

Texte pseudonymisé

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

Arrêt N° 73/24 - IX – COM

Audience publique du quatre juillet deux mille vingt-quatre

Numéro CAL-2019-00605 du rôle

Composition:

Carole KERSCHEN, président de chambre,
Danielle POLETTI, premier conseiller,
Françoise WAGENER, conseiller,
Gilles SCHUMACHER, greffier.

E n t r e :

la société **SOCIETE1.) SE**, établie et ayant son siège social à D-ADRESSE1.), immatriculée au registre du commerce de l'Amtsgericht de Francfort sous le numéro NUMERO1.), agissant par le biais de sa succursale **SOCIETE1.) SE, Luxembourg Branch**, établie à L-ADRESSE2.) ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.), représentée par les représentants permanents d'SOCIETE1.) SE pour l'activité de la succursale,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice GLODEN d'Esch-sur-Alzette du 26 avril 2019,

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 Marc ELVINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

- 1) la société par actions simplifiée de droit français **SOCIETE2.) SAS**, anciennement dénommée SOCIETE2.) SA, au capital de 7.500.000 euros,

immatriculée au RCS de Paris sous le numéro NUMERO3.), en sa qualité de gestionnaire des FCP (Fonds communs de placement de droit français) SOCIETE3.) 1an, GAP2 ans, SOCIETE4.), SOCIETE3.) Réactif Multi Stratégie, ayant son siège social à ADRESSE3.), ainsi qu'à titre personnel, agissant par son président et directeur général en exercice demeurant et domicilié audit siège en cette qualité,

- 2) la société de droit français **SOCIETE5.) SCA**, anciennement dénommée SOCIETE5.), société à commandite par actions au capital de 70.000.000 euros, immatriculée au RCS de Paris sous le numéro NUMERO4.), en sa qualité de dépositaire des FCP (Fonds communs de placement de droit français) SOCIETE3.) 1an, GAP2 ans, SOCIETE4.), SOCIETE3.) Réactif Multi Stratégie, ayant son siège social à ADRESSE4.) F-ADRESSE5.), ainsi qu'à titre personnel, pris en la personne de ses représentants légaux domiciliés audit siège en cette qualité,

intimées aux termes du prêt exploit GLODEN du 26 avril 2019,

sub 1) et 2) comparant par Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, assisté par Maître Martin TOMASI, avocat inscrit au barreau de Paris,

- 3) la société anonyme **SOCIETE6.) (Luxembourg) SA**, établie à L-ADRESSE6.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO5.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux termes du prêt exploit GLODEN du 26 avril 2019,

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 Marc ELVINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Exposé du litige

Il convient de prime abord de résumer de manière succincte les faits et circonstances de la cause tels qu'ils résultent des pièces, des conclusions échangées entre parties, ainsi que des renseignements recueillis par la Cour en vue de cerner le contexte général du litige et de présenter brièvement les différents protagonistes.

- *Les faits constants*

Les fonds communs de placement de droit français SOCIETE3.) 1 an, SOCIETE3.) 2 ans, SOCIETE4.), SOCIETE7.) (ci-après *FCP*) ont été constitués conformément à la législation française et ont fait l'objet d'un agrément par l'Autorité des Marchés Financiers française.

Les FCP sont un type d'organisme de placement collectif de valeur mobilière (OPCVM) qui se distinguent notamment des sociétés d'investissement à capital variable (SICAV) en ce qu'ils sont dépourvus de la personnalité morale.

La société par actions simplifiée de droit français SOCIETE2.) SAS, anciennement SOCIETE2.) SA (ci-après *SOCIETE8.*) est une entité régulée par l'Autorité des Marchés Financiers française et se trouve être la société de gestion des FCP.

La société en commandite par actions de droit français SOCIETE5.) SCA, anciennement SOCIETE5.), (ci-après *SOCIETE5.*) qui est soumise à la supervision de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution française est le dépositaire des FCP et ce, conformément à la législation française qui prévoit que les actifs des FCP sont conservés par un dépositaire unique, distinct de la société de gestion du fonds.

La société anonyme de droit belge SOCIETE9.) SA (ci-après *SOCIETE9.*) met à disposition et assure le fonctionnement de la plateforme de règlement-livraison des titres financiers dénommée « *ALIAS1.* ».

La société anonyme SOCIETE10.) SA (ci-après *SOCIETE10.*) est une société d'investissement à capital variable (SICAV) soumise à la partie I de la loi luxembourgeoise du 20 décembre 2002 relative aux organismes de placement collectif (OPC) (ci-après *loi de 2002*) et qui à ce titre a été agréée et est soumise à la supervision et la surveillance de la Commission de surveillance du secteur financier luxembourgeoise (ci-après *CSSF*).

