

- Arrêt commercial -

Audience publique du vingt-huit janvier deux mille seize

Numéro 40407 du rôle

Composition:

Eliane EICHER, président de chambre,
Agnès ZAGO, conseiller,
Danielle SCHWEITZER, conseiller,
Cornelia SCHMIT, greffier.

E n t r e

la société anonyme de droit luxembourgeois **SOC1.) MANAGEMENT**, en liquidation, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), déclarée en état de liquidation judiciaire par jugement du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg du 19 décembre 2013, représentée par son liquidateur judiciaire, Maître Pierre BEISSEL,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Véronique REYTER, en remplacement de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette, du 21 août 2013,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, inscrite au barreau de Luxembourg, représentée aux fins des présentes par Maître François KREMER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

la société anonyme de droit belge **SOC2.)**, établie et ayant son siège social à B-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prédict exploit,

comparant par Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier de justice du 29 décembre 2011, la société anonyme de droit belge **SOC2.)** a fait donner assignation à la société anonyme **SOC1.)** MANAGEMENT, « en qualité de société de gestion du fonds de titrisation à compartiments multiples **FDS1.)** et des compartiments et sous-compartiments du fonds **FDS1.)**», à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, pour l'entendre notamment condamner à lui rembourser l'intégralité des investissements effectués dans le fonds de titrisation à compartiments multiples **FDS1.)**, soit la somme de 4.448.093.- EUR, avec les intérêts de retard au taux légal jusqu'au paiement complet du prix de rachat à partir du moment où les différentes demandes de rachat auraient dû être réalisées, jusqu'à solde et à lui voir ordonner de mettre à sa disposition les rapports annuels audités du fonds **FDS1.)** au 31 décembre 2009 et au 31 décembre 2010, sous peine d'une astreinte de 1.000.- EUR par jour d'inexécution.

A l'appui de sa demande, **SOC2.)** expose qu'elle est une entreprise d'assurances indépendante agréée et spécialisée dans les assurances sur la vie liées à des fonds d'investissement. Dans le cadre de son activité d'investissement des cotisations versées par ses clients, elle a souscrit à des parts émises par les compartiments **COMP1.)** (aussi appelé «**COMP1.)**»), **COMP2.)** et **COMP3.)** (aussi appelés «**COMP2.)** / **COMP3.)**») du fonds de titrisation luxembourgeois **FDS1.)**, ce dernier étant géré par la société anonyme **SOC1.)** MANAGEMENT et n'étant pas un organisme de titrisation agréé, placé sous la surveillance de la Commission de Surveillance du Secteur Financier (CSSF). Les investissements, dont la somme s'élevait à 3.751.093.- EUR, ont été réalisés successivement sur la période de novembre 2008 à mars 2010, dans les formes et suivant les procédures prévues par le règlement de gestion du fonds **FDS1.)** et les règlements de gestion spécifiques. Pour les versements effectués après le 14 janvier 2010, **SOC1.)** MANAGEMENT n'a, toutefois, pas communiqué de valeur nette d'inventaire, ni envoyé d'attestations de souscription comme pour les souscriptions précédentes, de sorte que **SOC2.)** n'avait pas connaissance du nombre d'unités afférentes aux souscriptions versées entre le 20 janvier 2010 et le 31 mars 2010, ni même si des parts avaient été émises en contrepartie de ces investissements.

Ce faisant, **SOC1.)** MANAGEMENT aurait violé ses obligations légales et contractuelles puisqu'elle serait en défaut de calculer la valeur nette d'inventaire du fonds **FDS1.)** et de ses compartiments et de satisfaire aux demandes de rachat de parts formulées par **SOC2.)** conformément aux conditions générales prévues ; elle n'aurait ni approuvé, ni publié et communiqué les comptes annuels postérieurs à 2008, qui n'ont été ni approuvés, ni publiés ou autrement communiqués et aucun coupon de rachat n'a plus été payé depuis mars 2010.

