 448 du Code de commerce a, à bon droit, été déclarée irrecevable sur base des articles 24 et 20 (4) de la LCGF.

A titre subsidiaire, elle soulève l'irrecevabilité de l'appel sur le fond du litige et elle demande à la Cour de renvoyer l'affaire en prosécution de cause devant le tribunal.

Finalement, elle requiert une indemnité de procédure de 10.000 euros dans la motivation de ses conclusions, indemnité qu'elle a réduite à 7.000 euros dans le dispositif de ces mêmes conclusions.

L'intimée rappelle d'abord, qu'aux termes de l'exploit introductif de première instance et de l'acte d'appel, l'appelante demande à voir déclarer nul (ou inopposable) le Contrat de gage, de voir ordonner une remise en pristin état et partant de déclarer nulle la réalisation du gage par **B-SOC1**).

B-SOC1) en déduit que c'est donc bien la validité même du Contrat de gage qui est contestée par l'appelante. Comme l'article 7 du Contrat de gage prévoit que tout litige concernant la validité du Contrat de gage est de la compétence exclusive des juridictions de Lisbonne, le jugement entrepris serait à confirmer.

L'intimée conteste les développements adverses au sujet de l'article 1167 du Code civil. Elle fait valoir que l'article 1167 du Code civil ne serait pas applicable alors que l'article 7 du Contrat de gage prévoit l'application du droit portugais. Comme l'action paulienne est régie par la loi régissant la créance contestée (cf. article 10 du Règlement 593/2008 dit Rome I ; Batifol & Lagarde : Droit international privé, T II, p.193 n° 541) l'action paulienne serait régie par le droit portugais et non pas par le Code civil luxembourgeois.

Elle souligne encore que l'action paulienne exercée par le curateur afin de faire déclarer inopposable un acte à la masse des créanciers relève non pas de l'article 1167 du Code civil mais de l'article 448 du Code de commerce.

B-SOC1) explique que la clause de compétence, dont la validité n'a pas été contestée par le curateur, s'impose en application de l'article 25 du Règlement Bruxelles I bis.

Cette clause aurait vocation à s'appliquer sans égard au caractère délictuel ou contractuel du litige alors que si la clause mentionne « *les litiges nés à l'occasion du contrat* » ou comme en l'espèce le « *litige concernant le Contrat* », il faudrait comprendre par-là, le régime de responsabilité contractuelle et délictuelle. Il importerait peu d'examiner si le litige avait une nature délictuelle ou contractuelle, alors que la clause s'appliquerait à tous les litiges découlant de la relation contractuelle. Elle s'appliquerait encore si l'action intentée, comme en l'espèce, vise à faire constater la nullité du contrat qui la contient (cf. article 25.5 du Règlement Bruxelles I bis).

B-SOC1) fait valoir que les développements de l'appelante sur base de l'article 25 du Règlement Bruxelles I bis seraient erronés. Elle cite des arrêts de la CJUE pour rappeler que c'est bien l'objet (et non le fondement juridique) de la demande qui détermine l'applicabilité d'une clause attributive de compétence.

La partie intimée fait plaider que la demande du curateur à voir annuler ou rendre inopposable le Contrat de gage est basée sur l'action paulienne non pas sur l'article 1167 du Code civil mais sur l'article 448 du Code de commerce. **B-SOC1)** estime que c'est à juste titre que le tribunal a retenu que la demande du curateur tombe dans le champ d'application de la clause attributive de compétence.

Sur base de la jurisprudence récente de la Cour de cassation française, la nature délictuelle de la responsabilité encourue par l'une des parties au litige n'est pas exclusive de l'application d'une clause attributive de juridiction ; ce qui compte c'est de savoir si les parties ont eu l'intention de faire jouer la clause non seulement durant la vie du contrat mais aussi lors de sa rupture.

Comme en l'espèce le litige a pour objet le Contrat de gage, la clause attributive de compétence serait applicable.

B-SOC1) ne conteste pas que les juridictions luxembourgeoises sont compétentes pour connaître de l'action basée sur l'article 448 du Code de commerce mais elle conclut à la confirmation du jugement en ce que cette demande a été déclarée irrecevable (en application des articles 20(4) et 24 de la LCGF motif pris que le Contrat de gage est un contrat de garantie financière).