La société anonyme SOCIETE11.) (Luxembourg) SA, actuellement SOCIETE1.) SE, Luxembourg branch (ci-après *SOCIETE1.*) est la banque dépositaire des actifs de SOCIETE10.) et ce, conformément à la législation luxembourgeoise.

La société anonyme SOCIETE6.) (Luxembourg) SA (ci-après *SOCIETE6.*) est l'agent administratif de SOCIETE10.).

SOCIETE1.) et SOCIETE6.) ont conclu en avril 2004 un contrat intitulé « *FundSettle Service Level and Depository Agreement* » avec SOCIETE9.), SOCIETE6.), en tant qu'agent administratif, a notamment la charge du calcul de la valeur nette d'inventaire par action et reçoit, pour le compte de SOCIETE10.), les demandes de rachat des actionnaires passées par l'intermédiaire de la plateforme ALIAS1.).

Le 30 janvier 2006, les FCP ont souscrit et acquis 21.346,587 actions de catégorie B émises par le compartiment « *American Selection* » de SOCIETE10.).

Le 4 novembre 2008, SOCIETE8.) a demandé le rachat des 21.346,587 actions de SOCIETE10.).

Le 17 novembre 2008, la valeur nette d'inventaire (ci-après SOCIETE12.)) de ces actions était fixée à 30.072.217,90 euros.

Par télécopie du 10 décembre 2008 adressée à « *FS/SOCIETE5.)* », SOCIETE6.) a confirmé l'ordre de rachat des 21.346,587 actions SOCIETE10.) pour la valeur de 30.072.217,90 euros. Il y a été précisé « *Trade / Value date : 17.11.2008 / 15.12.2008* ».

Le même jour, les actions SOCIETE10.) ont été débitées du compte référencé « *Participant (EB/FS: 11052 SOCIETE5.) CIE INV / SOCIETE13.) – France* » auprès de la plateforme de règlement-livraison d'SOCIETE14.) ».

Le 12 décembre 2008, la fraude PERSONNE1.) est annoncée dans les médias européens et le conseil d'administration de SOCIETE10.) décide de suspendre le calcul de la SOCIETE12.) de SOCIETE10.) et de suspendre le rachat d'actions (cf. courriel du 12 décembre 2008 précisant ce qui a été décidé le jour même par les administrateurs). La résolution circulaire actant ces décisions prises au 12 décembre 2008 a été signée par les administrateurs le 15 décembre 2008.

Le 15 décembre 2008, le conseil d'administration de SOCIETE10.) a demandé à SOCIETE6.) de lui fournir une liste des ordres de souscription et de rachat reçus pour les dates suivantes de calcul de la SOCIETE12.) : 17 novembre, 1^{er} décembre et 15 décembre 2008.

Dans sa réunion du 16 décembre 2008, le conseil d'administration de SOCIETE10.) a analysé la situation particulière d'SOCIETE5.) et a reporté sa décision y relative, estimant qu'une analyse des risques liés au paiement ou au défaut de paiement était requise.

Le conseil d'administration du 17 décembre 2008 a retenu que, selon l'avocat y présent, les ordres de rachat reçus avant le 28 novembre 2008 sont valables et ne peuvent pas être refusés. Il y aurait une obligation de les payer mais le paiement pourrait être reporté.

Le 18 décembre 2008, la société de droit français SOCIETE15.) SA (ci-après SOCIETE15.)) a pratiqué une saisie-arrêt sur le compte de SOCIETE10.) auprès d'SOCIETE1.).

Dans sa réunion du 19 décembre 2008, le conseil d'administration de SOCIETE10.) a décidé que les ordres de souscription avec calcul de la SOCIETE12.) au 17 novembre 2008 sont valables et à accepter par le fonds (point A). Quant aux ordres de rachat calculés avec SOCIETE12.) au 17

novembre 2008, il a été noté que ces ordres auraient dû être payés avec date valeur au 15 décembre 2008.

Le conseil d'administration de SOCIETE10.) a décidé à l'unanimité d'instruire SOCIETE6.) de « *to pay the redemption proceeds to the relevant applicants. Nevertheless, payments can be deferred either in case of large volume of redemptions or under un-normal circumstances which is obviously the case here. The BoD is of the opinion that even in case of late payment, interests on the principal should not be accrued as the deferred payment was made on valid ground* ».

