

Texte pseudonymisé

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

Arrêt N° 7/24 - IX – COM

Audience publique du onze janvier deux mille vingt-quatre

Numéro CAL-2020-00758 du rôle

Composition:

Carole KERSCHEN, président de chambre,
Danielle POLETTI, premier conseiller,
Stéphane PISANI, conseiller,
Gilles SCHUMACHER, greffier.

E n t r e :

la société de droit italien **SOCIETE1.)**, anciennement SOCIETE1.) SpA, établie et ayant son siège social en Italie, IT-ADRESSE1.), inscrite au « *Registro delle Imprese* » de Bari sous le numéro NUMERO1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par son organe de gestion actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette du 12 août 2020,

comparant par Maître Marianne GOEBEL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

- 1) la société en commandite par action qualifiée de société d'investissement à capital variable-fonds d'investissement spécialisé de droit luxembourgeois **SOCIETE2.) SCA SICAV SIF**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.), représentée par la société à responsabilité limitée SOCIETE3.) SARL, établie et ayant son siège social à

L-ADRESSE3.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO3.), représentée par son organe de gestion actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prêt exploit GLODEN du 12 août 2020,

comparant par la société en commandite simple BONN STEICHEN & PARTNERS, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée aux fins des présentes par Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

- 2) la société anonyme de droit français **SOCIETE4.**), établie et ayant son siège social à F-ADRESSE4.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Paris sous le numéro NUMERO4.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, agissant par sa succursale luxembourgeoise SOCIETE4.), Luxembourg Branch, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO5.), représentée par ses représentants permanents actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prêt exploit GLODEN du 12 août 2020,

comparant par la société anonyme ELVINGER HOSS PRUSSEN, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée aux fins des présentes par Maître Philippe HOSS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

L A C O U R D ' A P P E L :

Suivant acte d'huissier du 12 août 2020, la société de droit italien SOCIETE1.) SpA in amministrazione straordinaria, société anonyme (ci-après « SOCIETE1.) ») a interjeté appel d'un jugement commercial rendu contradictoirement en date du 6 mars 2020 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, entre la société en commandite par action qualifiée de société d'investissement à capital variable-fonds d'investissement spécialisé de droit luxembourgeois SOCIETE2.) SCA SICAV SIF (ci-après « SOCIETE2.) ») et SOCIETE1.) dans le rôle « TAL-2019-03857 » et entre la société anonyme de droit français SOCIETE4.) (ci-après « SOCIETE4.) ») et SOCIETE1.) dans le rôle « TAL-2019-07974 », qui a décidé ce qui suit, après avoir joint les deux rôles :

- reçoit les demandes principale et en intervention en la forme,
- dit la demande principale partiellement fondée,
- condamne SOCIETE1.) à payer SOCIETE2.) le montant de 51.499.999,95 euros avec les intérêts légaux à partir du jugement jusqu'à solde,

- dit la demande de SOCIETE2.) sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile fondée à hauteur de 1.500.- euros,
- condamne SOCIETE1.) à payer à SOCIETE2.) le montant de 1.500.- euros sur cette base,
- dit la demande principale non fondée pour le surplus,
- dit la demande de SOCIETE1.) sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile non fondée et en déboute,
- dit qu'il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire sans caution du jugement,
- condamne SOCIETE1.) à tous les frais de l'instance.

Pour statuer ainsi, le tribunal a retenu d'emblée les faits suivants comme constants : « SOCIETE2.) est une société d'investissement à capital variable enregistrée au Grand-Duché de Luxembourg sur la liste officielle des fonds d'investissement spécialisés en vertu de la loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissements spécialisés (ci-après « la Loi de 2007 »). Elle a pour objet d'investir ses actifs dans des titres et autres instruments autorisés par la Loi de 2007. Elle est soumise à l'autorité et au contrôle de la Commission de Surveillance du Secteur Financier (ci-après « CSSF »).

La fonction d'agent teneur de registre et d'agent de transferts en charge de recevoir les demandes de souscription relatives aux actions des différents compartiments de SOCIETE2.) de la part de l'investisseur a été confiée à la succursale luxembourgeoise de la société anonyme de droit français SOCIETE4.), à savoir SOCIETE4.), Luxembourg Branch (SOCIETE4.)).

En 2018, SOCIETE2.) a créé un nouveau compartiment dénommé SOCIETE5.) (ci-après « le Compartiment SOCIETE5. ») dont les actions ont été offertes à la souscription dans le cadre d'un « Private Placement Memorandum » du 21 décembre 2017.

Le 24 janvier 2019, SOCIETE1.) a transmis à SOCIETE4.) un formulaire de souscription à des actions du Compartiment SOCIETE5.) pour un montant global de 51.499.999,95 euros.

Le 30 janvier 2019, SOCIETE4.), en sa qualité d'agent de transfert, a émis une « Contract Note » en faveur de SOCIETE1.) confirmant la souscription à 678.077,68200 actions du Compartiment SOCIETE5.), avec une valeur nette d'inventaire par action de 75,95 euros, et la précision que le règlement du prix de souscription auprès de SOCIETE4.) devait être effectué au plus tard le 1^{er} février 2019, « settlement date ».

Le tribunal décrit ensuite les prétentions et moyens des parties, desquels il faut retenir que SOCIETE2.) demande la condamnation de SOCIETE1.) au paiement de la somme de 51.599.999,95 euros, principalement sur base contractuelle et subsidiairement délictuelle, ainsi qu'à la somme de 50.000.- euros au titre de dommages et intérêts pour les frais d'avocats, tout comme de la somme de 5.000.- euros à titre d'indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Au vu des moyens soulevés, le tribunal a, dans un premier temps, apprécié qu'il était territorialement compétent pour connaître du litige, sur base l'article 7.1 1)a) du règlement UE n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après le « Règlement de 2012 »), retenant que le litige relève de la matière contractuelle, que l'engagement pris par le souscripteur devient irrévocable par la transmission de l'acte de souscription aux fondateurs ou, comme en l'espèce, à l'agent de transfert, que les dettes résultant d'un tel engagement « *d'apport en société* » sont portables et non transférables, que l'obligation d'apporter s'exécute au siège de la société concernée, à savoir SOCIETE2.), ayant son siège au Luxembourg.