SOC1.) explique avoir décidé la liquidation du compartiment **COMP2.) / COMP3.)** et donc le remboursement anticipé des obligations y afférentes. Le remboursement n'aurait cependant pas été possible jusqu'à présent en raison d'éléments extérieurs à sa volonté. Elle fait, en effet, valoir qu'en raison de l'impossibilité de déterminer la valeur nette d'inventaire du fonds **FDS1.)** et de ses compartiments et qu'à défaut de disposer de comptes annuels audités, il ne lui serait pas possible de procéder au rachat des investissements effectués. Elle estime n'avoir violé aucune obligation légale ou contractuelle et ne pas être responsable du non-calcul de la valeur nette d'inventaire du fonds **FDS1.)** et de ses compartiments, qui serait dû à la saisie pénale de la comptabilité du fonds. Aucune faute lourde ne saurait lui être reprochée dans ce contexte.

Par jugement du 3 juillet 2013, le tribunal a dit la demande de **SOC2.)** partiellement fondée et a condamné la société anonyme **SOC1.)** MANAGEMENT à lui payer la somme de 1.217.000.- EUR avec les intérêts légaux à partir du 29 décembre 2011 jusqu'à solde. La demande a été déclarée non fondée pour le surplus. **SOC1.)** MANAGEMENT a encore été condamnée à payer une indemnité de procédure de 5.000.- EUR à la demanderesse.

Par exploit d'huissier du 21 août 2013, la société anonyme **SOC1.)** MANAGEMENT a régulièrement relevé appel du jugement du 3 juillet 2013 pour, par réformation partielle dudit jugement, se voir décharger de toute condamnation, obtenir la communication de la cause au Procureur d'Etat en application de l'article 183 du nouveau code de procédure civile et pour voir ordonner un sursis à statuer en attendant l'issue pénale.

Dans son acte d'appel, **SOC1.)** MANAGEMENT conteste toujours avoir commis une faute ; elle fait valoir qu'une saisie pénale a été ordonnée sur demande du juge d'instruction et une information a été ouverte à son encontre et à celle de son administrateur, **A.)**, pour escroquerie, abus de confiance et blanchiment d'argent ; elle souhaite que la présente cause soit communiquée au Parquet pour « *faire connaître ses conclusions* ».

SOC2.) développe à son tour, dans des conclusions du 2 décembre 2013, longuement les raisons pour lesquelles elle estime que **SOC1.) MANAGEMENT** serait en faute.

Le thème des conclusions prises de part et d'autre change fondamentalement après la dissolution et mise en liquidation de la société **SOC1.) MANAGEMENT** par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 19 décembre 2013, suivie de la reprise d'instance par Maître Pierre BEISSEL en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société.

Dans ses conclusions du 14 novembre 2014, l'appelante insiste, à titre préliminaire, sur le fait que les fonds de titrisation ne bénéficient pas, contrairement aux sociétés de titrisation, de la personnalité morale, mais qu'ils sont gérés et représentés par une société de gestion. En l'occurrence, le Fonds litigieux revêt la forme de plusieurs patrimoines fiduciaires sans personnalité juridique (art. 1^{er} du règlement de gestion) conformément à la loi du 27 juillet 2003 sur le trust et les contrats fiduciaires.

SOC1.) MANAGEMENT fait valoir que conformément à l'article 8 de la loi du 22 mars 2004, elle a vu ses fonctions de société de gestion du Fonds de titrisation se terminer par sa mise en liquidation le 19 décembre 2013.

