

Texte pseudonymisé

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

**Arrêt N° 174/23 IV-COM**

Audience publique du sept novembre deux mille vingt-trois

Numéro CAL-2022-00934 du rôle

Composition:

Michèle HORNICK, conseiller-président;  
Carole BESCH, conseiller;  
Caroline ENGEL, conseiller;  
Eric VILVENS, greffier.

**E n t r e**

**la société anonyme SOCIETE1.),** établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), soumise à la loi modifiée du 22 mars 2004 relative à la titrisation,

**appelante** aux termes d'un acte de l'huissier de justice suppléant Kelly Ferreira Simoes en remplacement de l'huissier de justice Frank Schaal, les deux demeurant à Luxembourg, du 12 septembre 2022,

comparant par la société anonyme Schiltz & Schiltz, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1610 Luxembourg, 24-26, avenue de la Gare, immatriculée au registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 220251, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Franz Schiltz, avocat à la Cour,

**e t**

**la société de droit allemand SOCIETE2.) AG**, constituée sous la forme de société d'actions, établie et ayant son siège social à D-ADRESSE2.), représentée par son conseil d'administration, inscrite auprès du tribunal cantonal de Francfort sous le numéro NUMERO2.),

**intimée** aux fins du prédit acte Ferreira Simoes,

comparant par la société coopérative organisée comme une société anonyme Vandenbulke, établie et ayant son siège social à L-1882 Luxembourg, 12 C, Impasse Drobach, inscrite à 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 183487, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Valérie Kopéra, avocat à la Cour.

## LA COUR D'APPEL

### Faits

La société anonyme SOCIETE1.) (ci-après « SOCIETE3.) ») est une société de titrisation conformément à la loi modifiée du 22 mars 2004 relative à la titrisation et se compose de différents compartiments correspondant chacun à un patrimoine fiduciaire distinct.

La société de droit allemand SOCIETE4.) (ci-après « SOCIETE5.) ») a fait appel aux services d'SOCIETE3.) pour la mise en place de différents compartiments servant de structures d'investissement à Luxembourg pour ses clients.

Dans ce contexte, SOCIETE3.) a mis en place un compartiment dénommé ADRESSE3.) (ci-après encore le « Compartiment ») le 8 mars 2019 afin d'émettre jusqu'à 50.000 certificats SOCIETE5.) SOCIETE6.) en vue d'une cotation à la bourse de Francfort.

Différents contrats ont été signés entre parties le 8 mars 2019, à savoir un contrat de gestion (*collateral management agreement*) auquel était annexé un *private placement memorandum* qui comprend les risques d'investissement et les termes et conditions des certificats (*Terms and Conditions of the Certificats*).

Aux termes d'un *mandate agreement* signé entre SOCIETE3.) et SOCIETE5.) le 19 février 2019, il était prévu qu'SOCIETE3.) avance les coûts et dépenses de la mise en place du Compartiment, ces avances devant être remboursées par les produits d'émission une fois que les certificats seraient vendus aux investisseurs et que « in case that the Initiator has not managed to distribute 3 million € in the first six month following the issue date, the Initiator shall be obliged to

reimburse the Issuer all amounts (max. EUR 45,000) paid in advance plus applicable VAT upon receipt of an appropriate Reimbursement Certificate from the Issuer ».

A part un certificat émis par SOCIETE3.) pour rendre opérationnelle la cotation du compartiment, aucun certificat n'a été vendu.

Suite à une demande de la part de PERSONNE1.), dirigeant de l'entité allemande SOCIETE7.) GmbH, à SOCIETE5.) pour couvrir les frais de maintenance du Compartiment, un contrat intitulé *Cost and Expenses Recovery Agreement* (ci-après « SOCIETE8.) ») daté au 8 novembre 2019 a été signé par SOCIETE3.) et par SOCIETE5.). Suivant ce contrat, SOCIETE5.) s'est engagée à prendre à sa charge les coûts et les dépenses encourus directement ou indirectement en relation avec l'émission des Certificats à défaut pour celle-ci d'avoir vendu au moins 3 millions d'euros de Certificats jusqu'au 31 décembre 2019.

SOCIETE3.) a adressé le 28 janvier 2020 à SOCIETE5.) une *Reimbursement note 2020-01* dans laquelle elle réclame le paiement de 93.425,14 euros au titre de *set up fees, operational fees et calculation Agent Fees* pour la période du 8 mars 2019 au 31 décembre 2019 en application de l'article 2 du SOCIETE8.). Malgré une lettre de mise en demeure du 9 avril 2020, aucun paiement n'est intervenu.