Elle conteste formellement l'affirmation de l'appelante que la LCGF ne ferait pas échec à l'action paulienne ; elle conteste de même que les conditions de l'action paulienne soient remplies en l'espèce et elle rappelle que le Contrat de gage litigieux est un contrat de garantie financière au sens des articles 3 et 1.1 de la LCGF.

Or, conformément à l'article 20(4) de la LCGF, les dispositions du livre III du Code de commerce (dont fait partie l'article 448) ne sont pas applicables aux contrats de garantie financière et le curateur ne pourrait donc pas remettre en cause la validité d'un gage sur

instrument financier en se basant sur l'article 448 du Code de commerce.

Le fait que le Contrat de gage est soumis à la loi portugaise ne fait pas exception à l'application de cette règle alors que l'article 24 de la LCGF dispose que « *les dispositions nationales visées à l'article 20(4) sont inapplicables, au cas où le constituant d'une garantie financière ou de toute autre garantie similaire à laquelle une loi étrangère s'applique (...) est établi au Luxembourg ou y réside* ».

Il est établi que le gage est soumis à la loi portugaise mais le constituant du gage (**SOC1-FG**) est une société de droit luxembourgeois, établie au Luxembourg. **B-SOC1**) en déduit que la demande du curateur sur base de l'article 448 du Code de commerce est irrecevable.

Au vu de ce qui précède, **B-SOC1**) conclut que l'appelante n'est pas fondée à se prévaloir de l'article 448 du Code de commerce pour demander à ce que le Contrat de gage soit déclaré nul ou inopposable.

B-SOC1) conteste encore l'affirmation de l'appelante que l'article 24 de la LCGF soit en contrariété avec le Règlement (CE) 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (ci-après le Règlement Insolvabilité).

Elle donne à considérer que les conditions visées à l'article 13 du Règlement Insolvabilité ne sont pas remplies (alors que la loi portugaise permet un recours par l'annulation du gage octroyé en période suspecte lorsque la garantie a été intentionnellement consentie au détriment des autres créanciers du failli). Etant donné que l'article 13 ne serait pas applicable, on retomberait dans le droit commun prévu à l'article 4 § 2 m du Règlement Insolvabilité, qui prévoit que les conditions dans lesquelles un acte peut être déclaré inopposable aux créanciers sont régies par la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure d'insolvabilité donc en l'espèce la loi luxembourgeoise.

L'intimée conclut au vu de ce qui précède que le tribunal, en appliquant l'article 24 de la LCGF, a fait une juste application du Règlement Insolvabilité et que sa décision serait à confirmer.

A titre subsidiaire, et en cas de réformation du jugement, la **B-SOC1**) conclut au renvoi devant le tribunal, autrement composé pour connaître du fond, qui n'a pas encore été tranché. Elle soulève l'irrecevabilité de l'appel tendant à voir déclarer d'ores et déjà la nullité ou l'inopposabilité du Contrat de gage et l'irrecevabilité de l'appel tendant à voir prononcer l'annulation des mesures d'exécution dudit gage. Le tribunal ne s'étant pas prononcé sur le fond, l'appel serait irrecevable au regard du principe dévolutif de l'appel.

Elle s'oppose encore à l'évocation de l'affaire motifs pris que (i) l'affaire n'est pas en état et (ii) en application du principe du double degré de juridiction auquel **B-SOC1)** ne renoncerait pas.

Appréciation

- quant à la recevabilité de l'appel

Les intimées **SOC1')-S** et **SOC1)-HCI** se rapportent à prudence de justice quant à la recevabilité de l'acte d'appel en la pure forme et quant au fond.

Le fait, pour une partie de se rapporter à prudence de justice équivaut à une contestation.

Toutefois une contestation non autrement étayée est à écarter, étant donné qu'il n'appartient pas au juge de suppléer à la carence des parties et de rechercher lui-même les moyens juridiques qui auraient pu se trouver à la base de leurs conclusions.

Au vu de ce qui précède l'appel, qui a été interjeté dans les forme et délai de la loi, est recevable.

- quant à l'étendue de la saisine de la Cour

En vertu de l'effet dévolutif de l'appel, la Cour n'est saisie que des points qui ont été tranchés par les juges de première instance dans la décision attaquée. Le tribunal s'étant déclaré territorialement incompétent pour connaître de la demande sauf en ce qu'elle est basée sur les articles 445 et 448 du Code de commerce, lesquelles ont été déclarées irrecevables, n'a pas tranché le fond du litige.

La Cour n'est en outre et à défaut d'appel sur ces points, pas saisie des demandes qui avaient été formulées en première instance sur base des articles 280 du Code civil portugais et 445 du Code de commerce luxembourgeois.