Par courrier officiel du 29 décembre 2009 adressé aux mandataires d'SOCIETE5.) et SOCIETE8.), Me Thibaut PARTSCH de la société d'avocats LOYENS & LOEFF a précisé que « *par décision du conseil d'administration, il a été décidé d'envoyer, demain au plus tard, à SOCIETE11.) (Luxembourg) SA, le dépositaire de Luxalpha SICAV un ordre de paiement pour les sommes visées ci-dessus* ».

Le 30 décembre 2008, le conseil d'administration de SOCIETE10.) a adressé un courrier à SOCIETE1.) en ces termes : « *as per decision taken on December 19, 2008 and following the « nihil obstat » received from the Luxembourg regulators, we hereby instruct you to release the payments - with value date today - initiated by SOCIETE11.) Fund Services (Luxembourg) SA acting as transfer agent relating (i) to the redemption requests for NAV dated November 17, 2008 for which contract notes have been issued, (ii) to the subscription requests for NAV dated November 28, 2008 which should be rejected and (iii) to the subscription requests for NAV dated December 15, 2008 which should also be rejected* ».

Par courrier du 6 janvier 2009 adressé à SOCIETE1.), le conseil d'administration de SOCIETE10.) a donné l'instruction suivante : « *following the various discussions and e-mails exchange we had together relating to the payments instructions for the redemption payments for NAV November 17, 2008 and for the rejection of the subscription made on NAV November 28 and December 15, 2008, please find in attachment for the payments relating to the redemption requests for NAV November 17, 2008 detailing the name of each concerned shareholders as well as their corresponding banking details duly signed by ourselves. Please consider the above-mentioned documents as formal payment instructions to be executed, completing earlier instructions sent* ». Sur cette liste figure «FS/SOCIETE5.) » pour le montant de 30.072.217,90 euros.

Ce paiement a également été annoncé par les mandataires de SOCIETE10.) dans le cadre d'un courrier adressé au juge des référés le 6 janvier 2009 en ces termes : « *SOCIETE10.) SICAV nous confirme avoir instruit SOCIETE6.) (Luxembourg) SA de procéder entre autres aux paiements nécessaires dans le cadre de l'exécution des rachats d'actions Luxalpha SICAV- American Selection qui ont été réalisés à la valeur nette d'inventaire calculée au 17 novembre 2008. Suite à cette demande, SOCIETE6.) (Luxembourg) SA a procédé notamment, le 31 décembre 2008, à un ordre de paiement à SOCIETE11.) (Luxembourg) SA pour un montant de EUR 30.072.217,90 (...) à SOCIETE16.) AG relatif au rachat d'actions au bénéfice de SOCIETE5.)*».

Le paiement en question n'a pas été effectué.

Par décision du 3 février 2009, la CSSF a procédé en application de l'article 94 (2) de la loi de 2002 au retrait de la liste officielle des OPC de SOCIETE10.).

- *Procédure et antécédents procéduraux*

* Par exploit d'huissier de justice du 17 décembre 2008 (rôle 118.894), SOCIETE8.) a fait donner assignation à SOCIETE1.) à comparaître devant le juge des référés aux fins de la voir condamner à lui payer par provision la somme non sérieusement contestable de 30.072.217,90 euros, ce montant avec les intérêts légaux à partir du 15 décembre 2008, date pour laquelle SOCIETE1.) s'était engagée de manière inconditionnelle à payer, sinon à partir du 16 décembre 2008, date de la notification de défaut de paiement, sinon à partir de l'assignation ou à partir de l'ordonnance à intervenir, jusqu'à solde et une indemnité de procédure de 10.000.- euros en application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Par ordonnance Réf. No. 939/2008 du 24 décembre 2008, le juge des référés a déclaré la demande en provision d'SOCIETE8.) irrecevable ; a déclaré non fondée la demande d'SOCIETE8.) en allocation d'une indemnité de procédure et laissé les frais et dépens de l'instance à charge d'SOCIETE8.).

* Par exploit d'huissier de justice du 19 décembre 2008 et en vertu d'une autorisation présidentielle du 18 décembre 2008, SOCIETE15.) a fait pratiquer saisie-arrêt entre les mains d'SOCIETE1.), sur les avoirs de SOCIETE10.), pour obtenir paiement de la somme de 753.000.-euros, sous réserve des frais et intérêts.

Cette saisie-arrêt a été dénoncée à la partie débitrice saisie, SOCIETE10.), par exploit d'huissier de justice du 22 décembre 2008, ce même exploit d'huissier de justice comportant également assignation en validité de la saisie-arrêt.

Le 26 décembre 2008, le mandataire de SOCIETE15.) a informé SOCIETE5.) que sa mandante avait marqué son accord pour une mainlevée partielle de la saisie au 29 décembre 2008 avec cantonnement de la saisie-arrêt à hauteur de 1.000.000.- euros.