Dans un deuxième temps, le tribunal n'a pas retenu l'exception de libellé obscur soulevée par SOCIETE1.), cette dernière ayant pu utilement préparer sa défense, au vu du contenu de l'acte d'appel pris dans son intégralité.

Quant à la recevabilité de l'assignation en intervention et la demande en jonction, le tribunal l'a dite recevable et a prononcé la jonction du rôle principal et du rôle d'intervention, pour y statuer par un seul et même jugement.

Finalement, quant au fond, le tribunal a décidé que « *le souscripteur devient associé du fait de sa souscription donc même avant la libération de son apport* » et que SOCIETE1.) est devenue débitrice de SOCIETE4.) par l'acceptation de cette dernière du « *contrat note* » émise le 30 janvier 2019 : dès ce moment, SOCIETE1.) avait la qualité de porteur de parts.

Le jugement entrepris a encore : (i) rejeté les développements concernant un transfert de propriété des parts vers SOCIETE4.), SOCIETE4.) ne les ayant jamais revendiquées et les parts émises figurent au registre des actionnaires du Compartiment SOCIETE5.) au nom de SOCIETE1.) : (ii) qualifié de non pertinent la communication de pièces relatives au contrat de gage et à l'exercice de ce gage par SOCIETE4.) : (iii) dit que c'est à juste titre que les parts souscrites par SOCIETE1.) n'ont pas fait l'objet d'un rachat, par application de l'article « 4.8 » des « *depository, paying agency and domiciliary agreements* » et du courrier de SOCIETE4.) à SOCIETE2.) du 7 février 2019 tout comme de la résolution circulaire du conseil d'administration de SOCIETE2.) du 12 février 2019, aux termes desquels le calcul de la valeur nette d'inventaire (ci-après « VNI ») du Compartiment SOCIETE5.) a été suspendu et SOCIETE4.) ne pouvait plus faire droit à aucun ordre en relation avec ces parts. Tout cela a été fait en conformité de l'article « 17 » du prospectus : SOCIETE4.) était dans l'impossibilité de procéder à la « *compulsory redemption* » des parts souscrites par SOCIETE1.). Le tribunal en a ainsi conclu que la demande de SOCIETE2.) en exécution forcée du contrat est fondée à hauteur du prix de souscription, soit 51.999.999,95 euros, augmenté des intérêts légaux depuis le jour du prononcé du jugement.

Faute de précision quant aux autres chefs de la demande de SOCIETE2.), ces derniers ont été déboutés, sauf la demande en obtention d'une indemnité de procédure.

Dans son **acte d'appel** du 12 août 2020, SOCIETE1.) reproche au prédit jugement de s'être arrêté à l'exposé « *simpliste* » des faits de SOCIETE2.), de ne pas avoir tenu compte de la chronologie des faits, qu'elle reprend en détail, pour conclure que SOCIETE2.) et SOCIETE4.) ont dissimulé à SOCIETE1.) des éléments déterminants sur le capital social et la mauvaise santé financière de SOCIETE2.), qui aurait dû conduire au déclenchement de la procédure de liquidation de SOCIETE2.). A la place, « *la structure de l'opération projetée par SOCIETE2.) en direction de SOCIETE1.) était circulaire : SOCIETE2.) projetait de voir SOCIETE1.) investir 51 millions en participant à son capital social, ceci afin que SOCIETE2.) investisse dans les activités des sociétés contrôlées par M. PERSONNE1.), lequel aurait alors disposé des liquidités suffisantes pour prêter 30 millions d'euros à SOCIETE1.), par l'intermédiaire de SOCIETE6.)* ». SOCIETE1.) explique que la société maltaise SOCIETE6.) Ltd (ci-après « SOCIETE6.) ») est contrôlée par un homme d'affaire italien peu scrupuleux, PERSONNE2.). Elle ajoute que la Cash Advance de la part de SOCIETE4.) à SOCIETE2.) n'aurait pas trouvé son origine dans son défaut de paiement parce que cette avance aurait été libérée avant la date de « *deadline* » pour procéder au paiement, en violation des stipulations contractuelles convenues entre parties. De plus, SOCIETE2.) aurait décidé de suspendre la VNI le 12 février 2019, soit postérieurement au paiement de la Cash Advance (29 janvier 2019).

En droit, SOCIETE1.) se rapporte d'abord à la sagesse de la Cour quant à la compétence territoriale des juridictions luxembourgeoises pour connaître du litige. Elle reproche ensuite aux juges de premier degré d'avoir fait prévaloir le droit commun aux dispositions de « l'Issuing Document », qui aurait subordonné la délivrance des parts sociales au paiement complet du prix. Le droit commun devrait céder au droit spécial édité par le Fonds (SOCIETE2.) lui-même. Ainsi, l'offre de souscription signée sous condition explicite du paiement du prix par le souscripteur, avant que les titres ne soient émis, ne vaut pas conclusion de contrat de souscription sous condition, au sens du droit commun, mais simplement absence de consentement, faute de consentement : la formation du contrat s'en trouverait retardée. En l'occurrence aucun contrat n'aurait été formé, faute de confirmation par paiement de SOCIETE1.) : aucune créance n'aurait pu naître.