Le curateur limite son appel à sa demande basée sur l'article 53 de la Loi de 1915 et à sa demande basée sur l'action paulienne prévue à l'article 448 du Code de commerce et à l'article 1167 du Code civil.

- quant au bien-fondé de l'appel

L'appelante fait valoir que le tribunal s'est à tort déclaré territorialement incompétent pour connaître de la première demande et qu'il a, également à tort, déclaré irrecevable la deuxième demande.

- quant à la compétence territoriale

C'est à juste titre que le tribunal a retenu que la demande du curateur sur base de l'article 53 de la Loi de 1915, ensemble l'article 10 des statuts, combiné à l'adage « fraus omnia corrumpit » qui tend

à l'annulation du Contrat, sinon à son inopposabilité à **SOC1)-FG** et à ses créanciers, n'est pas une action née de la faillite de sorte que la compétence territoriale internationale doit être déterminée en application du Règlement Bruxelles I bis.

L'article 25 du Règlement Bruxelles I bis dispose en son point 1 ce qui suit :

« Si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. (...) »

En application de ce texte, l'attribution de compétence a lieu en vue de la solution de différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé. Cette exigence vise à limiter la portée d'une clause attributive de juridiction aux seuls différends qui trouvent leur origine dans le rapport de droit à l'occasion duquel cette clause a été conclue. L'interprétation de la clause attributive de juridiction invoquée devant le juge national, afin de déterminer les différends qui relèvent de son champ d'application, incombe à ce dernier (cf. arrêt CJCE 10 mars 1992, affaire C-214/89).

En l'espèce, la clause attributive de juridiction est contenue au Contrat dont la nullité est requise ; il y a donc lieu d'examiner si la demande du curateur relève du champ d'application de cette clause. Il convient toutefois de rappeler qu'une clause attributive de compétence peut s'appliquer même si la demande tend à l'annulation du contrat qui la contient alors que l'article 25.5 du Règlement Bruxelles I bis dispose que *« Une convention attributive de juridiction faisant partie d'un contrat est considérée comme un accord distinct des autres clauses du contrat. La validité de la convention attributive de juridiction ne peut être contestée au seul motif que le contrat n'est pas valable »*.

La «cláusula 27» du Contrat prévoit une clause attributive de compétence (ci-après la Clause) qui (dans sa traduction française, qui n'est pas contestée) se lit comme suit :

« Article 27

(Jurisdiction et Loi applicable)

En cas de litige concernant le Contrat, qui sera jugée conformément la législation portugaise, notamment concernant à sa validité, l'interprétation ou l'application, le tribunal compétent est la juridiction de Lisbonne, renoncent expressément à toute autre. »

L'appelante affirme que sa demande ne tombe pas dans le champ d'application de la Clause.

Elle rappelle que le Contrat de gage a été signé par deux administrateurs d'**SOC1)-FG**, sans que ceux-ci n'aient reçu l'aval du conseil d'administration et avec la collusion frauduleuse de **B-SOC1)**. Cette fraude rendrait inopérante la théorie de l'organe de sorte qu'**SOC1)-FG** ne serait pas liée par l'engagement souscrit par ses représentants. En raison de cette collusion frauduleuse, l'appelante demande à la Cour de déclarer le gage et son exécution nuls sinon inopposables.

Elle soutient encore que contrairement à ce qu'a retenu le tribunal, sa demande est basée sur la responsabilité délictuelle, l'essentiel des manœuvres déloyales ayant eu lieu avant la conclusion du Contrat de gage. Cette demande échapperait donc à la Clause. Selon l'appelante, ce ne serait pas l'objet d'une demande qui détermine l'applicabilité d'une clause attributive de compétence mais son fondement. Elle se réfère à ce sujet à l'article 25 précité et notamment aux termes « rapport de droit déterminé » pour faire valoir que sa demande sur base de la responsabilité délictuelle échappe au champ d'application de la Clause. Elle invoque l'arrêt C-352/13 de la CJCE selon lequel « *une clause qui se réfère de manière abstraite aux différends surgissant dans les rapports contractuels ne couvre pas un différend relatif à la responsabilité délictuelle qu'un cocontractant a prétendument encourue du fait de son comportement conforme à une entente illicite* » (cf. arrêt CJCE du 21 mai 2015, affaire C-352/13).