Par exploit d'huissier de justice du 9 janvier 2009 (rôle 119.117), SOCIETE10.) a fait comparaître SOCIETE15.), en sa qualité de créancier saisissant, et SOCIETE1.), prise en sa qualité de tierce saisie, devant le juge des référés pour voir ordonner le cantonnement de la saisie-arrêt pratiquée sur autorisation présidentielle du 18 décembre 2008 à la requête de SOCIETE15.) à la somme de 1.000.000.- d'euros, en application de l'article 703 du Nouveau Code de procédure civile.

Par ordonnance Réf. No. 23/2009 du 15 janvier 2009 à 8h15, le juge des référés a déclaré la demande en cantonnement recevable ; a dit que les effets de la saisie-arrêt pratiquée suivant exploit d'huissier du 19 décembre 2008 par

SOCIETE15.) sur les avoirs de SOCIETE10.) sont limités au montant de 1.000.000.- d'euros, jusqu'à ce qu'une décision définitive soit intervenue au fond ; a dit que ce montant reste bloqué et saisi entre les mains de SOCIETE1.), jusqu'à ce qu'une décision définitive soit intervenue au fond et a déchargé pour le surplus la société tierce saisie, SOCIETE1.).

* Par exploit d'huissier de justice du 2 janvier 2009 (rôle 118.980), SOCIETE8.) a fait donner assignation à SOCIETE1.) et à SOCIETE10.) à comparaître devant le juge des référés aux fins d'enjoindre à SOCIETE1.), vu l'urgence, d'exécuter l'ordre de paiement reçu de SOCIETE10.), c'est-à-dire de procéder immédiatement au paiement de 30.072.217,90 euros, sous astreinte de 5.000.000.- euros par jour de retard et de voir condamner SOCIETE1.) à lui payer une indemnité de procédure de 10.000.- euros en application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, ainsi que de voir déclarer commune l'ordonnance à intervenir à SOCIETE10.).

Par ordonnance Réf. No. 24/2009 du 15 janvier 2009 à 8.45 heures, le juge des référés a déclaré irrecevable la demande sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile ; l'a déclaré recevable sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile ; a enjoint à SOCIETE1.) d'exécuter l'ordre de paiement reçu de SOCIETE10.), c'est-à-dire de procéder au paiement du montant de 30.072.217,90 euros (trente millions soixante-douze mille deux cent dix-sept virgule quatre-vingt-dix euros), au plus tard dans les 24 heures de la signification de l'ordonnance ; a dit qu'à défaut d'exécuter ledit ordre dans le délai ci-avant fixé, SOCIETE1.) sera redevable d'une astreinte de 3.000.000.- euros par jour de retard et a encore condamnée SOCIETE17.) à payer à SOCIETE8.) une indemnité de procédure de 10.000.- euros.

Cette ordonnance a été signifiée le 15 janvier 2009 et le virement a été effectué par SOCIETE1.) le 16 janvier 2009.

Statuant sur l'appel d'SOCIETE1.) interjeté par exploit d'huissier de justice du 29 janvier 2009 à l'encontre de cette ordonnance, la Cour d'appel a, par arrêt du 15 juillet 2009, dit l'appel fondé et par voie de réformation de l'ordonnance du 15 janvier 2009, a déclaré irrecevable la demande dirigée par SOCIETE8.) contre SOCIETE1.), a déchargé celle-ci de toutes les condamnations prononcées à son encontre, et ordonné que le montant transféré par SOCIETE1.) à SOCIETE8.) le 16 janvier 2009, en exécution de l'ordonnance dont appel, doit être retransféré à SOCIETE1.) 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 SOCIETE10.) en liquidation judiciaire, le tout sous peine d'une astreinte de 3.000.000.- euros par jour de retard.

Le pourvoi en cassation introduit par le 5 octobre 2009 contre l'arrêt de la Cour du 15 juillet 2009 a été rejeté par arrêt du 24 juin 2010.

* Par jugement du 2 avril 2009, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a prononcé, en application de l'article 104 de la loi de 2002 la liquidation judiciaire de SOCIETE10.). Il a dit que la liquidation de la société se ferait selon les règles régissant la liquidation de la faillite.