Elle fait valoir que le patrimoine du Fonds de titrisation est séparé de celui de la société de gestion : ce serait, dès lors, à tort qu'elle aurait été condamnée, aux termes du jugement du 3 juillet 2013, en son nom personnel, alors qu'elle avait été assignée en sa qualité de société de gestion du Fonds de titrisation à compartiments multiples **FDS1.)** et des compartiments et sous-compartiments du fonds **FDS1.)**, de sorte que c'est le Fonds de titrisation, représenté par sa société de gestion qui était partie à l'instance, et non **SOC1.) MANAGEMENT** elle-même. Ainsi, le jugement entrepris aurait condamné à tort la société **SOC1.) MANAGEMENT S.A.** sur ses propres deniers. Il résulterait, d'ailleurs, des pièces versées aux débats que la somme de 1.270.000.- EUR a été versée sur un compte ouvert par la société de gestion pour le compte du Fonds de titrisation et non pas sur le compte personnel de la société **SOC1.)**.

Par conséquent, les développements de **SOC2.)** quant aux fautes prétendument imputables à **SOC1.) MANAGEMENT** tomberaient à faux dans une action dirigée contre celle-ci, prise en sa qualité de société de gestion, c'est-à-dire contre le Fonds de titrisation. Pour actionner la responsabilité contractuelle ou délictuelle de la société **SOC1.) MANAGEMENT**, **SOC2.)** aurait dû assigner **SOC1.) MANAGEMENT** en son nom personnel, ce qu'elle n'a pas fait.

SOC1.) MANAGEMENT critique encore le jugement entrepris en ce qu'il serait retenu, à tort, que l'ordre de souscription n'a pas été exécuté et que les

sommes en cause n'ont pas fait partie de l'actif du Fonds. Ces deux affirmations se trouveraient, en effet, contredites par les pièces nos 10 à 19 (farde I) de la partie intimée. Elle explique que la souscription correspond à un contrat de vente, par lequel le souscripteur s'engage à verser le prix et la société (en l'occurrence, le Fonds de titrisation) à délivrer les titres correspondants. En application de l'article 1583 du code civil, la souscription était parfaite, de sorte que **SOC2.)** aurait dû requérir la résolution des contrats de souscription avant d'obtenir la restitution du montant des souscriptions concernées. Même à supposer que la souscription n'ait pas été parfaite entre **SOC2.)** et le Fonds de titrisation, il appartiendrait, en tout état de cause, au seul Fonds de titrisation de rembourser les montants des souscriptions non honorées.

L'intimée **SOC2.)** répond que l'article 2 du règlement de gestion précise que la « société de gestion sera le fiduciaire du ou des compartiments en application de la loi sur la titrisation et de la loi sur le trust et la fiducie ; les porteurs de parts seront les fiduciaires » ; la nature juridique de la relation entre la société de gestion et les investisseurs du fonds de titrisation géré par cette société de gestion serait, par conséquent, basée sur la fiducie. Conformément à l'article 6 de la loi du 27 juillet 2003 sur le trust et les contrats fiduciaires, le patrimoine fiduciaire est distinct du patrimoine personnel du fiduciaire, comme tout autre patrimoine fiduciaire avec les conséquences telles qu'énumérées par ledit article. Incidemment, **SOC2.)** fait observer que, faute d'avoir obtenu des explications et preuves contraires, l'examen du bilan de **SOC1.)** MANAGEMENT pour l'exercice de 2011 ne lui permettrait pas de discerner le patrimoine personnel et le patrimoine fiduciaire de la société appelante. Elle reconnaît cependant que les fonds des investisseurs dans le Fonds **FDS1.)** ont été virés sur un compte ouvert au nom de **SOC1.)** MANAGEMENT en tant que société de gestion du Fonds **FDS1.)**.

Concernant la liquidation du fiduciaire, à savoir la société de gestion **SOC1.)** MANAGEMENT, **SOC2.)** fait valoir qu'elle causerait nécessairement la fin du contrat de fiducie, par combinaison de l'article 7, paragraphe 1^{er} de la loi du 27 juillet 2003 sur le trust et les contrats fiduciaires et de l'article 2003 du code civil ; avec la fin de la fiducie, l'actif fiduciaire devrait être restitué au fiduciaire. Elle soutient encore que la liquidation de la société de gestion entraînerait ipso jure la liquidation du fonds de titrisation géré par la société de gestion en liquidation. La mise en liquidation d'un fiduciaire s'étendrait à l'ensemble de son ou ses patrimoines, y compris les patrimoines détenus à titre fiduciaire.

