

Texte pseudonymisé

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

Arrêt N° 14/22 IV-COM

Audience publique du vingt-cinq janvier deux mille vingt-deux

Numéro CAL-2020-00353 du rôle

Composition:

Marie-Laure MEYER, président de chambre;
Carole BESCH, conseiller;
Nathalie HILGERT, conseiller;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

la société à responsabilité limitée E2M, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2419 Luxembourg, 2, rue du Fort Rheinsheim, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 210821, représentée par Maître Max Mailliet, avocat à la Cour, agissant en sa qualité de curateur de la société SOCIETE1.) SICAV-SIF, en faillite, établie à L-ADRESSE1.), immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), déclarée en état de faillite en date du 11 mars 2016,

comparant par elle-même,

e t

la société anonyme SOCIETE2.) (EUROPE), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.),

intimée aux fins du prédit acte Schaal,

comparant par la société anonyme Arendt & Medernach, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2082 Luxembourg, 41A, avenue John F. Kennedy, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B 186371, représentée par Maître François Kremer, avocat à la Cour.

LA COUR D'APPEL

Les faits et rétroactes résultent à suffisance de l'arrêt du 2 mars 2021 qui a reçu l'appel et a ordonné la réouverture des débats pour permettre aux parties de donner des précisions supplémentaires par rapport aux questions plus amplement exposées dans la motivation.

Les termes tels que définis dans cet arrêt sont repris dans le cadre du présent arrêt.

Les parties étaient invitées à se prononcer sur l'opportunité d'un éventuel sursis à statuer en attendant que la question de la titularité des parts dans SOCIETE3.) et la qualification juridique de l'intervention d'SOCIETE2.) ne soient définitivement tranchées.

De même, le curateur était invité à prendre position sur les contrats de souscription dont il demande l'annulation, à savoir quelles en sont les parties, quels droits et obligations sont assumés de part et d'autre et de quelle manière et à travers quels patrimoines les fonds investis ont transité. Il était également invité à préciser, dans l'hypothèse d'une annulation de ces contrats de souscription et d'une remise des parties en pristin état, en vertu de quel mécanisme juridique les fonds investis dans la souscription des parts dans SOCIETE3.) et payés in fine au sous-fonds SOCIETE3.), devraient être restitués par SOCIETE2.).

Les conclusions des parties après l'arrêt interlocutoire

E2M, en sa qualité de curateur d'SOCIETE1.), se prononce contre un sursis à statuer dans la mesure où la procédure actuellement pendante en appel quant à la question de la tierce opposition de la société anonyme SOCIETE4.) n'aurait pas d'incidence sur la présente procédure visant à mettre en œuvre la responsabilité d'SOCIETE2.) pour les manquements opérés lors des investissements dans SOCIETE3.). En tout état de cause, la propriété des parts dans SOCIETE3.) lui reviendrait indubitablement et SOCIETE2.) ne la revendiquerait d'ailleurs pas.

En relation avec les contrats de souscription, le curateur a successivement avancé plusieurs précisions, parfois contradictoires, pour finalement conclure qu'il sollicite bien la nullité du/des contrat(s) conclu(s) entre SOCIETE1.) et SOCIETE2.) et que les contrats conclus entre SOCIETE2.) et SOCIETE4.) ne le concerneraient pas.

SOCIETE2.) se prononce également contre un sursis à statuer pour les mêmes motifs que ceux avancés par le curateur. Elle confirme qu'elle ne revendique pas la propriété des parts souscrites dans SOCIETE3.).

SOCIETE2.) a souligné les positions contradictoires prises par le curateur quant aux contrats visés par sa demande de nullité. Elle estime, au vu des termes de l'assignation introductive d'instance, que le curateur demande bien l'annulation du/des contrat(s) conclu(s) entre SOCIETE1.) et SOCIETE2.).

Appréciation

Quant au sursis à statuer

Le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'opportunité du sursis à statuer, sa durée et ses modalités (voir Cour d'appel, 17 décembre 1997, n°19225 et 20643 du rôle). Le sursis à statuer est facultatif, seul le souci d'une bonne administration de la justice doit guider le juge (voir Cour, 9 juin 2010, n°34962 du rôle).

