

Arrêt référé

Audience publique du 15 juillet deux mille neuf

Numéro 34505 du rôle.

Composition:

Julien LUCAS, président de chambre;
Marie-Anne STEFFEN, premier conseiller;
Jean-Paul HOFFMANN, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme A.) (Luxembourg), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg en date du 29 janvier 2009,

comparant par Maître Paul MOUSEL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la société anonyme B.), établie et ayant son siège social à F-(...), (...), agissant par son Président et Directeur Général,

intimée aux fins du susdit exploit CALVO du 29 janvier 2009,

comparant par Maîtres Pierre REUTER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

2. la société d'investissement à capital variable C.) , en liquidation judiciaire, établie et ayant eu son siège social à L-(...), (...), représentée par ses liquidateurs judiciaires Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg et M. Paul LAPLUME, réviseur d'entreprises, demeurant à Junglinster,

intimée aux fins du susdit exploit CALVO du 29 janvier 2009,

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

LA COUR DAPPEL :

Le 4 novembre 2008, la société en commandite par actions de droit français **D.)** (ci-après «**D.)** ») envoya à la société de clearing **E.)** (ci-après «**E.)** ») une demande de rachat de 21.346.587 parts de la société **C.)** (ci-après «**C.)** »). D'après les attestations d'inscription en compte versées par **D.)** , la société **B.)** S.A. (ci-après «**B.)** ») (qui, d'après les mentions légales versées parmi les pièces, est une filiale de **D.)**), détenait jusqu'à cette date de rachat 3.220, 11.350, 2.240 et 4.536.587 (soit un total de 4.553.397) actions de la SICAV en question.

E.) émit un bordereau sur lequel sont mentionnés l'ordre de rachat du 4 novembre 2008 avec date de transaction au 17 novembre 2008, la date provisionnelle du paiement du 15 décembre 2008 ainsi que le montant de rachat de 30.072.217,90 EUR, le tout avec la mention qu'une confirmation n'avait pas encore été reçue et que l'agent avait été contacté.

Le 6 janvier 2009, **C.)** envoya une lettre à la société **A.)** (Luxembourg) S.A. (ci-après «**A.)** ») avec l'instruction de payer les sommes reprises dans son annexe, dont le montant de 30.072.217,90 EUR à FS/**D.)** .

Se prévalant de ce que **A.)** refuserait d'exécuter l'ordre de paiement de 30.072.217,90 EUR lui envoyé par **C.)** et de ce que ce refus lui causerait un préjudice considérable qu'il conviendrait de faire cesser d'urgence, **B.)** a assigné **A.)** en référé, principalement sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure civile et subsidiairement sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du même code pour voir enjoindre à **A.)** par provision et vu l'urgence, d'exécuter l'ordre de paiement litigieux sous peine d'astreinte. **C.)** a été assignée pour se voir déclarer commune l'ordonnance à intervenir.

Par une ordonnance du 15 janvier 2009, le juge des référés du tribunal d'arrondissement de Luxembourg a déclaré la demande irrecevable sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} mais recevable sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} précité et il a enjoint à **A.)** d'exécuter l'ordre de paiement reçu de **C.)** , c'est-à-dire de procéder au paiement du montant de 30.072.217,90 EUR, au plus tard dans les 24 heures de la signification de l'ordonnance sous peine d'une astreinte de 3.000.000.- EUR par jour de retard et il a condamné **A.)** à payer à **B.)** une indemnité de procédure de 10.000.- EUR.

De cette décision qui a été signifiée le 15 janvier 2009 et exécutée le 16 janvier 2009, **A.)** a relevé appel par exploit d'huissier du 29 janvier 2009.

A.) sollicite la réformation de l'ordonnance attaquée et elle demande principalement de voir dire la demande irrecevable pour défaut de qualité à agir dans le chef de la partie demanderesse, subsidiairement la voir dire non fondée et en débouter, et, en tout état de cause, se voir relever des condamnations aux frais et à l'indemnité de procédure prononcées contre elle. Elle requiert en outre la restitution du montant payé en vertu de l'ordonnance de première instance. Elle conclut finalement à voir condamner **B.)** aux frais des deux instances ainsi qu'à une indemnité de 5.000.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile.