Une deuxième *Reimbursement note* est envoyée le 22 décembre 2020 dans laquelle les mêmes types de frais du Compartiment sont évalués à la somme de 123.585,40 euros pour la période du 8 mars 2019 au 30 septembre 2020. Une troisième *Reimbursement note 2020-03* est envoyée le 19 janvier 2021 dans laquelle les mêmes frais s'élèvent à 137.680,08 euros pour la période du 8 mars 2019 au 31 décembre 2020.

SOCIETE5.) n'a procédé à aucun paiement.

### **Procédure de première instance**

Par jugement du 29 avril 2022, le Tribunal a :

- dit la demande d'SOCIETE3.), introduite par exploit d'huissier le 2 avril 2021, partiellement fondée,
- a condamné SOCIETE5.) à payer à SOCIETE3.) le montant de 6.521,42 euros avec les intérêts légaux sur le montant de 2.497,12 euros à partir du 9 avril 2020 et sur le montant de 4.024,30 euros à partir du 2 avril 2021, chaque fois jusqu'à solde,
- rejeté la demande pour le surplus,
- ordonné la capitalisation des intérêts pour autant qu'il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière,
- dit non fondée la demande en majoration du taux d'intérêt légal,

- dit non fondée la demande en paiement du montant de 3.000 euros à titre de frais de recouvrement et de liquidation du compartiment ADRESSE3.),
- dit non fondée la demande en paiement au titre des frais engendrés par les honoraires d'avocat,
- dit fondée la demande d'SOCIETE3.) en allocation d'une indemnité de procédure pour le montant de 1.000 euros et non fondée la demande de SOCIETE5.) au même titre,
- condamné SOCIETE5.) à payer à SOCIETE3.) le montant de 1.000 EUROS sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,
- condamné SOCIETE5.) AG aux frais et dépens de l'instance,
- dit non fondée la demande en distraction des frais et dépens.

Pour statuer ainsi, le Tribunal a dit que les trois *Reimbursement notes* des 28 janvier 2020, 22 décembre 2020 et 19 janvier 2021 ne correspondent pas à trois factures différentes mais constituent un seul document qui a été actualisé par SOCIETE3.) au fur et à mesure de la facturation des frais et dépenses et que seule la *Reimbursement note* du 19 janvier 2021 doit être qualifiée de facture au sens de l'article 109 du Code de commerce.

Le Tribunal a ensuite constaté que SOCIETE5.) avait déjà émis des contestations dans un courrier du 9 juin 2020 concernant les *set up fees*, les *calculation et operational costs*, et que nonobstant ces contestations, SOCIETE3.) a continué à refacturer à SOCIETE5.) les frais et prestations litigieux. Dans ces circonstances, le silence de SOCIETE5.) à la réception de la note du 19 janvier 2021 ne saurait valoir acceptation tacite selon le Tribunal, et la demande a été déclarée non fondée sur base de la théorie de la facture acceptée.

Le Tribunal a ensuite dit qu'il appartient à SOCIETE3.) d'établir qu'elle a déboursé les montants dont elle réclame le remboursement. En l'absence de preuves suffisantes, le tribunal a retenu que la demande était uniquement fondée pour les montants non contestés par SOCIETE5.), soit le montant de 2.497,12 euros correspondant à certains *operational fees* de l'année 2019, en relation avec le compte bancaire du Compartiment auprès de la SOCIETE9.) et relatifs aux postes « *Account Bank* », « *Servicing Fee SOCIETE9.)* », « *Audit* » et « *Transfert Fees* » et le montant de 4.024,30 euros pour les mêmes postes pour l'année 2020.

## **L'appel**

De ce jugement, qui selon les informations des parties ne lui a pas été signifié, SOCIETE3.) a relevé appel par exploit d'huissier du 12 septembre 2022.

Elle demande notamment par réformation la condamnation de SOCIETE5.) au paiement des montants suivants :

- 145.812,74 euros HT, avec les intérêts légaux à partir du 1er janvier 2020, sinon à partir du 9 avril 2020, sinon à partir du 23 décembre 2020, sinon à compter de la demande en justice jusqu'à solde,
- 3.000 euros du chef de frais en relation avec le recouvrement des créances et la liquidation subséquente du ADRESSE3.), avec les intérêts légaux à partir du déboursement des montants respectifs, sinon à compter de la demande en justice jusqu'à solde,
- 15.502,81 euros du chef de frais d'avocat, avec les intérêts légaux à partir du déboursement des montants respectifs, sinon à partir de la demande en justice.