A titre subsidiaire, SOCIETE1.) fait plaider la nullité du contrat de souscription, pour cause de dol. Il y aurait eu réticence dolosive de la part de SOCIETE2.) sur de nombreuses informations, de sorte qu'il faudrait annuler ce contrat sur base de l'article 1116 du Code civil. A titre plus subsidiaire, SOCIETE1.) requiert la production forcée par SOCIETE2.) de son rapport annuel relatif à l'exercice 2019, sur base de l'article 288 du Nouveau Code de procédure civile.

Quant à la demande de SOCIETE4.), SOCIETE1.) sollicite, « par voie incidente » la condamnation de SOCIETE4.) à lui payer la somme de 51.499.999,95 euros, soit le montant de la souscription, parce qu'aucun pris ne serait dû par SOCIETE1.) à SOCIETE2.), si SOCIETE4.) avait scrupuleusement respecté les termes de l'Issuing Document de SOCIETE2.) et ceux du Contrat de dépositaire, ainsi que l'article 37 de la Loi de 2007.

SOCIETE1.) conclut finalement au débouté de la demande de SOCIETE2.) en obtention d'une indemnité de procédure et requiert une telle indemnité à l'encontre de SOCIETE2.), sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, à hauteur de 1.500.- euros pour le première instance et 5.000.- euros pour l'instance d'appel.

Discussion

SOCIETE2.) résiste à cet appel en rappelant les faits à la base du présent litige, en précisant que tous les arguments actuellement soulevés par SOCIETE1.) en lien avec ses raisons de ne pas avoir payé le montant de 51.499.999,95 euros ont eu lieu en 2020, voire 2021, soit après la Settlement Date : de plus, tous les investissements réalisés par SOCIETE2.) (les obligations SOCIETE8.) et SOCIETE9.)) se sont avérés depuis tout à fait liquides ou à haut rendement, contrairement aux dires de SOCIETE1.).

En droit, SOCIETE2.), après s'être rapportée à prudence de justice quant à la recevabilité de l'appel, indique qu'elle ne conclut plus à l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises mais qu'elle se rapporte à la sagesse de la Cour sur ce point, tout en demandant à la Cour de confirmer le jugement entrepris sur ce point. Elle précise néanmoins que tel serait le cas, que ce soit au regard (i) de sa demande basée sur la responsabilité contractuelle (article 7. 1) a) du règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après « le Règlement Bruxelles I bis »), le litige se mouvant en matière contractuelle, l'obligation principale établissant cette compétence et le lieu d'exécution de l'obligation étant au Luxembourg, que (ii) de sa demande basée sur la responsabilité délictuelle, le fait dommageable s'étant produit au Luxembourg.

Quant au fond, SOCIETE2.) conclut à la confirmation pure et simple du jugement a quo, tout en répondant comme suit aux moyens soulevés par SOCIETE1.):

- concernant la prétendue absence de formation de contrat de souscription : SOCIETE1.) s'appuierait à tort sur la loi du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectifs. Seule la loi du 13 février 2017 relative aux fonds d'investissement spécialisés s'appliquerait à SOCIETE2.).
- concernant la prétendue nullité du contrat de souscription : cet argument aurait été soulevé pour la première fois en instance d'appel et il serait contesté : les éléments du dol s'apprécieraient au moment de la conclusion et non ex post, SOCIETE1.) serait un investisseur averti, la demande en production de pièces serait sans intérêt.
- concernant la prétendue faute commise par SOCIETE4.): il s'agirait d'une demande nouvelle formulée en appel, qui serait à déclarer irrecevable en tant que telle.
SOCIETE2.) interjette appel incident pour obtenir, par réformation du jugement entrepris, le paiement de la somme de 50.000.- euros à titre de dommages intérêts correspondant au montant des frais déboursés à titre d'honoraires d'avocat.

SOCIETE2.) demande la confirmation du jugement en ce qu'il lui a octroyé une indemnité de procédure de 1.500.- euros pour la première instance : il en demande une à hauteur de 5.000.- euros pour l'instance d'appel, de la part de SOCIETE1.).

SOCIETE4.) donne sa version des faits, précisant surtout les dates suivantes :

- 24 janvier 2019 : SOCIETE1.) transmet à SOCIETE4.) le formulaire de souscriptions aux actions du compartiment SOCIETE5.) de SOCIETE2.) pour un montant de 51.499.999,95 euros,
- 29 janvier 2019 : jour de la VNI de SOCIETE2.) : le nombre d'actions à souscrire par SOCIETE1.) est calculé (« Valuation Day »),
- 30 janvier 2019 SOCIETE4.) émet à SOCIETE1.) une note contractuelle (« Contract Note ») confirmant l'acceptation de sa souscription et précisant que le paiement était à effectuer pour le 1^{er} février 2019 au plus tard (3 jours après VNI).
- 1^{er} février 2019 : en application du contrat de dépositaire, d'agent payeur et de domiciliation (« contractuel settlement »), couverture du découvert encouru par SOCIETE2.) via une « Cash Advance ».
- 12 février 2019 : SOCIETE2.) suspend le calcul de la VNI et des souscriptions, rachats et conversions.

SOCIETE4.) précise de même qu'actuellement, depuis le 30 septembre 2021, elle n'a plus de créance à l'égard de SOCIETE2.), qui a remboursé la Cash Advance suite au remboursement des obligations SOCIETE9.).

En droit, SOCIETE4.) conclut principalement, malgré le fait que SOCIETE1.) se soit rapportée à « la sagesse de la Cour » en ce qui concerne la compétence territoriale, à la confirmation du jugement a quo sur ce point et subsidiairement à la compétence des juridictions luxembourgeoises, tant quant à la demande de SOCIETE2.) basée sur la responsabilité contractuelle (application de l'article 7(1) du règlement (UE) 1215/2012 du 12 décembre 2012 (Règlement Bruxelles I bis) et de l'article 4 §2 du règlement (CE) N° 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 (SOCIETE10.)) que sur la responsabilité délictuelle (article 7 (2) du Règlement Bruxelles I bis.