Il est constant qu'en l'espèce, la Clause s'applique aux questions de validité du Contrat. Son libellé est d'ailleurs, tel que l'a correctement relevé le tribunal, conforme à la jurisprudence européenne.

Le curateur invoque, comme en première instance, l'absence de consentement d'**SOC1)-FG** pour la constitution du gage. Il réitère de même son moyen basé sur la collusion frauduleuse de **B-SOC1)**. Ces deux vices affectent la validité même du contrat et tombent donc dans le champ d'application de la Clause.

Le moyen de l'appelante que sa demande échapperait en raison de sa nature délictuelle au champ d'application de la Clause, motif pris que l'article 25 du Règlement Bruxelles I bis dispose que la convention attributive de juridiction doit porter sur « *des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé* » et que donc le fondement juridique de la demande serait seul déterminant pour l'applicabilité de la clause attributive de juridiction, n'est pas fondé.

Cette affirmation est en effet non seulement inexacte en droit mais également sans pertinence en l'espèce. Tant la jurisprudence (cf. ci-dessous) que la doctrine confirment que ce n'est pas le fondement délictuel ou contractuel de la demande qui détermine l'applicabilité d'une clause attributive de juridiction, mais bien l'objet de la demande et le rattachement du litige au rapport contractuel dans lequel la clause de compétence a été convenue.

Ainsi, une clause qui attribue compétence aux juridictions pour tous les litiges découlant des relations contractuelles, est suffisamment large et compréhensive pour s'appliquer à ceux découlant de faits en lien avec les relations entre parties, peu important à cet égard la nature délictuelle ou contractuelle de la responsabilité encourue (cf. Cass.civ.1e, 18 janv. 2017, n° 15-26.105).

Le curateur demande la nullité (sinon l'inopposabilité) du Contrat de gage et du gage constitué via ce contrat au motif que la décision de conclure ce contrat n'a pas été prise par le conseil d'administration d'**SOC1)-FG**. Or, la nullité est la sanction du non-respect d'une condition de validité du contrat. Parmi les causes de nullité on trouve celle où la décision de conclure le contrat a été prise par un organe d'une société commerciale qui n'était pas légalement compétent pour conclure ce contrat. Donc lorsqu'une partie prétend, comme en l'espèce, qu'un contrat est vicié au niveau de sa formation et que la conséquence de ce vice est que le contrat doit disparaître avec effet immédiat (cf. le curateur demande la remise en pristin état), cette partie demande au juge d'annuler le contrat.

Le litige entre parties résulte d'un différend qui trouve son origine dans le Contrat de gage c'est-à-dire dans « *le rapport de droit à l'occasion duquel cette clause a été convenue* ».

L'appelante a invoqué l'arrêt C-352/13 du 21 mai 2015 de la CJUE selon lequel « *la juridiction de renvoi devra notamment considérer qu'une clause qui se réfère de manière abstraite aux différends surgissant dans les rapports contractuels ne couvre pas un différend relatif à la responsabilité délictuelle* ».

Toutefois, la Cour constate que la clause litigieuse n'indique pas (contrairement à celle visée dans l'affaire C-352/13) qu'elle ne s'applique qu'en matière contractuelle. L'arrêt précité n'est donc pas transposable en l'espèce.

La nature délictuelle de la responsabilité encourue par une partie au litige n'est pas exclusive, par principe, de l'application d'une clause attributive de juridiction valablement stipulée entre ces mêmes parties pour régir l'ensemble de leurs rapports. L'autonomie de la volonté permet aux parties contractantes de soumettre les différends qui seraient en relation avec leur contrat au seul tribunal qu'elles ont conventionnellement désigné, quelle que soit la nature de la responsabilité encourue.

La qualification délictuelle de la demande du curateur n'entraîne donc pas ipso facto l'inapplicabilité de la Clause.

Selon la jurisprudence constante de la première chambre civile de la Cour de cassation française (cf. 22 oct. 2008, n° 07-15.823 ; 18 janv. 2017, n° 15-26.105 ; 11 oct. 2017, n° 16-25259), la clause attributive de juridiction ne se limite pas aux seules obligations contractuelles, mais concerne l'ensemble des litiges découlant de la relation

contractuelle. Il importe dès lors peu que le litige soit de nature délictuelle ou contractuelle, la clause ayant une portée générale et s'appliquant à tous les litiges découlant de la relation contractuelle.