A l'appui de son appel, **A.)** , par ses propres conclusions et par l'adoption des moyens des liquidateurs de **C.)** , soutient que **B.)** n'avait pas qualité pour réclamer l'exécution du paiement, n'étant pas elle-même actionnaire de la SICAV. La demande de rachat aurait été formée par **D.)** et l'ordre de paiement aurait été donné par **C.)** au profit de cette société. Lors de l'exécution de l'ordonnance, les fonds auraient d'ailleurs été transférés au profit de **D.)** .

Par ailleurs, du fait de la liquidation judiciaire de la SICAV, une situation nouvelle se serait créée dont le juge des référés devrait tenir compte. D'abord, **A.)** ne détiendrait plus d'avoirs de **C.)** , les liquidateurs ayant demandé le transfert de tous les avoirs sur un autre compte auprès d'une autre banque. Ensuite, l'ordre de paiement de la SICAV avant la liquidation aurait nécessairement été révoqué par l'ordre des liquidateurs judiciaires de transférer tous les avoirs de celle-ci. Finalement, la liquidation aurait pour effet de suspendre le droit d'exécution individuelle et la demande tendant à voir enjoindre **A.)** d'exécuter un ordre de paiement au profit d'un seul créancier se heurterait au principe d'égalité de tous les créanciers.

En ce qui concerne l'ordre de paiement du rachat, **A.)** conteste qu'il s'agisse d'un ordre inconditionnel. En effet, le conseil d'administration de la SICAV aurait soumis le paiement à trois conditions, à savoir un crédit

suffisant sur le compte, l'absence de mesures de contrainte telles que saisies, et le « nihil obstat » de la CSSF. Or, la deuxième condition n'aurait pas été remplie, le cantonnement de la saisie pratiquée par un tiers n'ayant pas encore été exécutoire au moment où l'ordonnance attaquée aurait enjoint de procéder au paiement. En ce qui concerne la troisième condition, un courrier de la CSSF du 13 janvier viendrait confirmer l'absence de « nihil obstat » de cette commission au paiement des rachats avec valeur nette d'inventaire calculée au 17 novembre 2008.

A.) qui, en tant que dépositaire, agirait exclusivement dans l'intérêt de tous les actionnaires, aurait par ailleurs été en droit de s'opposer à l'exécution du paiement, étant donné qu'il se serait avéré après la découverte de la fraude imputée au résident américain F.) , que la valeur nette d'inventaire au 17 novembre était à l'évidence surévaluée, voire nulle.

A.) développe par ailleurs des considérations à propos de la sémantique employée dans les articles 34-2, 34-6 et 61-24 de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier pour émettre des contestations de nature juridique à propos de la prétendue impossibilité de révocation d'un ordre de transfert au regard du moment de l'introduction dans le système et de l'agrément nécessaire à cette fin.

Les liquidateurs de C.) , déclarée en liquidation judiciaire par un jugement du 2 avril 2009, concluent également à la réformation en exposant les circonstances de fait et de droit qu'il y aurait lieu de prendre en considération pour la solution du litige. Subsidiairement ils demandent de prendre acte de leur appel incident.

Ils concluent que la demande de B.) est irrecevable et demandent de voir relever A.) de l'injonction de procéder au paiement, de voir ordonner à B.) de donner l'instruction nécessaire en vue de retransférer l'intégralité des montants transférés par A.) le 16 janvier 2009, en exécution de l'ordonnance dont appel, à A.) au plus tard dans les 24 heures suivant la signification de l'arrêt, avec obligation pour cette dernière de les retransférer immédiatement au bénéfice de C.) en liquidation judiciaire, le tout sous peine d'une astreinte de 3.000.000.- EUR par jour de retard, sinon voir dire que les fonds prélevés par A.) le 16 janvier 2009 du compte C.) doivent être retransférés au bénéfice de C.) en liquidation judiciaire sous peine d'astreinte. En cas de refus de faire droit à ses demandes de restitution, C.) se réserve de faire valoir ses prétentions dans un procès ultérieur.