Quant à l'obligation de paiement du prix de souscription, SOCIETE4.) requiert la confirmation du jugement a quo, par adoption des motifs. Elle ajoute qu'il y aurait eu formation du contrat de souscription par l'acceptation de la souscription le 30 janvier 2019 : dès ce moment il y aurait eu émission juridique des parts, qu'il ne faudrait pas confondre avec l'émission matérielle, seule liée au paiement.

Quant à la validité du contrat de souscription, SOCIETE4.), après avoir énoncé qu'elle ne pouvait pas prendre position stricto sensu sur ce reproche de dol, elle donne toutefois à considérer que le vice du consentement serait à examiner dans l'organe de gestion de la SOCIETE1.) tel que composé à l'époque des faits : la nouvelle direction de SOCIETE1.) en serait les représentants actuels, qui devraient se voir opposer les actes et décisions de

l'ancien management. SOCIETE4.) conteste aussi les allégations fallacieuses concernant la capacité financière de SOCIETE2.) en 2019, de l'absence d'autres investisseurs et de l'acquisition de titres illiquides. De plus, ces moyens n'auraient jamais été avancés avant l'acte d'appel.

Finalement et quant à sa prétendue faute, SOCIETE4.) demande le rejet de cette demande, formulée pour la première fois en instance d'appel : il s'agirait clairement d'une action en garantie et non d'une défense à l'action principale. Ce faisant, SOCIETE1.) tenterait de mettre à charge de SOCIETE4.) des obligations qu'elle n'aurait pas en sa qualité de banque dépositaire de SOCIETE2.), alors que SOCIETE4.) n'aurait commis aucune faute.

A supposer que l'émission matérielle des actions par SOCIETE4.) serait constitutive d'une faute, quod non, il n'y aurait aucun lien de causalité entre cette prétendue faute et le « *dommage* » subi par SOCIETE1.), puisque la cause du paiement serait l'émission juridique et non pas l'émission matérielle des parts.

SOCIETE4.) réclame à SOCIETE1.), sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, une indemnité de procédure de 5.000.- euros pour l'instance d'appel ainsi que sa condamnation aux frais et dépens de l'instance.

Par ces conclusions récapitulatives déposées au greffe de la Cour en date du 19 octobre 2022, **SOCIETE1.)** a voulu répliquer comme suit : SOCIETE1.) revient plus qu'exhaustivement sur sa version des faits et les liens entre SOCIETE2.) et les sociétés de l'homme d'affaires italien SOCIETE11.), voire lui-même. En droit, SOCIETE1.) continue à se rapporter à la sagesse de la Cour quant à la compétence territoriale des juridictions luxembourgeoises.

Pour la défense de SOCIETE2.) et SOCIETE4.) opposée à SOCIETE1.) sur l'absence de formation du contrat de souscription, SOCIETE1.) admet que la distinction faite entre « émission juridique » et « émission matérielle » des parts est « *indiscutablement séduisante* », mais qu'elle ne résiste pas aux stipulations du règlement d'émission de SOCIETE2.), lesquelles devraient primer et qui ne ferait aucune distinction entre « *subscription* » et « *issuance* ». Au contraire, le paiement du prix des parts y figurerait comme condition de leur émission et pas uniquement de leur délivrance au souscripteur. De plus, selon ce règlement, l'inscription au registre des actionnaires de SOCIETE2.) concrétiserait l'émission matérielle : en l'espèce, SOCIETE1.) aurait été inscrite audit registre, en violation de l'article 28§3 et 8 de la loi de 2010 sur les SICAV. SOCIETE1.) conclut que les actions de SOCIETE2.) ne pourraient exister sans le paiement intégral du prix de souscription. Emission et paiement seraient deux éléments indissociables.

Quant à la question de la nullité du contrat de souscription, SOCIETE1.) insiste sur le fait que SOCIETE2.) devait lui fournir des informations exactes, quelle que soit sa qualité d'investisseur, professionnel ou profane. Elle souligne encore que les investissements réalisés auraient été en contradiction avec le document d'émission, prévoyant des investissements prudents.

Quant à sa demande contre SOCIETE4.), SOCIETE1.) conteste qu'il s'agisse d'une demande nouvelle : cette demande en garantie de SOCIETE1.) en instance d'appel constituerait une défense à l'action principale, dont elle serait la suite et la conséquence. Cette demande serait recevable.

Concernant le fond de cette demande, SOCIETE1.) continue à affirmer que l'action en responsabilité délictuelle de SOCIETE4.) est justifiée, par application de toutes les dispositions du « *Depositary, Paying Agency and Domiciliary Agreement* » entre SOCIETE4.) et SOCIETE2.), contrat duquel elle pourrait se prévaloir, même en tant que tiers audit contrat.

L'instruction a été clôturée par ordonnance du 25 mai 2023. Par avis de fixation du 5 juillet 2023, les débats ont été fixés à l'audience du 18 octobre 2023, à laquelle le magistrat de la mise en état a donné lecture de son rapport et les parties ont été entendues en leurs conclusions. L'affaire y a été prise en délibéré.