La Clause attribuant compétence exclusive au tribunal de Lisbonne concerne tout litige concernant la validité, l'interprétation ou l'application du Contrat de gage. La généralité des termes de la Clause traduit la volonté des parties d'y soumettre tous leurs litiges découlant du contrat, peu important à cet égard la nature délictuelle ou contractuelle de la responsabilité encourue. Il est donc établi que le champ de la Clause n'est pas restreint aux obligations contractuelles mais que la Clause s'applique à tous les litiges découlant de cette relation (cf. Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-11570 ; Cass. civ., 1^e, 6 mars 2007, n° 06-10946 ; Cass. com., 9 mars 2010, n° 09-10216).

En l'espèce, il s'agit bien d'un différend qui trouve son origine dans le Contrat de gage c'est-à-dire dans « *le rapport de droit à l'occasion duquel cette clause a été convenue* ». Par ailleurs, ladite clause se réfère de manière abstraite à tout éventuel « litige concernant le Contrat ». En application de la jurisprudence précitée, la clause a donc vocation à s'appliquer à tout litige découlant du Contrat de gage, peu importe que le litige soit de nature contractuel ou délictuel.

Le moyen soulevé, qui procède d'une lecture erronée de l'article 25 précité, est donc à rejeter.

A titre subsidiaire, l'appelante fait valoir que la Clause ne vise que les litiges soumis au droit portugais et qu'elle ne vise pas les litiges ayant trait à l'opposabilité du contrat.

Il n'y aurait pas lieu à application de la Clause étant donné que la demande repose sur l'article 53 de la Loi de 1915 et que la demande subsidiaire ne tend pas à la nullité du Contrat (mais seulement à son inopposabilité) ; le tribunal se serait donc à tort déclaré territorialement incompétent.

Contrairement à l'affirmation de l'appelante, la Clause litigieuse ne stipule pas qu'elle ne s'applique qu'aux litiges soumis au droit portugais. La Clause prévoit clairement que la « juridiction de Lisbonne » est territorialement compétente pour connaître des litiges relevant du Contrat et que le litige est jugé en application de la loi portugaise ; en cela elle prévoit deux choses différentes à savoir, la compétence territoriale et le droit applicable.

La demande du curateur sur base de l'article 53 de la Loi de 1915, qui relève au vu des développements ci-dessus du champ d'application de la Clause, n'a pas comme corollaire la compétence des juridictions luxembourgeoises.

Au vu de ce qui précède, c'est à bon droit que le tribunal s'est déclaré territorialement incompétent pour connaître de la demande du curateur sur base de l'article 53 de la Loi de 1915.

L'appel n'est pas fondé sur ce point.

- quant à la recevabilité de la demande basée sur l'article 448 du Code de commerce sinon 1167 du Code civil

Il découle du jugement, le tribunal a uniquement examiné l'action paulienne sur base de l'article 448 du Code de commerce au motif que cet article « *est l'application en matière de faillite de l'action paulienne classique prévue par l'article 1167 du Code civil* ».

Le curateur souligne qu'il exerce l'action paulienne en tant que représentant de la masse des créanciers et non pas en tant que représentant de la société faillie. Il soutient que le tribunal a, à tort, sur base des articles 20(4) et 24 de la LCGF conclu à l'irrecevabilité de l'action paulienne tant sur base de l'article 448 du Code de commerce que sur base de l'article 1167 du Code civil et il affirme qu'au cas où sa demande sur base de l'article 448 du Code de commerce serait déclarée irrecevable en application des articles 24 et 20(4) de la LCGF, sa demande resterait recevable sur base de l'article 1167 du Code civil alors qu'il s'agirait de dispositions légales distinctes. L'article 1167 du Code civil ne serait pas visé par la LCGF étant donné que cet article est inscrit au Livre III Titre III du même code.

La partie appelante demande donc, par réformation, sur base de l'article 448 du Code de commerce sinon l'article 1167 du Code civil, à voir déclarer nuls et inopposables à la masse des créanciers le Contrat de gage et l'exécution du gage.

Le curateur d'une faillite représente en effet aussi bien le failli que les créanciers regroupés, dès la déclaration de faillite, dans une « masse des créanciers ». La masse forme un ensemble, une universalité qui ne se confond pas avec les parties qui la composent. Ensemble des créanciers, elle peut avoir à agir ou à se défendre contre l'un de ses créanciers, ou contre un débiteur du failli. Si elle use d'un droit que la loi lui reconnaît et qu'elle ne tient pas du failli, elle n'est aux droits que d'elle-même et elle apparaît alors comme un tiers à l'égard de quiconque, et même à l'égard du failli et de ses créanciers (cf. A. Cloquet, *Novelles*, T. IV, p. 413, n° 1400).