Par requête déposée le 25 avril 2016, Monsieur Paul LAPLUME et Maître Alain RUKAVINA, pris en leur qualité de liquidateurs judiciaires de SOCIETE10.), ont demandé au tribunal d'arrondissement de Luxembourg de fixer en application de l'article 442 du Code de commerce l'époque de la cessation de paiement de la société en liquidation, principalement au 3 août 2008, soit six mois avant le 3 février 2009, date du retrait de la société de la liste officielle des OPC par la CSSF, subsidiairement au 2 octobre 2008, soit six mois avant la mise en liquidation judiciaire du 2 avril 2009 et plus subsidiairement au 12 décembre 2009, date à laquelle le conseil d'administration de SOCIETE10.), confronté à la nouvelle de la fraude de PERSONNE1.), prit conscience que les demandes de rachat ne pouvaient plus être couvertes par les avoirs en numéraire.

Par jugement commercial N° 602 / 2016 du 16 juin 2016, le tribunal a déclaré la demande non fondée, la liquidation des OPC ne prévoyant pas la possibilité de fixer une date de cessation des paiements et en conséquence une période suspecte.

Par requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 17 février 2017, les liquidateurs ont relevé appel du jugement du 16 juin 2016 et conclu à voir fixer la date de la cessation de paiement au 3 août 2008, sinon au 2 octobre 2008.

Par arrêt N° 35/18 IV-COM du 14 mars 2018, la Cour d'appel a dit l'appel non fondé et confirmé le jugement du 16 juin 2016.

* Par exploit d'huissier de justice du 14 avril 2009 (rôle 121.033), les liquidateurs judiciaires de SOCIETE10.), Maître Alain RUKAVINA et Monsieur Paul LAPLUME ont fait donner assignation à SOCIETE1.) à comparaître devant le juge des référés aux fins de voir ordonner à SOCIETE1.) par provision et vu l'urgence de leur transférer l'intégralité des avoirs figurant sur les comptes ouverts dans ses livres au nom de SOCIETE10.) et notamment, mais non exclusivement, sur les deux comptes nos IBAN NUMERO6.) et NUMERO7.) vers le compte no IBAN NUMERO8.) auprès de la SOCIETE18.), dont le titulaire est SOCIETE10.) (en liquidation judiciaire), sous astreinte de 3.000.000.- euros par jour de retard dans le transfert des fonds et de voir condamner SOCIETE17.) à leur payer une indemnité de procédure de 2.000.- euros en application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Par acte du 15 avril 2009, PERSONNE2.), le liquidateur judiciaire américain (trustee) de la société SOCIETE19.) LLC (ci-après SOCIETE19.)) a demandé acte de ce qu'il intervenait volontairement au litige.

Par ordonnance Réf. N° 256/2009 du 20 avril 2009 à 11h15, le juge des référés a déclaré la demande recevable sur base de l'article 932, alinéa 1^{er}, du Nouveau Code de procédure civile ; a enjoint à SOCIETE1.) d'exécuter l'ordre de transfert reçu des liquidateurs judiciaires de SOCIETE10.), soit de transférer l'intégralité des avoirs qui figuraient, au 2 avril 2009, sur les comptes nos IBAN NUMERO6.) et NUMERO7.) vers le compte no IBAN NUMERO8.) auprès de la SOCIETE18.), dont le titulaire est SOCIETE10.) (en liquidation judiciaire), au plus tard dans les 24 heures de la signification de l'ordonnance ; a dit qu'à défaut d'exécuter ledit

ordre dans le délai ci-avant fixé, SOCIETE17.) sera redevable à SOCIETE10.) en liquidation d'une astreinte de 1.000.000.- d'euros par jour de retard et a condamné SOCIETE17.) à payer aux liquidateurs de SOCIETE10.) une indemnité de procédure de 2.000.- euros.

Le 20 avril 2009, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a ordonné le transfert de tous les fonds appartenant à SOCIETE10.) détenus par SOCIETE1.) aux liquidateurs de SOCIETE10.) sur un compte auprès de la SOCIETE18.).