En l'espèce, étant donné que les parties se sont prononcées contre le sursis à statuer et que la question de la propriété des parts du sous-fonds SOCIETE3.) n'est pas litigieuse entre elles, il est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de ne pas surseoir à statuer ce d'autant plus que seule la question de la recevabilité de la tierce opposition par la société SOCIETE4.) dirigée contre le jugement du 31 mai 2017 a fait l'objet d'une décision judiciaire et que l'analyse du fond risque d'entraîner une instruction longue qui retarderait considérablement la présente affaire.

Quant à la demande du curateur

Il résulte du dernier état de ses conclusions que le curateur sollicite l'annulation du/des contrats(s) conclu(s) entre SOCIETE1.) et SOCIETE2.).

La Cour en déduit que le curateur entend faire annuler les quatre souscriptions (formulaires des 18 mars 2011, 11 mai 2012, 3 août 2012 et 5 décembre 2012) des actions SOCIETE3.) qu'SOCIETE2.) a effectuées en sa qualité de commissionnaire d'SOCIETE1.).

Dans le cadre de ses conclusions récapitulatives du 19 octobre 2020, le curateur a exposé que « la signature des contrats de souscription constitue une violation des statuts du fonds et du sous-fonds et, par référence, du prospectus d'SOCIETE1.). Les administrateurs n'auraient jamais dû et pu engager la société afin d'investir dans des instruments non approuvés par les restrictions d'investissement du fonds et du sous-fonds. (...) L'objet et la cause de

ces contrats de souscription sont donc illicites par rapport aux statuts et au prospectus de l'appelante et les investissements doivent être déclarés comme nuls car ils sont contraires à l'intérêt social de la partie appelante. Dès lors, il y a lieu d'annuler lesdits contrats de souscription dans la mesure où ces formulaires contiennent un objet et une cause illicite. »

Il découle de cet écrit que le curateur admet que la décision d'investir les actifs du sous-fonds dans SOCIETE3.) a été prise par le sous-fonds, c'est-à-dire ses administrateurs ou son Investment Manager, la société de droit suisse SOCIETE1.) Investment Manager et qu'SOCIETE2.) a exécuté cette décision en procédant à la souscription, en tant que commissionnaire, de ces actifs. Il n'est pas non plus contesté entre parties qu'SOCIETE1.) est propriétaire des 7.235,95 parts du sous-fonds SOCIETE3.) acquis par l'intermédiaire de son commissionnaire, SOCIETE2.).

Le curateur sollicite l'annulation des contrats de souscription par le biais desquels SOCIETE1.) est devenue titulaire des parts dans SOCIETE3.) par l'intermédiaire de son commissionnaire SOCIETE2.).

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

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

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

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

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

En l'espèce, aucune contrariété à la loi ou à l'ordre public n'est alléguée par le curateur, le seul reproche émis consistant dans la violation des statuts, respectivement du prospectus d'SOCIETE1.). Or, un tel manquement ne rend pas illicite ni l'objet, ni la cause des contrats de souscription.

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

Dans la mesure où il est admis que, lorsque le commissionnaire conclut un contrat translatif de droit réel, le transfert dudit droit s'opère directement entre le commettant et le tiers contractant, la Cour constate à titre superfétatoire que la demande en annulation des contrats de souscription se heurte également à l'absence du fonds d'investissement spécialisé SOCIETE4.) en tant que partie à la présente instance d'appel.

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

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

A titre plus subsidiaire, le curateur invoque la responsabilité contractuelle et délictuelle d'SOCIETE2.).

Le curateur expose qu'SOCIETE2.), en sa qualité de commissionnaire, de banque dépositaire, de mandataire, d'agent d'administration centrale ainsi que d'agent de domiciliaire d'SOCIETE1.), ne pouvait ignorer les restrictions et les limites d'investissement de cette dernière.

Il invoque les articles 34 et 35 de la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif.