Appréciation de la Cour

Pour une meilleure compréhension du litige, il convient de renvoyer à la version des faits telle que reprise dans le jugement du 6 mars 2020, en expliquant toutefois que la genèse de la présente procédure réside d'une part dans l'assignation du 5 avril 2019, par laquelle SOCIETE2.) a donné assignation à SOCIETE1.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg siégeant en matière commerciale, pour condamner SOCIETE1.), (i) à titre principal, au paiement de la somme de 51.499.999,95 euros sur base contractuelle, ainsi qu'aux pertes relatives à la suspension des activités de SOCIETE2.) et des coûts et frais s'y rapportant, ces deux derniers postes étant à évaluer en cours d'instance, (ii) à titre subsidiaire, au paiement des même montants, sur la base délictuelle, (iii) en tout état de cause, à des dommages et intérêts à hauteur de 50.000.- euros pour les frais d'avocat et à une indemnité de procédure de 50.000.- euros au vœu de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

D'autre part, dans l'assignation en intervention du 26 août 2019, suivant laquelle SOCIETE4.) a fait donner assignation à SOCIETE1.) et à SOCIETE2.) pour voir déclarer son intervention volontaire recevable.

La Cour se permet d'emblée de dire que si les longs développements en fait de SOCIETE1.) colorent sans doute le litige, ces derniers sont majoritairement constitués d'allégations autour d'un homme d'affaire italien, décrit comme peu scrupuleux, et des sociétés qui appartiendraient à ce dernier. Il n'en demeure pas moins que la Cour est saisie de questions en lien avec une opération commerciale, auxquelles le tribunal, statuant en matière commerciale, a apporté des réponses. Dans cette lignée et faute de preuve qu'un litige en lien avec ces faits serait actuellement pendant au pénal, la Cour se limite à statuer en appel du jugement entrepris, en prenant compte des arguments en droit de toutes les parties en cause.

Il ressort des pièces à la disposition de la Cour que :

- l'« Issuing Document » de SOCIETE2.) date du 21 décembre 2017 et il comprend une « Special Section I à propos de SOCIETE5.) » ;
- le 24 janvier 2019, la SOCIETE1.) a rempli et transmis à SOCIETE4.) à 13.09 heures, tant l'« Application Form » que le « Subscription Form » concernant l'acquisition de parts dans le fond SOCIETE2.), à concurrence de 51.500.000.- euros. Il y est stipulé que SOCIETE1.) intervient comme « institutional investor », à savoir comme « credit institution ». Ces formulaires ont été signés par PERSONNE3.), en sa qualité de « direttore generale » ;
- suivant « Contract Note » du 30 janvier 2019, la « NAV date – Net Asset Value », encore appelée « Valuation Day » du 29 janvier 2019, a arrêté que suite à une souscription initiale de 51.500.000.- euros, la valeur net d'inventaire de l'action est de 75,95 euros et que 678.077,68200 actions donnent ainsi un montant total brut de 51.499.999,95 euros. Cette « Contract Note » a été établie par SOCIETE4.) pour le compte de SOCIETE1.), suite à sa souscription dans SOCIETE12.) – SOCIETE5.) et de la réception de son ordre du 24 janvier 2019 à 13.09 heures. La « Settlement Date » ou date de règlement y fut fixée au « 01/02/2019 » ;
- suivant capture d'écran du 1^{er} février 2019 à 8.55 heures, SOCIETE4.) a procédé à la « Cash Advance » à hauteur de 51.499.999,95 euros pour « SOCIETE13.) », ce qui est confirmé par extrait du compte de SOCIETE2.) auprès de SOCIETE4.) du 11 juin 2019, comprenant tant ladite « Cash Advance » que l'achat de titres ;
- par mails des 4, 5 et 7 février 2019 de SOCIETE4.) à SOCIETE1.), le paiement de la somme de 51.499.999,95 euros est réclamé sans délai, avec la mention du retard du paiement, du fait que le Fond se réserve le droit de réclamer le remboursement de toute perte subie du fait d'un paiement hors délai ou incomplet de la souscription et de l'annonce que son compte serait bloqué ;
- par courrier avec accusé de réception du 7 février 2019, SOCIETE4.) informe SOCIETE2.) de ce que SOCIETE1.) n'a, au jour du courrier, toujours pas payé le prix de la souscription et qu'elle a provisionné une « cash advance » y relative. Par courrier recommandé du même jour, SOCIETE2.) demande à SOCIETE1.) de respecter ses engagements pris via la « Subscription Form » et lui rappelle qu'elle est liée par les dispositions du « Prospectus » et des statuts de SOCIETE2.) ;

I – La compétence des juridictions luxembourgeoises

La Cour constate que si les parties ne critiquent plus aussi ouvertement la compétence des tribunaux luxembourgeois pour connaître du présent litige, aucune d'elle n'a toutefois requis d'acter l'abandon de ce moyen, au contraire, elles ont dit « *se rapporter à prudence de justice* », ce qui équivaut finalement à une contestation, que la Cour se doit de trancher.

C'est à juste titre que les juges de premier degré se sont référés au Règlement de 2012, dont l'article « 4 » fixe le principe en matière de compétence et l'article « 7.1 » traite des compétences spéciales, en disposant : « *Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite dans un autre État membre :*

1) a) *en matière contractuelle, devant la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande ;*
b) *aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est: —pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées,— pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis;*
c) *le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas ;*
2) *en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ».*

Il faut donc, dès le départ, déterminer si les parties se trouvent dans une relation contractuelle ou non. En effet, lorsque l'incompétence territoriale est soulevée, le juge saisi est compétent pour dire si, oui ou non, il existe un contrat entre les parties. En se prononçant sur l'existence du contrat, le juge tranche une question dont dépend sa compétence pour statuer sur la demande lui soumise (cf. Jurisclasseur, Droit international, Fasc.631-40, n°34).

Au vu du règlement européen qui doit être appliqué, il est important de rappeler que la notion de matière contractuelle est une notion communautaire autonome (cf. CJCE, 22 mars 1983, aff. 34/82 M.P. c/ Z.N.A. V.)