SOC2.) conclut que ce serait à juste titre, et de façon claire, que les premiers juges ont condamné **SOC1.)** MANAGEMENT sur les fonds qui relevaient du patrimoine fiduciaire et non pas de son patrimoine propre. Concernant les versements effectués après le 14 janvier 2010, le tribunal ayant considéré

que ces sommes n'étaient pas encore investies dans le patrimoine du Fonds puisque l'émission des parts du Fonds en contrepartie de ces versements n'avait pas eu lieu, ces montants devraient, par conséquent, être retournés à **SOC2.**)

La clôture de l'instruction a été ordonnée le 22 avril 2015. Il convient de noter, enfin, que par jugement du 14 juillet 2015, communiqué en cause par le liquidateur judiciaire le 26 octobre 2015, et par rapport auquel le mandataire de **SOC2.)** n'a pas entendu prendre position sur question de la Cour à l'audience du 28 octobre 2015, le Fonds a été déclaré en état de liquidation par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

Le Fonds a été liquidé avec effet au 19 février 2014, soit deux mois après la décision de mise en liquidation de sa société de gestion. Cette décision a été prise par le tribunal par application analogique de la loi du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif, eu égard à l'existence d'une lacune dans la loi du 22 mars 2004 relative à la titrisation quant aux effets de la mise en liquidation, non suivie de son remplacement dans les deux mois, de la société de gestion d'un fonds de titrisation. Le jugement de liquidation du Fonds, qui n'a pas fait l'objet d'une voie de recours, est opposable erga omnes. Il répond à l'une des questions débattues dans leurs conclusions par les parties au présent litige, à savoir celle des effets de la liquidation de **SOC1.)** MANAGEMENT sur le fonds de titrisation **FDS1.)**. La Cour retiendra, par conséquent, qu'avec effet au 19 février 2014, le fonds de titrisation est lui-même en liquidation.

Les questions suivantes restent à résoudre par la Cour :

En premier lieu, il s'agit de savoir en quelle qualité **SOC1.)** MANAGEMENT a été assignée.

La Cour reconnaît que le jugement de première instance n'est pas parfaitement explicite à cet égard, la raison en étant qu'en première instance, les parties n'avaient pas expressément développé la nature fiduciaire du régime auquel est soumis le fonds de titrisation **FDS1.)**. Elle constate, cependant, qu'en instance d'appel les deux parties sont d'accord sur le fait que les actifs confiés au Fonds (qui est dépourvu de personnalité juridique) par les investisseurs, dont **SOC2.)**, le sont à titre fiduciaire, le rôle du propriétaire fiduciaire des actifs étant assumé par la société de gestion. Par conséquent, la restitution de ces avoirs en exécution du contrat fiduciaire ne peut pas être ordonnée contre la société de gestion sur son patrimoine personnel, mais uniquement contre la société de gestion en qualité de fiduciaire et sur le patrimoine fiduciaire concerné.

Le différend entre les parties porte sur la question de savoir si le tribunal d'arrondissement a respecté cette règle, en condamnant **SOC1.)**

MANAGEMENT à restituer à **SOC2.)** la somme de 1.217.000.- EUR. Pour **SOC2.)**, tel aurait été « clairement » le cas, alors que selon le liquidateur judiciaire, le tribunal aurait confondu les obligations personnelles de **SOC1.)** MANAGEMENT et ses obligations à titre fiduciaire. Le tribunal n'a, en fait, pas eu à trancher cette question faute de conclusions des parties portant sur ce point.