* Par exploit d'huissier de justice des 8 et 10 juin 2010 (rôle 131.498), SOCIETE8.) et SOCIETE5.) et Cie ont assigné SOCIETE10.) en liquidation judiciaire, représentée par ses liquidateurs Maître Alain RUKAVINA et Monsieur Paul LAPLUME, à comparaître devant le tribunal de Luxembourg pour, sous le bénéfice de l'exécution provisoire, voir constater que les FCP SOCIETE3.) 1 an, SOCIETE3.) 2 ans, SOCIETE4.) et SOCIETE3.) réactif Multi Stratégie sont dépourvus de personnalité juridique ; que ces FCP sont représentés par SOCIETE8.) et qu'SOCIETE5.) en est la banque dépositaire ; qu'SOCIETE8.) a la qualité et l'intérêt à agir ; qu'SOCIETE5.) n'intervient qu'à titre subsidiaire, pour le cas où la qualité et l'intérêt à agir serait dénié à SOCIETE8.) ; qu'SOCIETE8.), agissant pour les FCP susmentionnés, est fondée à demander le versement de la somme de 30.078.217,90 euros en contrepartie du débit des actions. Elles ont encore demandé au tribunal de donner injonction à SOCIETE10.) en liquidation de procéder au versement de la somme de 30.072.217,90 euros avec les intérêts au taux légal, calculés avec anatocisme sur base de l'article 1154 du Code civil, à partir du 10 décembre 2008 jusqu'à solde, sur le compte des FCP ouvert auprès d'SOCIETE5.), ainsi qu'une indemnité de 50.000.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Par jugement commercial II N° 666/2012 du 27 avril 2012, le tribunal, statuant dans le rôle 131.498, a déclaré la demande irrecevable ; a débouté les parties respectives de leurs demandes en obtention d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et a condamné SOCIETE8.) et SOCIETE5.) in solidum aux frais et dépens de l'instance.

Par exploit d'huissier de justice du 7 août 2012, SOCIETE8.) et SOCIETE5.) ont interjeté appel contre ce jugement.

Par arrêt du 1^{er} avril 2015, la Cour a reçu l'appel, l'a dit non fondé, a confirmé le jugement N ° 666/2012 du 27 avril 2012, a débouté SOCIETE8.) et SOCIETE5.) de leur demande en allocation d'indemnités de procédure et en remboursement des frais des procédures de référé et de cassation et condamné SOCIETE8.) et SOCIETE5.) aux frais et dépens de l'instance.

- L'affaire faisant l'objet de la présente instance

Par exploit d'huissier du 28 juin 2010 (rôle 131.499), SOCIETE8.) et SOCIETE5.) ont fait donner assignation à SOCIETE1.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile pour, sous le bénéfice de l'exécution provisoire, la voir condamner, sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil, à payer à

SOCIETE8.), sinon à SOCIETE5.), le montant de 30.072.217,90 euros, avec les intérêts légaux à compter du 10 décembre 2008 jusqu'à solde, pour inexécution fautive d'un ordre de rachat d'actions de SOCIETE10.). SOCIETE8.) et SOCIETE5.) demandèrent encore chacune la condamnation d'SOCIETE1.) à leur payer le montant de 5.000.000.- euros en réparation du préjudice de réputation ainsi qu'une indemnité de procédure de 50.000.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, ainsi que la condamnation d'SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance (étant entendu que cette assignation du 28 juin 2010 présente un caractère subsidiaire par rapport à celle dirigée contre SOCIETE10.)).

Par jugement commercial II N° 1719/11 du 9 décembre 2011, le tribunal, statuant dans le rôle 131.499, a ordonné le sursis à statuer en attendant que l'affaire inscrite sous le numéro du rôle 131.498 et tendant à la condamnation de SOCIETE10.) au paiement du montant du prix de rachat, soit définitivement jugée et réservé les droits des parties et les frais.

Par exploit d'huissier du 26 septembre 2017 (rôle 187.540), SOCIETE8.) et SOCIETE5.) ont mis SOCIETE6.) en intervention dans le rôle 131.499.

SOCIETE8.) et SOCIETE5.) reprochèrent principalement à SOCIETE1.) de ne pas avoir exécuté les ordres de paiement irrévocables successifs lui donnés dès le 10 décembre 2008. Elle aurait ainsi commis une faute engageant sa responsabilité sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil, de même qu'une violation de l'article 37 de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier qui définit les règles de bonne conduite des établissements de crédit et qui lui aurait imposé d'exécuter avec célérité l'ordre de virement reçu et enfin une méconnaissance de la partie II, section 4 du contrat intitulé « *FundSettle Service Level and Depositary Agreement between SOCIETE9.) S. A. / N.V. and SOCIETE11.) (Luxembourg) S.A. and SOCIETE6.) (Luxembourg) S.A.* » aux termes duquel SOCIETE1.) se serait engagée vis-à-vis d'SOCIETE9.) à indemniser SOCIETE5.) en tant que participant au système FundSettle de tout préjudice qui résulterait de l'inexécution ou de la mauvaise exécution par SOCIETE1.) de ses obligations contractuelles. SOCIETE1.) ne pourrait invoquer le moindre obstacle au paiement, l'opération de rachat des actions ayant été parfaite et intégralement bouclée le 10 décembre 2008 et étant devenue irrévocable à cette date, comme elle ne pourrait pas non plus se prévaloir d'un cas de force majeure. En tant que banque dépositaire, SOCIETE1.) n'aurait eu aucune latitude quant à l'opportunité de l'exécution du paiement.