Ainsi, la Cour de justice de l'union européenne a dit pour droit que la conclusion d'un contrat entre parties n'est pas exigée.

L'identification d'une obligation résultant d'un engagement librement assumé est cependant indispensable à l'application de cette disposition (cf CJCE, 17 juin 1992, aff. C-26/91 J. H. & Co GmbH c/ T. m-ch de s.; CJCE, 17 septembre 2002, aff. C-334/00 F. SpA c/ H. W. S. M. GmbH).

Il ressort de l'énoncé des faits découlant des documents remis à la Cour, que SOCIETE1.) s'est clairement unilatéralement engagée par la signature en date du 24 janvier 2019 du « Subscription Form » et de son envoi à SOCIETE4.), agissant comme agent de transfert.

C'est partant à raison que le tribunal a retenu que le litige relève de la matière contractuelle : par application de l'article 7.1.c) ci-dessus cité, la juridiction compétente sera celle du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande, au vœu de l'article 7.1.a), par élimination des autres cas de figure, qui ne concernent pas le cas d'espèce.

SOCIETE2.) invoque le paiement d'un certain montant dans le cadre d'une souscription d'actions : pour déterminer le lieu d'exécution, il convient d'appliquer, par le jeu des règles de conflit de la juridiction saisie, la loi qui régit cette obligation, loi pour laquelle il n'est de plus, toujours pas en instance d'appel, contesté que ce soit la loi luxembourgeoise. Il faut déterminer le lieu où l'obligation de libérer les actions souscrites doit s'exécuter (article 28 du Nouveau Code de procédure civile).

De manière générale, la jurisprudence admet que les dettes résultant d'un apport en société sont portables, c'est-à-dire que l'obligation d'apporter s'exécute au siège de la société concernée : en l'espèce, le lieu d'apporter, de libérer, donc de payer les actions souscrites, se fait au siège de SOCIETE2.), soit au Luxembourg.

Il convient de confirmer le jugement a quo en ce qu'il a retenu la compétence des juridictions luxembourgeoises pour connaître du litige.

II - Quant à la formation du contrat de souscription

SOCIETE1.) reproche principalement aux juges de première instance de n'avoir analysé la formation du contrat de souscription qu'à la lumière du droit commun, sans appliquer l'« Issuing Document », notamment ses articles 11 alinéa 2 et 12.2. Elle estime que l'offre de souscription aurait été signée sous condition explicite du paiement du prix des titres, avant leur émission : au vœu de la doctrine, un tel contrat ne serait pas conclu sous condition, mais il n'y aurait pas de contrat du tout, faute de consentement. La formation du contrat serait retardée au jour du paiement.

SOCIETE1.) conteste qu'il y ait eu formation d'un contrat de souscription avec SOCIETE2.) et en conclut qu'aucune créance n'a pu naître dans le chef de SOCIETE2.).

A titre subsidiaire, si le contrat de souscription s'est formé au 30 janvier 2019, il serait nul et de nul effet pour cause de dol, par réticence : de nombreuses informations auraient été cachées par SOCIETE2.) à SOCIETE1.). SOCIETE1.) conclut encore au caractère non fondé de la demande de SOCIETE2.).

Si la Cour voulait plus d'information sur la situation de SOCIETE2.) durant l'exercice 2019, SOCIETE1.) sollicite, sur base de l'article 288 du Nouveau Code de procédure civile, la production forcée du rapport annuel de l'année 2019 de SOCIETE2.).

La Cour indique d'emblée qu'aux termes de l'article 26 (1) de la loi coordonnée du 17 décembre 2010 (ci-après la Loi de 2010) concernant les organismes de placement collectif : « Les SICAV sont soumises aux dispositions applicables aux sociétés anonymes en général, pour autant qu'il n'y est pas dérogé par la présente loi ».

Il est de jurisprudence et de doctrine constante que la souscription se définit comme l'acte juridique traduisant l'engagement pris par une personne, physique ou morale, d'être associée d'une société par actions et d'effectuer l'apport d'une somme ou d'un bien en nature, pour un montant au moins égal à la valeur nominale des titres qu'elle reçoit.

Cet acte de souscription, tel que justement retenu par les juges du premier degré, par des motifs que la Cour fait siens, ne fait pas l'unanimité quant à sa qualification : suivant diverses thèses doctrinales, il est tantôt contractuel,

tantôt unilatéral, mais tous sont d'accord pour dire que l'engagement pris par le souscripteur devient irrévocable par la transmission de l'acte de souscription aux fondateurs, ou à l'agent de transfert, comme en l'espèce (JurisClasseur Sociétés Traité, Fasc.114-10 : Sociétés par action-Constitution-Souscription des actions, n°13). Cette théorie a ainsi été reprise ci-dessus, pour les développements relatifs à la compétence des juridictions saisies.

Le solde non libéré de la souscription constitue une créance de la société contre son associé. Cette créance est certaine, parce qu'elle est née du contrat de souscription. Elle est également liquide, puisque son montant est déterminé. Seule l'exigibilité de cette créance est différée au jour où la gérance demandera le versement du solde à l'associé (PERSONNE4.), Précis de droit des sociétés, n°80).

C'est encore à raison que les juges de première instance ont cité PERSONNE5.) « La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques, in Malherbe (ED), Droit des affaires et sociétés, Bruxelles, 2013, p 97 » : « Il est admis que l'associé a une dette envers la société dès le moment de sa souscription dans le capital de la société. Le souscripteur devient associé du fait de sa souscription donc avant la libération de son apport ».