Elle demande en outre de voir dire que le taux d'intérêt sera majoré de 3 points à l'issue d'un délai de trois mois à compter de la signification du *jugement* à venir et d'ordonner la capitalisation des intérêts pour autant qu'il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière.

Elle sollicite enfin la condamnation de l'intimée au paiement d'une indemnité de procédure de 10.000 euros pour les deux instances et aux frais et dépens des deux instances.

L'intimée soulève en premier lieu l'irrecevabilité de l'action adverse en application des dispositions de l'article 22 (1) de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales (ci-après la Loi de 2002) au motif que les demandes trouvent leur cause dans une activité commerciale pour laquelle SOCIETE3.) n'était pas immatriculée auprès du registre de commerce et des sociétés.

Elle relève ensuite que l'acte d'appel du 12 septembre 2022 contient une erreur matérielle en ce sens qu'il y est indiqué que l'appel est porté devant la Cour d'Appel, siégeant en matière civile, tandis qu'il aurait dû être porté devant la Cour d'Appel, siégeant en matière commerciale.

Elle soulève encore l'irrecevabilité des demandes pour défaut de qualité pour agir dans le chef d'SOCIETE3.) motifs pris que les demandes ont été formulées par SOCIETE3.) en son nom propre. Elle fait valoir qu'SOCIETE3.) est une société de titrisation au sens de la loi modifiée du 22 mars 2004 relative à la titrisation (ci-après la loi relative à la titrisation) dont l'activité consiste en la création et la gestion de compartiments destinés à accueillir des patrimoines fiduciaires. L'article 6 de la loi modifiée du 27 juillet 2003 portant réglementation des contrats fiduciaires consacre le principe dit de « l'autonomie patrimoniale » des patrimoines fiduciaires par rapport au patrimoine propre du fiduciaire. Ce principe serait également consacré par l'article 71 (1) de la loi relative à la titrisation. En conformité avec

l'article 69(2) de cette loi , SOCIETE3.) aurait dû indiquer qu'elle agit au nom et pour le compte du compartiment 48, ce qu'elle n'a pas fait.

A titre subsidiaire et quant au fond, elle estime que c'est à tort que le Tribunal a qualifié les *Reimbursement notes* de factures commerciales, ces documents n'étant pas suffisamment précis pour lui permettre de savoir quels frais avaient été engagés. Elle conclut à l'inapplicabilité du principe de la facture acceptée et estime qu'il appartient à SOCIETE3.) d'établir la réalité des frais engagés et payés par elle. Les parties auraient en effet convenu dès l'entrée en relation qu'SOCIETE3.) fasse l'avance des frais et le SOCIETE8.) n'aurait pas modifié cette obligation. Elle conteste cependant les frais revendiqués par SOCIETE3.) au motif qu'elle a de sérieux doutes quant à la réalité de ces coûts, notamment compte tenu du fait que les dirigeants des sociétés SOCIETE7.) sont les mêmes que les dirigeants d'SOCIETE3.) et qu'elle n'a jamais reçu un descriptif des tâches/prestations ayant justifié l'émission des factures et qu'il n'y a pas de preuve de paiement de ces factures par SOCIETE3.).

Elle soutient ensuite que le SOCIETE8.) prévoyait une obligation pour SOCIETE3.) de minimiser les coûts et que malgré le fait que le volume minimal n'a pas été atteint au 31 décembre 2019, SOCIETE3.) a fait le choix de maintenir le Compartiment au-delà du 31 décembre 2019, laissant s'accumuler les frais et charges et ce jusqu'à ce qu'elle lui ait formellement demandé par mail du 24 février 2021 de résilier/liquider le Compartiment. Elle estime dès lors qu'SOCIETE3.) a violé son obligation de loyauté et estime qu'elle ne saurait réclamer des frais autres que ceux déboursés au titre de l'année 2019. Elle relève dès lors appel incident en ce que le Tribunal a partiellement déclaré la demande fondée pour les frais accrus pour l'année 2020 et demande par réformation à voir dire qu'elle se reconnaît débitrice du seul montant de 2.426,76 euros.

Elle soulève ensuite l'irrecevabilité de l'augmentation de la demande pour les montants additionnels postérieurs à la dernière *Reimbursement note* du 19 janvier 2021. Elle admet qu'SOCIETE3.) avait bien formulé cette demande déjà en première instance mais que ni celle-ci, ni la défense présentée par elle, n'avaient été actées dans le jugement. Elle affirme réitérer son argumentaire présenté en première instance et conclut à l'irrecevabilité de l'augmentation de cette demande pour constituer une demande nouvelle, contraire au principe de l'immutabilité du litige.