Il en découle que la Clause attributive de compétence est inopposable au curateur lorsqu'il agit en tant que représentant de la masse des créanciers, donc en tant que tiers.

Il ressort d'ailleurs du jugement entrepris que **B-SOC1)** avait reconnu la compétence territoriale du tribunal pour connaître de la demande basée sur l'article 448 du Code de commerce.

C'est à bon droit que le tribunal s'est déclaré compétent pour connaître de la demande sur base de l'article 448 du Code de commerce. En effet, que cela soit en application du droit international privé luxembourgeois de droit commun et plus précisément du principe de l'unité de la faillite ou des principes découlant du

Règlement Insolvabilité, le tribunal ayant ouvert la procédure d'insolvabilité est compétent pour connaître des suites de cette procédure dans les domaines couverts par l'article 4 du Règlement Insolvabilité. Il est donc également compétent pour connaître des litiges en matière d'inopposabilité des actes préjudiciables à la masse des créanciers.

En appel, **B-SOC1**) ne conteste toujours pas la compétence des juridictions luxembourgeoises pour connaître de la demande sur base de l'article 448 du code de commerce et elle conclut à la confirmation du jugement en ce que la demande a été déclarée irrecevable.

Elle expose encore que le curateur qui veut introduire une action paulienne ne peut le faire que sur base de l'article 448 du Code de commerce et que l'action prévue à l'article 1167 du Code civil est une action relative, ouverte qu'au créancier qui doit établir que son droit de créance est né antérieurement à l'acte attaqué. Le curateur qui agit au nom de tous les créanciers de la masse n'a pas de créance personnelle à faire valoir contre le failli.

Le curateur qui agit pour la masse des créanciers ne peut donc en l'espèce pas agir sur base de l'article 1167 du Code civil qui n'a qu'un effet relatif alors qu'il ne rend l'acte attaqué inopposable au seul créancier qui a agi.

D'après l'article 448 du Code de commerce, tous actes ou paiements faits en fraude des créanciers sont nuls, quelle que soit la date à laquelle ils ont eu lieu.

Il est admis en doctrine et en jurisprudence que cet article édicte le même principe que celui prévu en droit commun par l'article 1167 du Code civil, qui a trait à l'action paulienne.

Toutefois c'est à bon droit que l'intimée souligne que la validité du Contrat doit se juger selon le droit étranger que les parties ont choisi et qu'il n'y a donc en l'espèce pas lieu d'application de l'article 1167 du Code civil.

Ce principe ne vaut cependant pas pour toutes sortes de contestations. Il ne vaut notamment pas pour l'action paulienne en cas de faillite prévue par l'article 448 du Code de commerce (cf. Cour, 17 déc. 2008, Pas. 34, p. 361).

L'action sur base de l'article 448 du Code de commerce permet au curateur d'agir par une action paulienne spéciale prévue en cas de faillite et qui n'a pas d'effet relatif et dont le résultat va profiter à tous les créanciers du failli (cf. A. Cloquet, *Novelles*, T. IV, p. 750 n° 2605 bis).

Au vu de ce qui précède, c'est à bon droit que le tribunal a uniquement analysé l'action paulienne exercée par le curateur sur base de l'article 448 du Code de commerce.

C'est encore à juste titre et pour des motifs que la Cour adopte que le tribunal a, en application des articles 24 et 20(4) de la LCGF, déclaré la demande sur base de l'article 448 du Code de commerce irrecevable.

En effet, le Contrat de gage est un contrat de garantie financière au sens des articles 3 et 1.1 de la LCGF. Ces articles disposent que « *la présente loi s'applique aux contrats de gage portant sur des avoirs* » et qu'on entend par « *avoirs* » « *les instruments financiers et les créances* ».

Le 27 juin 2014, **SOC1)-FG** a donné en gage à **B-SOC1)** 3.225.283 actions d'**SOC1')-S** et 550 actions d'**SOC1)-HCI** afin de garantir le remboursement de la ligne de crédit lui accordée. Elle a donc conclu un contrat de garantie financière au sens de la LCGF.