L'intimée B.) soulève principalement l'irrecevabilité de l'appel de A.) dont elle estime qu'elle n'a plus qualité, ni intérêt d'agir. Elle demande à la Cour de constater que A.) ne remplit plus les fonctions de banque

dépositaire de C.) et qu'elle est dessaisie de ses fonctions de dépositaire des fonds appartenant à C.) depuis le retrait d'agrément à cette SICAV par la CSSF, sinon depuis sa mise en liquidation judiciaire. Pour le cas où l'appel devrait être déclaré recevable, les demandes d'A.) seraient dépourvues d'objet puisque A.) n'aurait plus aucun rôle à jouer dans la vie de la SICAV depuis qu'elle a perdu sa qualité de dépositaire de celle-ci

En ce qui concerne C.) , elle conclut que cette partie intimée est irrecevable à former un appel incident.

En cas de recevabilité de l'appel, elle demande la confirmation de l'ordonnance par adoption de ses motifs. Elle considère que le juge des référés était compétent pour ordonner l'exécution de l'ordre de paiement donné par C.) nonobstant l'opposition d'A.) . B.) soutient par ailleurs qu'elle aurait parfaitement qualité pour agir, étant donné qu'elle serait titulaire des droits attachés aux titres qui composent le portefeuille de la SICAV et que D.) ne serait que le dépositaire des fonds et ne pourrait agir pour des raisons inhérentes au droit français. Elle s'oppose aux demandes de restitution, soulevant le libellé obscur de ces demandes, sinon leur irrecevabilité au stade actuel, sinon l'absence de fondement.

Sur la recevabilité de l'appel de A.)

En référé, la Cour d'appel statue sur base de la situation de fait et de droit telle qu'elle se présente au jour où elle rend son arrêt.

Comme l'intérêt est pour le demandeur une notion subjective, il ne disparaît pas forcément si en cours d'instance les circonstances de fait dans lesquelles la demande fut introduite, changent.

Il revient au juge saisi de tenir compte de la nouvelle situation lors de l'examen du bien-fondé des prétentions, l'intérêt invoqué constituant en effet le bien-fondé même de l'action.

Il y a intérêt né et actuel lorsqu'il y a préjudice subi. Il y a cependant aussi intérêt né et actuel en présence d'un préjudice futur si ce dernier a un caractère de certitude suffisant du fait de son imminence ou de sa probabilité.

A qualité pour agir celui qui a personnellement un intérêt légitime à faire valoir, c'est-à-dire le titulaire du droit.

La qualité et l'intérêt de A.) pour interjeter et maintenir leur appel doivent s'apprécier eu égard au fait qu'il lui a été enjoint, dans le cadre d'un

référé urgence, d'exécuter un paiement au profit d'une personne juridique dont elle conteste la qualité et au sujet duquel elle fait valoir les contestations ci-dessus exposées.

Dans la mesure où le juge de première instance a prescrit les mesures auxquelles elle s'est opposée, la qualité et l'intérêt subsistent en instance d'appel.

A.) conserve par ailleurs qualité et intérêt manifestes pour soutenir son appel concernant l'indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile à laquelle elle a été condamnée et les frais de l'instance qui ont été mis à sa charge.

A.) continue donc de garder qualité et intérêt pour appeler la décision litigieuse étant donné que les condamnations qui ont été prononcées contre elle lui causent tort et grief.

L'objet de l'appel est de mettre les parties dans la situation antérieure au paiement. Cet objet ne disparaît pas avec la mise en liquidation de la SICAV puisque si l'ordonnance est réformée, A.) revient dans une situation où elle peut transférer aux liquidateurs de C.) le montant qu'elle a été obligée de transférer à B.) .

Quant à C.)

Les liquidateurs de C.) admettent que la société ne s'est pas opposée en première instance à la mesure décidée par le juge des référés mais l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de chose jugée et elle peut être modifiée ou rapportée en référé en cas de circonstances nouvelles. Après la mise en liquidation judiciaire du 2 avril 2009, les liquidateurs interjettent actuellement appel incident à titre subsidiaire pour le cas où la Cour ne pourrait pas tenir compte de leurs observations. Or, étant donné que A.) reprend à son compte toutes les conclusions des liquidateurs, il n'y a pas lieu d'examiner la recevabilité de l'appel qui n'est formé que subsidiairement.

Sur la recevabilité de la demande initiale de B.)