Finalement et par réformation, SOCIETE5.) demande à être déchargée du paiement de toute indemnité de procédure. Elle sollicite en outre la condamnation d'SOCIETE3.) au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000 euros pour la première instance et de 3.000 euros pour l'instance d'appel.

## **Appréciation**

### L'erreur contenue dans l'acte d'appel

Aux termes de l'article 644 du Code de commerce, les appels des jugements de tribunaux d'arrondissement siégeant en matière commerciale seront portés devant la Cour supérieure de Justice.

Cet article ne rajoute pas la condition de l'indication de la matière du litige.

Il s'ensuit que l'acte d'appel en ce qu'il indique que l'appel est porté devant la Cour d'Appel siégeant en matière civile n'est pas entaché d'irrecevabilité. L'erreur matérielle est sans conséquence.

Dans la mesure où le litige concerne une matière commerciale, la Cour d'appel siègera dans cette matière.

### L'irrecevabilité tirée de l'article 22 (1) de la loi de 2002

L'article 22 (1) de la loi du 19 décembre 2002 dispose dans son premier alinéa qu'« est irrecevable toute action principale, reconventionnelle ou en intervention qui trouve sa cause dans une activité commerciale pour laquelle le requérant n'était pas immatriculé lors de l'introduction de l'action ».

L'irrecevabilité prévue par l'article 22 de la prédite loi constitue une fin de non-recevoir générale de l'action qui n'est pas conditionnée par l'existence d'un grief dans le chef de la partie qui l'invoque (Cour de Cassation, 22 décembre 2011, n° 72/11, n°2885 du registre).

En revanche, le 3<sup>e</sup> alinéa de cet article prévoit que « cette irrecevabilité est couverte si elle n'est pas proposée avant toute autre exception ou toute défense. »

Or, SOCIETE5.) n'a soulevé ce moyen qu'en instance d'appel et non pas dès les débats menés en première instance, de sorte qu'elle est forclosée à s'en prévaloir.

### Défaut de qualité pour agir

Aux termes de l'article 2 de la loi du 22 mars 2004 relative à la titrisation, les organismes de titrisation peuvent être constitués sous la forme d'une société ou d'un fonds géré par une société de gestion.

Si l'organisme de titrisation est constitué sous la forme d'une société, il doit en vertu de l'article 4 (1) de la loi précitée prendre la forme d'une société anonyme, d'une société en commandite par actions, d'une société à responsabilité limitée ou d'une société coopérative organisée comme une société anonyme. Les statuts d'une telle société peuvent habiliter le conseil d'administration à créer un ou plusieurs compartiments correspondant chacun à une partie distincte

de son patrimoine en application de l'article 5 de la loi du 22 mars 2004 relative à la titrisation.

Même si les droits des investisseurs sont limités en vertu de l'article 62 de la loi précitée aux actifs d'un compartiment lorsqu'ils y sont relatifs et que dans les relations entre investisseurs, chaque compartiment est traité comme une entité à part, il n'en reste cependant pas moins que seule la société de titrisation possède la personnalité juridique et est partant seule, à l'exclusion de ses compartiments, lesquels ne constituent qu'une partie de son patrimoine, habilitée à agir en justice, que ce soit en demandant qu'en défendant.

Il s'ensuit que la demande a été régulièrement faite par SOCIETE3.) en son nom propre, les dispositions invoquées par l'intimée relatives aux patrimoines fiduciaires et des pouvoirs du représentant-fiduciaire ne s'appliquant pas en l'espèce.

Les appels principal et incident, introduits dans les forme et délai, sont par conséquent recevables.

#### La demande en paiement des frais sur base du SOCIETE8.)

Par réformation du jugement, SOCIETE3.) demande la condamnation de SOCIETE5.) au paiement de la somme augmentée à 145.812,74 euros HT sur base d'un décompte au 15 mars 2022.

Il résulte de ce décompte qu'SOCIETE3.) demande désormais non seulement les frais accrus pour les années 2019 et 2020 tels que sollicités dans son assignation, mais elle ajoute également les frais accrus en 2021 et 2022.

S'agissant du même type de frais que ceux réclamés dans son assignation mais pour des périodes postérieures à l'émission de la troisième *Reimbursement note*, il faut retenir qu'il s'agit d'une demande additionnelle se rattachant directement à la demande initiale et ne s'opposant dès lors pas au principe de l'immutabilité du litige.

Le moyen d'irrecevabilité de l'augmentation de la demande n'est dès lors pas fondé.