La LCGF a transposé en droit luxembourgeois la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 sur les contrats de garantie financière (ci-après : la Directive), laquelle visait essentiellement à renforcer la sécurité juridique des contrats de garantie financière en prévoyant des procédures simples de constitution et d'exécution des sûretés et en soustrayant ces contrats aux incertitudes générées par la législation sur les procédures d'insolvabilité. Le législateur luxembourgeois, qui est allé au-delà du régime minimum requis par la Directive, a réaffirmé avec force l'objectif de renforcement du régime juridique des contrats de garantie financière et de leur sécurité juridique, celle-ci étant un élément indispensable au développement d'une place financière internationale (cf. l'exposé des motifs doc. parl. n° 5251 p. 2 et 3).

L'article 20 (1) de la LCGF prévoit que « *les contrats de garantie financière d'avoirs ainsi que les faits entraînant l'exécution de la garantie, les contrats de compensation et les modalités d'évaluation et d'exécution convenues entre les parties conformément à la présente loi sont valables et opposables aux tiers (...) et curateurs (...).* »

L'article 20(4) de la LCGF prévoit qu' « *à l'exception des dispositions de la loi du 8 décembre 2000 sur le surendettement, les dispositions du Livre III, Titre XVII du Code Civil, du Livre 1er Titre VIII et du Livre III du Code de commerce ainsi que les dispositions nationales ou étrangères régissant les mesures d'assainissement, les procédures de liquidation, les autres situations de concours et les saisies ou autres mesures visées au point b) de l'article 19 ne sont pas applicables aux contrats de garantie financière et aux contrats de compensation (...) et ne font pas obstacle à l'exécution de ces contrats et à l'exécution par les parties de leurs obligations notamment de retransfert ou de rétrocession* ».

Or, l'article 448 du Code de commerce est une disposition du Livre III du Code de commerce. En application de cet article, le curateur d'une faillite ne peut donc pas remettre en cause la validité d'un gage

sur instrument financier en se basant sur l'article 448 du Code de commerce.

Le fait qu'en l'espèce le Contrat de gage est soumis au droit portugais ne fait, contrairement aux développements du curateur, pas exception à l'application de cette règle. L'article 24 de la LCGF dispose en effet que « *Les dispositions nationales visées à l'article 20 (4) sont inapplicables, au cas où le constituant d'une garantie financière ou de toute autre garantie similaire à laquelle une loi étrangère s'applique, ou la partie défaillante dans une opération de mise en pension ou à un arrangement de compensation auxquels une loi étrangère s'applique est établi à Luxembourg ou y réside.* »

En l'espèce, le constituant du gage litigieux était **SOC1)-FG**, société de droit luxembourgeois dont le siège social était établi au Luxembourg.

En application de l'article 24 de la LCGF, le Livre III du Code de commerce (disposition visée à l'article 20(4) de la LCGF) est donc inapplicable au Contrat de gage, même si celui-ci est régi par le droit portugais.

La partie appelante n'est donc pas fondée à se prévaloir de l'article 448 du Code de commerce pour demander à ce que le Contrat de gage soit déclaré nul ou inopposable.

Le curateur a encore fait valoir que l'article 24 de la LCGF serait contraire au Règlement Insolvabilité. A l'appui de ce moyen, il invoque d'abord l'article 4, paragraphe 2, m) du Règlement Insolvabilité qui dispose que « *La loi de l'Etat d'ouverture détermine les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure d'insolvabilité. Elle détermine notamment (...) m) les règles relatives à la nullité, à l'annulation ou à l'inopposabilité des actes préjudiciables à l'ensemble des créanciers.* »

Il invoque ensuite l'article 13 du même Règlement qui prévoit que « *L'article 4, paragraphe 2, point m), n'est pas applicable lorsque celui qui a bénéficié d'un acte préjudiciable à l'ensemble des créanciers apporte la preuve que cet acte est soumis à la loi d'un autre Etat membre que l'Etat d'ouverture, et que cette loi ne permet en l'espèce, par aucun moyen, d'attaquer cet acte* ».

Selon l'appelante, le Contrat de gage est soumis à la loi portugaise qui permet l'annulation du gage octroyé en période suspecte lorsque la garantie a été intentionnellement consentie au détriment des autres créanciers du failli. Elle conclut que l'article 24 de la LCGF ne saurait priver la masse des créanciers d'un recours prévu par le droit luxembourgeois et autorisé par le droit portugais (elle se réfère à l'article 19 du Décret portugais 105/2004 relatif aux contrats de garantie financière), sous peine de violer la hiérarchie des lois applicables convenue entre les Etats membres.