La faute d'SOCIETE2.) serait à retenir nonobstant les clauses limitatives de responsabilité contenues dans le *Custodian Bank and Services Agreement* et au prospectus alors que celles-ci seraient manifestement illicites et videraient le contrat de sa substance.

SOCIETE2.) conteste cette demande et expose que le curateur resterait en défaut de démontrer que les restrictions d'investissement d'SOCIETE1.) aient été violées. Dans ces circonstances et comme la responsabilité d'SOCIETE2.) n'est recherchée que pour ne pas avoir constaté ces prétendues violations, la question de la responsabilité deviendrait sans objet.

A titre subsidiaire, SOCIETE2.) conteste toute faute dans son chef en donnant à considérer qu'en sa qualité de dépositaire, elle n'avait pas l'obligation de vérifier et/ou de respecter les restrictions d'investissement d'SOCIETE1.).

Tant l'absence de violation des restrictions d'investissement que l'absence d'obligation dans le chef d'SOCIETE2.) de vérifier le respect de ces restrictions d'investissement doivent mener à la conclusion qu'SOCIETE2.) n'a pas commis de faute. A défaut d'obligation contractuelle ou légale de vérifier le respect des restrictions d'investissement, une telle violation, même à supposer qu'elle soit établie, ne saurait être reprochée à SOCIETE2.). La Cour se prononce donc d'abord sur les obligations assumées par SOCIETE2.) en tant que banque dépositaire et en tant que commissionnaire d'SOCIETE1.).

Il résulte du *Custodian Bank and Services Agreement* conclu entre SOCIETE1.) et SOCIETE2.) que « the Bank shall carry out its duties in accordance with the SIF Law and applicable laws and regulations. The Bank is neither responsible for monitoring the management of the Fund's investments nor for ensuring compliance of the Fund's investments with its policies and restrictions (article 2.3) ».

Au même titre, le prospectus d'SOCIETE1.) prévoit que « the Custodian has no duty of supervision other than the duties as defined in the Custodian Bank and Services Agreement (including the obligation to be in a position to know where and how the Fund's assets are held), including no duty to control the compliance of the Fund with its investment policy and restrictions (which is the Fund's responsibility) » (page 19).

Les décisions d'investissement ont été prises par les dirigeants du fonds tel que cela est admis par le curateur qui précise que « les avoirs de SOCIETE1.) et du Sous-fonds étaient déposés auprès de SOCIETE2.) qui exécutait les instructions d'investissement données par les représentants de SOCIETE1.) et du Sous-Fonds » (page 17 des conclusions récapitulatives).

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

Dans ce contexte, il convient également de préciser que la jurisprudence française invoquée par le curateur, à savoir l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 juin 2016 et dont le pourvoi a été rejeté par arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 2017 (n°16-23.991)

n'est guère transposable en l'espèce alors qu'elle a été rendue dans le contexte d'un mandat de gestion.

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

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

En l'absence d'obligation contractuelle et/ou légale de vérifier le respect des restrictions d'investissement, aucune faute contractuelle, sinon délictuelle ne saurait être constatée dans le chef d'SOCIETE2.) que ce soit dans la qualité de banque dépositaire ou de commissionnaire.

En effet, en sa qualité de commissionnaire, il incombait à SOCIETE2.) d'exécuter les ordres reçus de la part d'SOCIETE1.) à l'instar d'un mandataire et en cette qualité elle n'avait pas non plus d'obligation de vérifier la conformité de ces instructions avec les restrictions d'investissement.

Il découle de ce qui précède que le jugement est à confirmer quoique par adoption d'autres motifs et que l'appel est à déclarer non fondé.

Au vu du sort réservé à son appel, le curateur est à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

SOCIETE2.) reste en défaut d'établir en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais non compris dans les dépens, de sorte qu'elle est à débouter de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, en application de l'article 2 de la loi modifiée du 19 décembre 2020 portant adaptation temporaire de certaines modalités procédurales en matière civile et commerciale,

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

dit l'appel non fondé,

confirme le jugement entrepris du 29 janvier 2020,

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

condamne la société à responsabilité limitée E2M aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de la société anonyme Arendt & Medernach sur ses affirmations de droit.