Pour réclamer le paiement des frais, SOCIETE3.) invoque le principe de la facture acceptée, sinon le principe de la correspondance commerciale acceptée.

SOCIETE5.) estime pour sa part que les *Reimbursement notes* ont été à tort qualifiées de factures au sens de l'article 109 du Code de commerce. Les factures ne se rapporteraient pas à la fourniture de marchandises ou à la prestation de services par SOCIETE3.) mais à des montants qu'elle prétend avoir déboursés et dont elle réclame un remboursement. Ces documents ne seraient par ailleurs pas

suffisamment précis, respectivement détaillés quant aux prestations facturées.

La facture doit contenir la spécification d'une dette et constitue une invitation au paiement de celle-ci, elle doit mentionner le nom du fournisseur, le nom du client, la description des fournitures ou des services rendus et leur prix. La description des biens livrés ou des prestations doit être suffisamment précise pour permettre à l'autre partie de vérifier si ce qui lui a été facturé correspond à ce qu'elle a commandé et à ce qui lui a été fourni. En ce qui concerne les services, il faut mentionner la nature et l'objet de la prestation (voir La facture, PERSONNE2.) et PERSONNE3.), éditions Kluwer, n° 48 et n° 70).

Il résulte des *Reimbursement notes* qu'elles se rapportent toutes à l'article 2 du SOCIETE8.) et elles mentionnent toutes les trois postes de frais : *set up fees*, *operational fees* et *calculation Agent Fees*. Si cette indication apparaît être à première vue suffisante pour permettre à SOCIETE5.) de savoir quel type de dépense lui est facturé, il ressort cependant tant du décompte (pièce 31 de Schiltz & Schiltz) que de la panoplie des factures et pièces rassemblées notamment sous les pièces 22, 23, 24, 28 et 29 que ces types de dépenses regroupés sous trois intitulés se composent d'une multitude de dépenses différentes émises par différents acteurs.

Dans ces conditions, les documents « reimbursement note » ne sauraient être qualifiés de facture commerciale, telle que définie ci-avant, la description des dépenses engagées n'étant pas suffisamment précise pour permettre à SOCIETE5.) de vérifier ce qui lui a été facturé. L'article 109 du Code de commerce ne saurait s'y appliquer.

Faute d'indication suffisante quant aux dépenses engagées dans les différents échanges de correspondances entre parties, notamment dans les courriels du 14 octobre 2019 et 23 décembre 2019, le principe de la correspondance commerciale ne saurait pas non plus s'appliquer.

Il appartient dès lors à SOCIETE3.) d'établir l'existence et le bien-fondé de sa créance.

D'emblée il y a lieu de relever que SOCIETE5.) ne conteste pas le principe qu'elle doit, compte tenu du fait que le volume prévu d'émission de certificats n'a pas été atteint au 31 décembre 2019, prendre en charge les frais et dépenses accrus. Elle conteste cependant devoir prendre en charge des frais et des dépenses dont il n'est pas établi qu'ils ont été payés par SOCIETE3.). Elle estime à ce titre qu'il s'agit d'une obligation de remboursement, présupposant un décaissement préalable de la part d'SOCIETE3.). Elle conteste par ailleurs devoir prendre en charge les frais encourus pour les années 2020, 2021 et 2022.

Il est constant en cause que le volume prévu dans le *mandate agreement* pour l'émission des certificats n'a pas été atteint au 31 décembre 2019. SOCIETE3.) a adressé à partir de janvier 2020 à SOCIETE5.) successivement trois *Reimbursement notes* litigieuses dans lesquelles sont facturés les mêmes postes, à savoir *set up fees*, *operational fees* et *calculation Agent Fees*. Tandis que le poste des *set up fees* est demeuré inchangé, les deux autres postes ont été actualisés par chaque nouvelle Note en tenant compte de la période écoulée depuis le début des relations contractuelles. La demande a par ailleurs été augmentée par rapport à la demande initiale en ajoutant des frais au titre des *operational fees* pour les années 2021 et 2022 et *calculation Agent Fees* pour l'année 2021 sur base d'un décompte au 15 mars 2022.

Pour justifier la réalité des prestations facturées et le bien-fondé de sa demande, SOCIETE3.) se base sur l'article 2 du SOCIETE8.) et verse des factures. Elle fait grief au Tribunal d'avoir soumis le bien-fondé de sa demande à la preuve du déboursement des sommes réclamées au titre des frais et soutient que l'article 2 du SOCIETE8.) ne contient pas une telle condition.