La Cour, quant à elle, rappelle que **SOC1.)** MANAGEMENT avait été assignée par **SOC2.)** « en qualité de société de gestion du fonds de titrisation à compartiments multiples **FDS1.)** et des compartiments et sous-compartiments du fonds **FDS1.)** » - ce qui, compte tenu du régime fiduciaire sur lequel est organisé le fonds **FDS1.)**, doit s'entendre d'une assignation en qualité de fiduciaire. Par conséquent, et dans la mesure où la condamnation intervenue en première instance serait jugée justifiée, elle devrait elle-même être réputée intervenue contre **SOC1.)** MANAGEMENT sur son patrimoine fiduciaire, conformément aux conclusions concordantes des parties.

En deuxième lieu, il s'agit de vérifier si la question des fautes qu'aurait commises **SOC1.)** MANAGEMENT est pertinente. Accessoirement, se pose dans ce contexte la question de la communication au ministère public du dossier réclamée par l'appelante.

A cet égard, la réponse est négative. Le seul objet du litige tel qu'il subsiste devant la Cour est le bienfondé de la condamnation de **SOC1.)** MANAGEMENT à la restitution, sur son patrimoine fiduciaire, de la somme de 1.217.000.- EUR. La condamnation afférente, prononcée par le tribunal, est motivée exclusivement par le fait que pour ce qui est de cette somme, les ordres de souscription postérieurs au 14 janvier 2010 n'auraient pas pu être exécutés puisque, à défaut de détermination de la valeur nette d'inventaire, aucune attribution de titres n'aurait eu lieu. Les conclusions des parties devant la Cour portent exclusivement sur le bienfondé de cette conclusion juridique. Or, les raisons du défaut de détermination de la valeur nette d'inventaire, qu'elle soit imputable à la faute de **SOC1.)** MANAGEMENT (comme le soutient **SOC2.)**) ou à des circonstances indépendantes de la volonté de **SOC1.)** MANAGEMENT revêtant même à son égard les caractéristiques de la force majeure (selon l'acte d'appel) sont indifférentes à la constatation de l'existence d'un défaut de détermination de la valeur nette d'inventaire. Il s'ensuit que la motivation du jugement relative aux fautes commises par **SOC1.)** MANAGEMENT est en réalité une motivation surabondante. La Cour n'a dès lors pas à se prononcer sur la question des fautes qui auraient été commises.

Pour la même raison, il n'y a pas lieu d'ordonner la communication du dossier au ministère public, la Cour étant à même de juger les questions de droit qui se posent sans que la communication soit nécessaire.

En troisième lieu, il s'agira d'examiner si c'est à juste titre que le tribunal a estimé que dans les circonstances de l'espèce « l'ordre de souscription n'ayant pas été exécuté et les sommes en cause n'ayant pas encore fait partie de l'actif du fonds, la requérante est en droit d'en obtenir le remboursement ».

Pour obtenir la réformation du jugement, le liquidateur fait valoir qu'il est inexact que les sommes investies par **SOC2.)** ne feraient pas encore partie de l'actif du fonds ; il fait observer dans ce contexte que les sommes ont été versées sur un compte ouvert par **SOC1.) MANAGEMENT** pour le compte du Fonds de titrisation (ce fait n'a pas été contesté par **SOC2.)**).

Par ailleurs, le liquidateur fait valoir que les sommes ont été versées en vertu de bulletins de souscription signés par les représentants de **SOC2.)**, et que la souscription serait analogue à un contrat de vente « *par lequel le souscripteur s'engage à verser le prix et la société à délivrer les titres correspondants* ». Par analogie de l'article 1583 du code civil, la souscription serait à considérer comme parfaite dès lors qu'on « est convenu de la chose et du prix », indépendamment de la non-délivrance des titres correspondants à la souscription.

Cette analyse est contestée par **SOC2.)**, qui fait valoir qu'en l'espèce « *la chose, objet du contrat (nombre de parts souscrites), n'est ni déterminée, ni déterminable encore à ce jour, à défaut de détermination de la valeur nette d'inventaire, l'offre que constitue le bon de souscription accompagné du virement du montant que l'investisseur a voulu investir, n'a pas pu aboutir à la perfection d'un contrat* ».