Elles reprochèrent ensuite principalement à SOCIETE6.), en sa qualité d'agent administratif et de teneur de registre, ayant expressément confirmé par écrit avoir réceptionné l'ordre de rachat, de ne pas s'être assurée de la bonne exécution dudit ordre. Elle aurait ainsi, en tant qu'agent administratif agissant en qualité de mandataire du donneur d'ordre d'un ordre de rachat, engagé sa responsabilité contractuelle sur base de l'article 1991 du Code civil, subsidiairement, elle aurait violé le contrat d'agent administratif la liant à SOCIETE10.) en ne veillant pas à la bonne exécution de l'opération de rachat.

SOCIETE1.) et SOCIETE6.) conclurent au rejet de la demande. Elles soulevèrent l'irrecevabilité de la demande pour défaut d'intérêt à agir des entités SOCIETE5.) SOCIETE8.) ne prouverait pas qu'elle soit ou ait été actionnaire de SOCIETE10.) et SOCIETE5.) prétendrait agir non pas pour son propre compte et à son propre bénéfice mais au bénéfice des FCP dont elle est la banque dépositaire. Elles précisèrent à cet égard que les actions au titre desquelles SOCIETE5.) prétend agir auraient été souscrites par Fundsettle, la plateforme d'SOCIETE9.) et auraient été enregistrées sous la mention « *FS/SOCIETE5.) et Cie* » dans le registre des actions de SOCIETE10.).

A titre subsidiaire, elles conclurent à ce que les demandes soient déclarées non fondées. Plus subsidiairement, elles sollicitèrent le sursis à statuer en attendant l'issue de la liquidation de SOCIETE10.) et/ou le cas échéant la distribution de fonds par le « *PERSONNE1.) Victim Fund* » pour pouvoir déterminer le montant effectif du préjudice subi par les FCP.

Par jugement commercial N° 2019TALCH02/00376 du 22 février 2019, le tribunal a reçu les demandes en la pure forme ; a ordonné la jonction des affaires inscrites sous les numéros 131.499 et 187.540 du rôle ; a déclaré la demande présentée par SOCIETE8.) recevable mais non fondée ; a déclaré la demande présentée par SOCIETE5.) recevable et fondée à l'égard d'SOCIETE1.) ; l'a déclarée non fondée à l'égard de SOCIETE6.) ; a condamné SOCIETE1.) à payer à SOCIETE5.) la somme de 30.072.217,90 euros avec les intérêts au taux légal à partir du 15 janvier 2009 jusqu'à solde, avec capitalisation des intérêts échus et dus pour au moins un an à partir du jugement ; l'a condamné encore à lui payer une indemnité de 7.500.- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ; a débouté SOCIETE8.) de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ; a dit les demandes tendant à la réparation du préjudice moral et à la publication du jugement non fondées ; a dit qu'il n'y a pas lieu à exécution provisoire sans caution du jugement ; a condamné SOCIETE1.) aux frais et dépens de la demande enrôlée sous le numéro 131.499 ; a laissé les frais et dépens de la demande enrôlée sous le numéro 187.540 à charge d'SOCIETE8.) et SOCIETE5.).

Pour statuer ainsi, le tribunal a tout d'abord retenu que les demandes d'SOCIETE8.) et d'SOCIETE5.) étaient recevables puisque toutes deux avaient bien intérêt et qualité à agir en l'espèce.

Les juges de première instance ont ensuite décidé qu'SOCIETE1.) avait bien commis une faute contractuelle à l'égard des FCP en ne procédant pas au paiement du rachat nonobstant l'ordre de payer émanant de SOCIETE10.) et que cette faute était à l'origine du préjudice subi par SOCIETE5.) mais pas de celui dont l'indemnisation était réclamée par SOCIETE8.). Ces mêmes juges ont motivé leur décision en retenant qu'SOCIETE5.) étant le bénéficiaire du paiement, elle seule a subi un préjudice du fait de ce défaut de paiement imputable à SOCIETE1.), à l'exclusion d'SOCIETE8.) qui, toujours selon les juges ne rapporte pas à suffisance la preuve d'avoir subi un préjudice dans son chef.

Concernant SOCIETE6.), les juges de première instance ont abouti à la conclusion que la simple inexécution du paiement était insuffisante pour être constitutive d'une faute à son égard alors que si SOCIETE6.) a bien confirmé que le paiement interviendrait le 15 décembre 2008, il ne lui appartenait pas d'y procéder, cette obligation étant à l'unique charge d'SOCIETE1.). La demande en condamnation à l'encontre d'SOCIETE6.) a partant été déclarée non fondée.