Il ressort des pièces versées par A.) et par les liquidateurs de C.) que la demande de rachat de titres du 4 novembre 2008 avec date de transaction au 17 novembre 2008 a été faite par FS/D.) . La confirmation a été envoyée à D.) . L'ordre de transfert donné par C.) à A.) mentionne D.) .

S'il est établi au vu des pièces versées par l'intimée que **B.)** était bénéficiaire d'au moins 4.553.397 actions de la SICAV sur un total de 21.346.587 lors de l'ordre de rachat donné par **D.)**, il subsiste pour le moins une contestation sérieuse sur la qualité pour **B.)** de demander l'exécution forcée de l'ordre de paiement.

D'une part en effet, aucun élément n'accrédite la thèse défendue par l'intimée d'après laquelle elle serait le bénéficiaire économique de toutes les parts pour lesquelles le rachat a été demandé. D'autre part, aucun élément ne vient appuyer les arguments développés par **B.)** qu'il existerait une stipulation à son profit ou que **D.)** n'aurait pas la capacité au regard de dispositions du droit français à agir ou qu'il y aurait une quelconque confusion de la part de **A.)** ou de **C.)** quant à l'inscription des sociétés détentrices de parts dans leurs livres.

Or, le juge des référés est le juge de l'évident et de l'incontestable alors que la demande d'exécution forcée au profit de **B.)** ne présente aucun caractère certain. La demande de paiement forcée est par conséquent à déclarer irrecevable et l'ordonnance est à réformer.

Sur la restitution

En raison du caractère provisoire de l'exécution d'une décision exécutoire par provision, il est évident qu'en cas de réformation en instance d'appel, cette exécution doit être considérée comme non avenue. Dans ce cas, les paiements perçus en vertu d'une décision exécutoire par provision doivent être restitués si la décision en question est réformée en appel. La restitution constitue dans pareil cas le corollaire nécessaire de la décision de réformation. Il s'agira dans le cas contraire d'une difficulté d'exécution de deux décisions contraires.

En l'espèce, la demande de restitution est parfaitement claire et elle est virtuellement contenue dans la demande de réformation. Elle est donc recevable. Par ailleurs, la difficulté se manifeste d'ores et déjà au regard de la situation nouvelle créée par la mise en liquidation judiciaire de la SICAV dont la juridiction de référé doit tenir compte en appel.

Pour assurer l'efficacité de la décision d'appel en ce qu'elle infirme l'ordre de paiement ordonné en première instance, il convient donc de décider que le montant transféré par **A.)** à **B.)** le 16 janvier 2009, en exécution de l'ordonnance dont appel, doit être retransféré à **A.)** au plus tard le premier jour ouvrable suivant la signification de l'arrêt, avec obligation pour cette dernière de le transférer immédiatement au bénéfice de

C.) en liquidation judiciaire, le tout sous peine d'une astreinte de 3.000.000.- EUR par jour de retard.

Sur les indemnités de procédure

Suite à la réformation quant au principal, A.) est à décharger de l'indemnité de procédure mise à charge en première instance.

Au vu des éléments de la cause, les demandes des parties sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile en appel ne sont pas fondées, la condition d'iniquité n'étant pas donnée en l'espèce.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

dit recevable l'appel de la société A.) (Luxembourg) S.A. du 29 janvier 2009;

donne acte aux liquidateurs de C.) de leur reprise d'instance volontaire;

déclare fondé l'appel de A.) (Luxembourg) S.A.;

réformant :

déclare irrecevable la demande de la société B.) S.A. contre la société A.) (Luxembourg) S.A. ;

décharge la société A.) (Luxembourg) S.A. de toutes les condamnations prononcées à son encontre ;

ordonne que le montant transféré par la société A.) (Luxembourg) S.A. à la société B.) S.A. le 16 janvier 2009, en exécution de l'ordonnance dont appel, doit être retransféré à A.) (Luxembourg) au plus tard le premier jour ouvrable suivant la signification de l'arrêt, avec obligation pour cette dernière de le transférer immédiatement au bénéfice de C.) en liquidation judiciaire, le tout sous peine d'une astreinte de 3.000.000.- EUR par jour de retard ;

déboute les parties de leurs demandes sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure civile ;

condamne la société **B.)** S.A. aux frais et dépens des deux instances.