La nature juridique d'une souscription (d'actions d'une société anonyme ou, comme en l'espèce, de parts d'un fonds de titrisation) a été analysée par la doctrine de deux manières, dont les résultats pratiques se rejoignent (cf. Jcl. sociétés, fasc. 114-10, no 6 ss., « Nature juridique de l'acte de souscription »). La première thèse est la thèse contractuelle à laquelle adhèrent les deux parties au présent litige. Selon une deuxième thèse, la souscription serait un engagement unilatéral pris par le souscripteur et sanctionné par le droit. Les deux thèses se rejoignent en reconnaissant que c'est la souscription qui rend les obligations des parties parfaites : selon la thèse contractuelle, le bon de souscription ne constitue pas (comme le soutient **SOC2.)**) l'offre de contracter, mais l'acceptation de l'offre de contrat préalable par le souscripteur, ce qui forme le contrat (ibid., no 7). De même, selon la théorie de l'engagement unilatéral, la souscription correspond à une déclaration de volonté du souscripteur, et la remise de cet engagement individuel à l'autre partie rend cet engagement irrévocable (ibid., no 13).

Encore faut-il, bien entendu, que les parts souscrites soient identifiables. Or, le règlement de gestion du Fonds **FDS1.)** contient un mécanisme de

détermination du nombre des parts souscrites dans son article 7, qui repose sur l'idée que dès lors que la souscription a été faite, et que le paiement correspondant a été reçu, la société de gestion détermine le nombre de parts revenant au souscripteur, en « divisant le montant versé par la valeur nette d'inventaire du compartiment concerné calculée le dernier jour ouvrable du mois durant lequel la réception du paiement aura été constatée par la société de gestion ». La valeur nette d'inventaire est une notion objective et déterminable, même si en l'espèce sa détermination effective est retardée de manière anormale du fait de l'indisponibilité de la comptabilité du Fonds. Ce problème n'enlève cependant pas sa déterminabilité à la valeur nette d'inventaire, dont il faut supposer au demeurant que le liquidateur la fera calculer dès que ce sera possible.

Dès lors, en signant le bulletin de souscription et en versant les montants correspondants à la société de gestion, **SOC2.)** a effectivement souscrit à des parts du Fonds et a contribué le montant de 1.217.000.- EUR à l'actif du Fonds. C'est à tort, par conséquent, que le tribunal a jugé que la souscription n'avait pas encore eu lieu pour ce montant et en a déduit que le montant était sujet à restitution. Le jugement doit, par conséquent, être réformé.

La Cour entend préciser que la réformation de la condamnation à la restitution de la somme de 1.217.000.- EUR ne signifie pas que **SOC2.)** n'aurait aucun droit à faire valoir dans le cadre de la liquidation du Fonds **FDS1.)**. Au contraire, elle est en droit de présenter une demande de rachat au Fonds pour l'intégralité des sommes qu'elle y a investies et de participer ainsi à la distribution des actifs du Fonds qui incombe au liquidateur.

Ayant succombé dans ses prétentions, **SOC2.)** est à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile pour l'instance d'appel.

L'équité ne commande pas de faire droit à la demande, formulée sur cette même base, de **SOC1.)** MANAGEMENT. Au vu de la décision de réformation à intervenir, **SOC1.)** MANAGEMENT sera déchargée de la condamnation au paiement d'une indemnité de procédure intervenue en première instance.

PAR CES MOTIFS

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

dit l'appel recevable et fondé ;

réformant,

dit la demande de la société anonyme **SOC2.)** non fondée,

décharge la société anonyme **SOC1.)** MANAGEMENT de toutes les condamnations prononcées contre elle,

rejette les demandes en allocation d'indemnités de procédure pour l'instance d'appel,

condamne la société anonyme **SOC2.)** aux dépens des deux instances avec distraction pour les dépens d'appel au profit de Maître François KREMER sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Eliane EICHER, président de chambre, en présence du greffier Cornelia SCHMIT.