Les parties avaient dès le début de leur relation contractuelle prévu dans le *mandate agreement* que SOCIETE3.) allait préfinancer les coûts relatifs aux *set up fees* et *operational fees* et allait recevoir le remboursement lors de l'émission et la distribution des certificats ou par SOCIETE5.) en cas de non atteinte du volume projeté d'émission de certificats (« the Issuer will pre-finance the Set-Up Costs and Operational Costs incurred until the issue and the distribution of the Certificates. The amounts paid in advance by the Issuer, will be reimbursed out of the issue proceeds once the Certificates have been issued and sold to the investors. In case that the Initiator has not managed to distribute 3 million € in the first six month following the issue date, the Initiator shall be obliged to reimburse the Issuer all amounts (max. EUR 45,000) paid in advance plus applicable VAT upon receipt of an appropriate Reimbursement Certificate from the Issuer. »).

Cet article prévoit dès lors une obligation de remboursement de la part de SOCIETE5.) des coûts et dépenses préfinancés et partant payés par SOCIETE3.).

Cette obligation de remboursement n'est pas mise en doute par l'article 2 du SOCIETE8.), selon lequel « Falcon expressly undertakes and agrees to pay to the Issuer all costs and expenses incurred, directly or indirectly, by the Issuer in connection with the Certificates, in case the Targeted Volume is not reached by 31.12.2019. The costs are calculated by the Calculation Agent of the Certificates and this calculation is binding for the Parties

[...]

Falcon also expressly undertakes and agrees to pay to the Issuer until 15.11.2019 onto the same account due but unpaid costs amounting to EUR 25.000,- which the Issuer already accumulated. »

En mentionnant qu'il s'agit de dépenses engagées (incurred costs and expenses), il ne saurait faire de doute que seuls les frais et dépenses payés sont à rembourser par SOCIETE5.), tel que l'a retenu à juste titre le Tribunal.

Il appartient dès lors à SOCIETE3.) de prouver qu'elle a déboursé les montants dont elle réclame le remboursement.

Le moyen d'SOCIETE3.) tenant à dire que le Compartiment n'aurait pas eu de capital et n'aurait pas pu faire l'avance des frais est non seulement en contradiction avec les dispositions conventionnelles précitées, mais encore avec les pièces démontrant que certains frais ont bien été avancés par elle et ont été débités de son compte bancaire.

SOCIETE3.) reproche en outre au Tribunal de ne pas avoir tenu compte du dernier paragraphe de l'article 2 du SOCIETE8.), aux termes duquel SOCIETE5.) s'était expressément engagée à payer jusqu'au 19 novembre 2019 un montant de 25.000 euros.

Contrairement à l'argumentation d'SOCIETE3.), cet engagement ne constitue pas une reconnaissance par SOCIETE5.) sur la réalité des frais engagés, étant donné qu'il n'est précisé nulle part de quel type de frais il s'agit. Cette clause ne peut s'analyser qu'en un engagement de la part de SOCIETE5.) de payer un acompte pour les frais à hauteur de 25.000 euros, mais cet engagement ne saurait pas enlever à SOCIETE3.) la charge de la preuve du préfinancement des coûts et dépenses dont elle réclame actuellement le remboursement.

SOCIETE5.) conteste en outre être redevable des coûts et dépenses pour les années 2020, 2021 et 2022. Elle reproche à SOCIETE3.) d'avoir fait le choix de maintenir le compartiment, et ainsi d'avoir créé des coûts supplémentaires au-delà du 31 décembre 2019 et ce jusqu'à ce que par mail du 24 février 2021, elle ait notifié sa volonté de résilier/liquider le compartiment. Elle estime que la clôture du compartiment était la conséquence directe et automatique de l'absence de montant minimum de distribution au 31 décembre 2019, le SOCIETE8.) ne prévoyant pas d'obligation pour SOCIETE5.) d'envoyer une quelconque demande en ce sens à SOCIETE3.), ce que cette dernière aurait admis dans son assignation et dans son acte d'appel. Elle estime que SOCIETE3.) a fait le choix conscient et avisé, en violation des dispositions du SOCIETE8.), de maintenir le Compartiment 48 et de laisser ainsi s'accumuler des frais. En procédant ainsi SOCIETE3.) aurait violé son obligation de loyauté à l'égard de SOCIETE5.) sur base de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil. Elle estime dès lors que les montants devront se limiter aux coûts utiles qu'SOCIETE10.) prouve avoir déboursés au titre de l'année 2019.