Ce raisonnement de l'appelante n'emporte pas la conviction de la Cour. Les principes repris à l'article 13 du Règlement Insolvabilité ont pour objet d'empêcher que la loi applicable à la procédure d'insolvabilité ne permette l'annulation d'un acte que la loi qui lui est applicable empêche absolument. L'exception prévue à l'article 13 ne joue en effet que s'il n'existe « *aucun moyen* » d'attaquer l'acte préjudiciable à l'ensemble des créanciers. La situation visée par l'article est donc celle dans laquelle le droit applicable au Contrat de gage serait un autre droit que le droit luxembourgeois, en application duquel il n'existerait aucun moyen d'attaquer la validité du Contrat de gage.

Or, il est établi que le Contrat de gage est régi par le droit portugais qui permet un recours ; l'article 19 du Décret portugais 105/2004 prévoit l'annulation du gage octroyé en période suspecte lorsque la garantie a été intentionnellement consentie au détriment des autres créanciers du failli.

Il en découle que l'article 4, paragraphe 2, m) - qui dispose que les conditions dans lesquelles un acte peut être déclaré inopposable aux créanciers sont régies par la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure d'insolvabilité - est applicable en l'espèce.

Contrairement aux développements de l'appelante, le tribunal, en appliquant l'article 24 de la LCGF à l'action en inopposabilité du Contrat de gage introduite par le curateur, a donc fait une juste application du Règlement Insolvabilité.

Au vu de ce qui précède, la décision des juges de première instance selon laquelle l'action sur base de l'article 448 du Code de commerce est irrecevable est à confirmer.

- quant à la demande d'évocation

L'appelante donne à considérer que lorsque le juge d'appel infirme la décision de première instance en décidant que la fin de non-recevoir a été retenue à tort par les premiers juges, l'effet dévolutif de l'appel a pour conséquence de soumettre l'intégralité du litige à la juridiction d'appel qui doit dès lors trancher le fond du litige. Elle estime donc que l'effet dévolutif investit la Cour du fond de l'affaire pour autant que sa demande est fondée sur l'action paulienne, l'irrecevabilité retenue à tort par le tribunal sur base de la LCGF s'apparentant à une fin de non-recevoir.

En application de l'article 597 du Nouveau Code de procédure civile, l'appelante demande à la Cour de faire exception à l'effet dévolutif et ne pas uniquement trancher le fond sur base de l'action paulienne mais d'évoquer également sa demande sur base de l'article 53 de la Loi de 1915.

B-SOC1) s'oppose à toute évocation. A titre subsidiaire, et en cas de réformation la **B-SOC1)** conclut au renvoi devant le tribunal,

autrement composé pour connaître du fond, qui n'a pas encore été tranché. Elle en déduit que l'appel tendant à voir déclarer d'ores et déjà la nullité ou l'inopposabilité du Contrat de gage et tendant à voir déclarer l'annulation des mesures d'exécution dudit gage serait irrecevable.

Au vu du sort réservé à l'appel du curateur, sa demande d'évocation est devenue sans objet.

- quant aux indemnités de procédure

La partie appelante sollicite une indemnité de procédure de 7.000 euros.

Au vu du sort réservé à son appel, cette demande requiert un rejet.

La partie intimée **B-SOC1**) conclut à l'allocation d'une indemnité de procédure de 10.000 euros.

Au vu de l'état de faillite, la Cour ne saurait prononcer de condamnation sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile mais serait limitée à fixer la créance de **B-SOC1**). Abstraction faite de cette considération, **B-SOC1**) est restée en défaut d'établir la condition d'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, de sorte que sa demande est à rejeter comme non fondée.

- quant aux frais et dépens

CLIFFORD CHANCE demande la condamnation de la partie appelante aux frais et dépens avec distraction à son profit.

En application des dispositions de l'article 561 du Code de commerce, il y a lieu de laisser les frais et dépens à charge de la masse.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit l'appel en la forme,

le dit non fondé,

partant **confirme** le jugement du 7 avril 2017,

dit non fondées les demandes respectives des parties sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

déclare l'arrêt commun à la société de droit portugais **SOC1'**(...) SA (anciennement **SOC1**-(...)) SGPS SA) et à la société anonyme **SOC1** HEALTH CARE INVESTMENTS SA,

laisse les frais et dépens de l'instance d'appel à charge de la masse avec distraction au profit de Maître Marc Mehlen sur ses affirmations de droit.