Toujours selon le droit commun des sociétés, la souscription des parts est irrévocable et ne saurait être conditionnelle, ni suspensive. L'émission matérielle des parts est suspendue aussi longtemps que le prix de la souscription n'a pas été intégralement versé. Seule l'attribution du titre à l'actionnaire, à savoir en l'espèce l'inscription dans le registre des actionnaires nominatifs, est suspendue aussi longtemps que le prix d'émission n'est pas versé à la sicav. (Organismes de Placement collectif en droit luxembourgeois par PERSONNE6.) et PERSONNE7.), Larcier, troisième édition, n° 992 qui renvoie au n° 985).

La jurisprudence accorde le caractère d'ordre public l'article 28 de la Loi de 2010, qui stipule en son point 3) : « les parts d'une SICAV ne peuvent être émises sans que l'équivalent du prix d'émission ne soit versé dans les délais d'usage dans les actifs de la SICAV. Cette disposition ne s'oppose pas à la distribution de parts gratuites ».

Selon les auteurs PERSONNE6.) et PERSONNE7.), il convient de distinguer l'émission juridique des parts de leur émission matérielle. La disposition légale ne viserait que l'émission matérielle. L'émission juridique des parts s'opérerait lors de l'acceptation par la société de gestion de la demande de souscription. Ils ajoutent cependant que le règlement de gestion peut aussi subordonner l'émission juridique des parts à la réception du prix de souscription.

SOCIETE1.) a émis le reproche qu'il n'était pas fait référence dans le jugement a quo « aux règles fixés par l'émetteur » : ceci n'est pas exact, étant donné qu'on peut y lire « *il se déduit de l'article 11 du prospectus du Fonds que la société (SOCIETE2.) ou l'agent administratif (SOCIETE4.) peut refuser, sous certaines conditions, d'accepter la souscription d'un investisseur* ». La Cour

précise que ce que le tribunal appelle « prospectus du Fonds » est indiqué par elle comme « Issuing Document ».

La Cour ajoute que s'il est vrai qu'aux termes dudit article « 11.Shares », alinéa premier, la souscription d'un investisseur peut être refusée, il est aussi dit à son deuxième alinéa que « *shares are issued without par value and must be fully paid upon issue* ». L'article 12, qui traite de la « subscription of Ordinary shares », indique en son point 12.1: « *The general partner may, without limitation: determine any default provisions on non or late payment for Ordinary Shares or restrictions on ownership in relation to the Ordinary Shares* ».

Il y a de même lieu de se référer aux définitions se trouvant en tout début de l' « Issuing Document » : la « Subscription Form » est définie comme « *the form a relevant Investor completes in order to make a Capital Commitment and be admitted to the Company* » et le « Subscription Price » comme « *the subscription price to be paid by Subsequent Investors admitted to the Company as described in the relevant Special Section* ».

Au vu de ce qui précède, même si les rédacteurs du « Issuing Document » n'ont pas déterminé quand l'émission juridique et quand l'émission matérielle étaient visées, il ne fait cependant pas de doute qu'elle a différencié les droits de ceux qui ont entièrement payé, de ceux qui n'ont pas payé, voire pas intégralement payé la souscription, toujours après avoir été accepté.

Il en découle inévitablement que même le « Issuing Document » a entendu parler de l'émission juridique, dès l'acceptation de la souscription de l'investisseur, puis de l'émission matérielle, après le paiement intégral du prix.

Il ressort des développements faits ci-dessus que si la loi exige le paiement préalable à l'émission matérielle des parts, l'émission juridique qui se concrétise par l'acceptation de l'offre de souscription par la société de gestion du fonds n'est pas concernée par cette règle impérative.

Il s'en suit encore que tant au regard du droit commun que du droit spécial, le contrat de souscription s'est formé en l'espèce, depuis la « Contract Note » du 30 janvier 2019.

Il convient de confirmer le jugement entrepris.

III- Quant à la nullité du contrat de souscription

A titre subsidiaire, SOCIETE1.) a soulevé la nullité de ce contrat de souscription, pour cause de dol.

L'article 1109 du Code civil dispose que : « *Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* ».

Et l'article 1116 du même code se lit ainsi : « *Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont*

telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas, et doit être prouvé ».

Ainsi, celui qui invoque le dol doit prouver non seulement l'existence de manœuvres, c'est-à-dire de mensonges ou de réticences dolosives de son cocontractant, mais encore la mauvaise foi de ce dernier ainsi que le caractère déterminant de l'erreur provoquée par les manœuvres dans la conclusion du contrat.

Il peut ainsi être constitué par le simple silence d'une partie dissimulant à l'autre un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter ou ne l'aurait amené à contracter qu'à d'autres conditions.

Par ailleurs, la réticence suppose le silence gardé par le cocontractant sur une circonstance ou un fait que la victime était excusable de ne pas connaître. Pour la victime d'un dol, la preuve du dol inclut celle de l'erreur.

Pour qu'il y ait dol, il faut que l'auteur des manœuvres, mensonge ou réticence, ait agi « intentionnellement pour tromper le contractant ».

La Cour note qu'il est surprenant de lire dans les conclusions de SOCIETE1.), qu'elle-même, par le biais de ses anciens organes de direction, aurait participé à ce que l'on pourrait appeler une « opération circulaire », pour ensuite relever le caractère périlleux de l'opération. SOCIETE1.) ne peut se dédoubler à sa convenance en sa « mauvaise ancienne direction » et sa « bonne actuelle direction » : il s'agit toujours de la même personne morale, pour laquelle il n'a jamais été contesté que les personnes physiques ayant signé les documents en cause dans le présent litige avait le pouvoir de le faire.

De plus, lors de la signature de la « Subscription Form », SOCIETE1.) s'est défini comme investisseur averti (Well-informed investor), qui au sens du droit européen, notamment de la directive 2014/65/UE du 15 mai 2014, ne dispose pas des mêmes règles protectrices en tant qu'établissement bancaire qu'un investisseur non professionnel.