SOCIETE3.) conteste ce moyen et soutient qu'il résulte des courriels échangés en 2020 que SOCIETE5.) aurait continué à affirmer tout au long de l'année 2020 qu'elle voulait faire souscrire de nouveaux investisseurs et qu'il n'aurait jamais été question de mettre un terme à ce Compartiment avant le courrier du 24 février 2021 adressé à l'agent de calcul dans lequel SOCIETE5.) a manifesté son intention de voir résilier avec effet immédiat ce compartiment. SOCIETE3.) admet que même s'il n'appartenait pas à SOCIETE5.) de résilier ce compartiment, SOCIETE3.) se serait engagée immédiatement à arrêter – tant que possible – le Compartiment afin de limiter au maximum les coûts additionnels, tout en préservant ses propres intérêts, et notamment ses créances.

Il résulte en effet tant d'un courriel du 29 avril 2020 que d'un courriel du 5 mai 2020 que SOCIETE5.) a expressément demandé le maintien du Compartiment affirmant être en pourparlers avec un investisseur potentiel. Dans ces circonstances, elle ne saurait reprocher à SOCIETE3.) d'avoir maintenu le Compartiment au-delà du 31 décembre 2019. Un manquement par SOCIETE3.) à son obligation de loyauté n'est dès lors pas établi.

Ce n'est que par courrier du 24 février 2021 que SOCIETE5.) a informé l'agent calculateur qu'elle allait abandonner le produit SOCIETE3.) 48. Ses contestations quant aux frais engagés au-delà du 21 décembre 2019 ne sont dès lors pas fondées.

Le jugement est partant à confirmer en ce qu'il a retenu que SOCIETE5.) est tenue de rembourser à SOCIETE3.) les coûts occasionnés par le Compartiment jusqu'à sa liquidation.

- *Set-up fees*

SOCIETE3.) réclame sous cet intitulé la somme de 50.000 euros. Selon elle, ce montant se compose de différentes positions pour lesquelles plusieurs factures ont été émises par différents prestataires pour la rédaction de la documentation contractuelle et légale, la conclusion de plusieurs contrats avec différents prestataires (à savoir notamment le *collateral manager*, la banque dépositaire, la banque de courtage, le domiciliataire, la bourse, etc.), la mise en place de comptes bancaires et de courtage ou encore la cotation en bourse.

Elle verse à l'appui de sa demande une série de factures émanant d'acteurs différents.

Conformément à ce qui a été retenu ci-avant, à défaut de rapporter la preuve de leur paiement, ces montants repris dans les factures ne sont pas à considérer comme des « costs and expenses incurred » au sens de l'article 2 du SOCIETE8.), de sorte que sa demande n'est pas fondée à cet égard.

Le jugement est dès lors à confirmer en ce qu'il a déclaré la demande y relative non fondée.

- *Calculation & Fiduciary Fees*

De même en ce qui concerne ces frais, la somme réclamée de 54.493,15 ressort certes des factures versées sous la pièce n°23. Cependant SOCIETE3.) n'établit pas avoir avancé ces sommes, de sorte que sa demande à ce titre n'est pas fondée.

- *Operational fees*

SOCIETE3.) réclame la somme de 14.606,65 euros pour l'année 2019, la somme de 18.580,28 euros pour l'année 2020, la somme de 2.603,58 euros pour l'année 2021 et la somme de 351 euros pour l'année 2022.

Le Tribunal avait retenu que la demande en remboursement était uniquement fondée pour les montants non contestés par SOCIETE5.), à savoir le montant de 2.497,12 euros pour l'année 2019 et un montant de 4.024,30 euros pour l'année 2020.

A part le moyen tenant à l'obligation de remboursement, déclaré non fondé, SOCIETE3.) ne formule aucun grief circonstancié par rapport à la motivation du Tribunal et ne verse pas non plus en instance d'appel des pièces démontrant qu'elle a payé pour les années 2019 et 2020 d'autres frais que ceux retenus par le Tribunal.

Le jugement est par conséquent à confirmer sur ce point.

En ce qui concerne les frais pour les années 2021 et 2022, à part pour le montant de 323 euros réclamé au titre de « VAT 2019 », SOCIETE3.) a versé la preuve du déboursement des frais réclamés.

Sa demande est dès lors fondée pour la somme de  $(2.603,58 - 323=)$  2.280,58 euros pour l'année 2021 et pour la somme de 351 euros pour l'année 2022.

Par réformation du jugement, la demande d'SOCIETE3.) sur base de l'article 2 du SOCIETE8.) est dès lors fondée à hauteur de la somme de  $(2.497,12 + 4.024,30 + 2.280,58 + 351=)$  9.153 euros.

A défaut de formuler des griefs par rapport aux intérêts alloués par le Tribunal, par rapport à la demande relative à la capitalisation des intérêts et la demande en majoration du taux d'intérêt légal, le jugement est à confirmer sur ces points par adoption de motifs, sauf à ajouter que les intérêts légaux sur la somme de  $(2.280,58 + 351=)$  2.631,58 euros pour les frais de 2021 et 2022 courent à partir du 12 septembre 2022, date de l'acte d'appel.

La demande en paiement des frais au titre du *advisory agreement*

SOCIETE3.) demande par réformation du jugement le paiement des frais déboursés par elle au titre du *advisory agreement* conclu le 4 mars 2021 avec SOCIETE7.) GmbH en relation avec le recouvrement des créances et la liquidation subséquente du ADRESSE3.).

Le Tribunal a rejeté cette demande motif pris qu'indépendamment de la question de savoir si les frais litigieux sont visés par le SOCIETE8.), SOCIETE3.) ne produit aucune pièce démontrant qu'elle a dû payer un montant de 3.000 euros en relation avec le recouvrement de sa créance ou la liquidation du Compartiment.

En instance d'appel, SOCIETE3.) réitère cette demande mais n'explique pas en quoi le Tribunal se serait trompé dans son analyse. Elle ne verse pas non plus la preuve du déboursement des sommes réclamées à ce titre.

Par adoption des motifs du Tribunal, la Cour retient que cette demande n'est pas fondée. Le jugement est partant à confirmer sur ce point.

#### La demande en paiement des frais et honoraires d'avocat

SOCIETE3.) demande en instance d'appel la somme de 15.502,81 euros au titre des frais et honoraires d'avocat.

Concernant le dommage du chef des frais d'avocat, il est admis que les honoraires que le justiciable doit exposer pour obtenir gain de cause en justice constituent un préjudice réparable qui trouve son origine dans la faute de la partie qui succombe (Cour de cassation, 9 février 2012, arrêt n° 5/12, JTL 2012, n° 20, page 54). Les frais et honoraires d'avocat peuvent ainsi donner lieu à indemnisation sur base de la responsabilité civile de droit commun en dehors de l'indemnité de procédure, à condition d'établir les éléments conditionnant une telle indemnisation, à savoir une faute, un préjudice et une relation causale entre la faute et le préjudice.

Si SOCIETE3.) verse désormais en instance d'appel la preuve du paiement des notes d'honoraires dont elle réclame indemnisation, elle reste toutefois en défaut de caractériser la faute commise par SOCIETE5.) en relation causale avec sa demande.

Le jugement est partant à confirmer, quoique pour d'autres motifs, en ce que cette demande a été déclarée non fondée.

#### Les demandes en indemnité de procédure

Au vu de l'issue du litige, le jugement est à confirmer en ce que le Tribunal a condamné SOCIETE5.) au paiement d'une indemnité de 1.000 euros sur base de l'article 240 Nouveau Code de procédure civile.

Il paraît inéquitable de laisser à charge d'SOCIETE3.) les frais irrépétibles de l'instance d'appel et la Cour fixe ex æquo et bono à

2.000 euros l'indemnité de procédure pour l'instance d'appel devant lui revenir.

Dans la mesure où SOCIETE5.) a succombé en instance d'appel, c'est à juste titre que le Tribunal l'a déboutée de sa demande en indemnité de procédure. Sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel est à déclarer non fondée pour les mêmes motifs.

### **PAR CES MOTIFS**

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

reçoit les appels principal et incident,

dit l'augmentation de la demande de la société anonyme SOCIETE1.) recevable,

dit l'appel incident non fondé,

dit l'appel principal partiellement fondé,

par **réformation**

condamne la société de droit allemand SOCIETE4.) à payer à la société anonyme SOCIETE1.) le montant de 9.153 euros, avec les intérêts légaux sur le montant de 2.497,12 euros à partir du 9 avril 2020, sur le montant de 4.024,30 euros à partir du 2 avril 2021 et sur le montant de 2.631,58 euros à partir du 12 septembre 2022, chaque fois jusqu'à solde,

**confirme** le jugement pour le surplus,

condamne la société de droit allemand SOCIETE4.) à payer à la société anonyme SOCIETE1.) une indemnité de procédure de 2.000 euros pour l'instance d'appel,

dit non fondée la demande de la société de droit allemand SOCIETE4.) sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

condamne la société de droit allemand SOCIETE4.) aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Schiltz & Schiltz SA sur ses affirmations de droit.