Finalement, alors que SOCIETE1.) a la charge de la preuve du dol allégué, cette dernière n'invoque que des éléments largement postérieurs au moment de la signature de la « Subscription Form » : le dol s'apprécie au moment de la signature.

La Cour ne peut que constater que SOCIETE1.) ne rapporte ni la preuve des manœuvres, mensonges ou réticences intentionnelles de la part de SOCIETE2.), ni la mauvaise foi de SOCIETE2.) et encore moins le caractère déterminant lors de son engagement en qualité d'investisseur averti.

Le dol demeurant à l'état d'allégation, le contrat de souscription reste valablement formé : le jugement est toujours à confirmer, quoique pour de nouveaux motifs.

Pour être complet et au vu de ce qui a été décidé, la demande de SOCIETE1.) basée sur l'article 288 du Nouveau Code de procédure civile n'a pas lieu d'être : elle requiert le rejet.

IV- Quant à une faute de SOCIETE4.)

Dans son acte d'appel, SOCIETE1.) a, si par impossible la Cour venait à considérer que la demande de SOCIETE2.) est fondée, invoqué une faute de SOCIETE4.), lui permettant de demander sa condamnation au paiement du montant de 51.499.999,95 euros, sur la base délictuelle.

Aux termes de l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile, « il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale.

Pourront aussi les parties demander des intérêts, arrérages, loyers et autres accessoires échus depuis le jugement de première instance, et les dommages et intérêts pour le préjudice souffert depuis ledit jugement ».

En l'espèce, SOCIETE1.) n'a formulé aucune demande à l'égard de SOCIETE4.) en première instance. Pour rappel, la première instance a été initiée par assignation du 5 avril 2019, de SOCIETE2.) contre SOCIETE1.). Par assignation du 26 août 2019, SOCIETE4.) a souhaité intervenir volontairement dans le préjudice litige, sans que SOCIETE1.) ne formule jamais de demande directe à son encontre.

Il s'agit donc bien d'une demande nouvelle formée par SOCIETE1.) en instance d'appel, qui ne constitue pas une défense à l'action principale de SOCIETE2.) et la compensation n'est pas non plus en cause.

Cette demande est en effet à considérer comme demande autonome, d'action en garantie, ayant sa propre cause : cette demande est irrecevable.

V- L'appel incident de SOCIETE2.)

A ce titre, SOCIETE2.) a demandé le paiement de dommages et intérêts pour ses frais d'avocats, à hauteur de 50.000.- euros.

Concernant le dommage du chef des frais d'avocat, il est aujourd'hui de principe 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.

En l'espèce, il ne résulte néanmoins d'aucune des pièces versées en appel que l'étude d'avocats SOCIETE14.), représentée aux fins de la présente

procédure par Maître Fabio TREVISAN, ait émis de note d'honoraires, a fortiori qu'une telle note ait été acquittée.
Cet appel incident est partant recevable, mais non fondé.

VI- Les demandes accessoires

SOCIETE1.) demande des indemnités de procédure basées sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, à raison de 1.500.- euros pour la première instance et de 5.000.- euros pour l'instance d'appel, seulement à l'égard de SOCIETE2.).

SOCIETE2.) requiert la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il lui a alloué une indemnité de procédure de 1.500.- euros et demande que SOCIETE1.) soit condamnée à une telle indemnité, pour l'instance d'appel, à hauteur de 5.000.- euros.

SOCIETE4.) réclame de la part de SOCIETE1.) une indemnité de procédure de 5.000.- euros.

SOCIETE1.) ayant succombé tant en première instance qu'en instance d'appel, il y a lieu de confirmer le tribunal en ce qu'il l'a déboutée de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure. Elle est également à débouter de cette demande en instance d'appel.

Au vu de l'issue de la procédure d'appel, il paraît toutefois inéquitable de laisser à charge de SOCIETE2.) et de SOCIETE4.) les sommes exposées par elles et non comprises dans les dépens : leurs demandes sont à dire fondées à hauteur de 5.000.- euros chacune.

Les juges de première instance ayant procédé à une saine répartition des frais et dépens de la première instance, le jugement est encore à confirmer sur ce point.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit les appels principal et incident en la forme ;

dit irrecevable la demande de la société de droit italien SOCIETE1.), anciennement SOCIETE15.) SpA, contre la société anonyme de droit français SOCIETE4.) SA ;

déclare l'appel non fondé pour le surplus ;

confirme le jugement entrepris, quoique partiellement pour d'autres motifs ;

dit non fondé l'appel incident, en déboute ;

déclare non fondées les demandes de la société de droit italien SOCIETE1.), anciennement SOCIETE15.) SpA, en allocation d'une indemnité de procédure basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile pour les deux instances ;

dit recevable et fondée les demandes de la société anonyme de droit français SOCIETE4.) SA et de la société de droit luxembourgeois en commandite par actions qualifiée de société d'investissement à capital variable-fonds d'investissement spécialisé SOCIETE16.) SICAV-SIF en obtention d'indemnités de procédure à concurrence de 5.000.- euros chacune ;

partant condamne la société de droit italien SOCIETE1.), anciennement SOCIETE15.) SpA, à payer à la société de droit luxembourgeois en commandite par actions qualifiée de société d'investissement à capital variable-fonds d'investissement spécialisé SOCIETE16.) SICAV-SIF la somme de 5.000.- euros et à la société anonyme de droit français SOCIETE4.) SA la somme de 5.000.- euros, à chaque fois sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

condamne la société de droit italien SOCIETE1.), anciennement SOCIETE15.) SpA, aux frais et dépens de l'instance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Carole KERSCHEN, président de chambre, en présence du greffier Gilles SCHUMACHER.