C'est en suivant ce raisonnement que le tribunal a condamné SOCIETE17.) à payer à SOCIETE5.) la somme de 30.072.217,90 d'euros avec les intérêts légaux à compter du 15 janvier 2009 jusqu'à solde, avec capitalisation des intérêts échus et dus pour au moins un an à partir du jugement ainsi qu'à une indemnité de procédure de 7.500.- euros.

Par exploit du 26 avril 2019 signifié à SOCIETE8.) et à SOCIETE5.) (étant précisé que ces deux parties sont qualifiées ensemble d'intimées) et à SOCIETE6.), SOCIETE1.) a relevé appel du jugement précité qui, selon les informations à disposition de la Cour, ne lui a pas été signifié. A l'appui de son acte d'appel, elle demande à la Cour, par réformation du jugement attaqué, de :

- *principalement,*

annuler le jugement dont appel pour violation du principe du contradictoire ; renvoyer l'affaire devant le tribunal d'arrondissement autrement composé, sinon évoquer le fond de l'affaire,

- *subsidiairement*

réformer le jugement dont appel et débouter les intimées de l'ensemble de leurs demandes,

- *plus subsidiairement,*

surseoir à statuer en attendant l'issue de la liquidation de luxalpha et/ou le cas échéant la distribution des fonds par le « PERSONNE1.) Victim Fund » pour pouvoir déterminer le montant effectif du préjudice qu'auront subi les FCP,

- *encore plus subsidiairement,*

inviter les intimées à déclarer si, parmi soit les FCP eux-mêmes, soit les investisseurs dans les FCP, il y en a dont la créance a été acceptée par le « PERSONNE1.) Victim Fund » et, dans l'affirmative, à hauteur de quel montant,

- *en tout état de cause,*

les intimées s'entendre condamner à payer à l'appelante la somme de 15.000.- euros au titre de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et s'entendre condamner à payer les frais et dépens des deux instances.

L'instruction a été clôturée par ordonnance du 19 février 2024. Les mandataires des parties ont été informés que l'affaire serait plaidée à l'audience du 22 mai 2024. Lors de cette audience, les plaidoiries ont été refixées au 12 juin 2024. L'affaire a été prise en délibéré à la même date.

Discussion

Pour rappel, les parties se sont entendues pour voir limiter les débats dans un premier temps aux questions de la recevabilité de l'appel, de la nullité du jugement entrepris et de la qualité à agir d'SOCIETE8.) et d'SOCIETE5.), de sorte que la Cour ne reprendra dans le cadre du présent arrêt que les moyens soulevés par les parties y ayant trait.

Il convient dès lors de se référer aux conclusions récapitulatives d'SOCIETE1.) et SOCIETE6.), déposées au greffe de la Cour en date du 16 novembre 2023, qui seront les seules à être prises en compte par la Cour pour les parties appelante et intimée sub 3, avant de venir à celles d'SOCIETE8.) et d'SOCIETE5.), déposées en date du 16 janvier 2024 au greffe de la Cour, qui seront les seules examinées par la Cour pour les parties intimées, par application de l'article 586, alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile.

* SOCIETE1.) et SOCIETE6.) critiquent le jugement dont appel dans la mesure où il est intervenu sur un motif - à savoir qu'en faisant appel contre l'ordonnance de référé du 15 janvier 2009, SOCIETE1.) aurait «*ouvertement mis en cause l'instruction lui donnée par le conseil d'administration de SOCIETE10.) de procéder à l'exécution de l'ordre de rachat*» et de ce fait (moyennant une prétendue inexécution de l'instruction de paiement reçue) commis une inexécution contractuelle à l'égard du fonds - que les intimées n'avaient pas fait valoir devant le tribunal et qui n'a dès lors jamais été soumis à la discussion des parties.

Elles expliquent que la prétendue faute invoquée par les intimées consistait uniquement dans le fait de ne pas avoir payé le prix de rachat des actions ni avant le 15 décembre 2008, ni le 15 décembre 2008, ni le 19 décembre 2008, ni le 30 décembre 2009, ni même le 6 janvier 2009, mais en l'occurrence aucune mention donc - et à fortiori aucun moyen tiré - de l'appel interjeté par SOCIETE1.) contre l'ordonnance de référé du 15 janvier 2009.

Elles ajoutent en se référant à l'article 56 du Nouveau Code de procédure civile que si le juge a certains pouvoirs en matière de faits adventices, ceux-ci ne seraient cependant pas illimités, surtout lorsqu'un fait adventice doit recevoir une qualification juridique. Ainsi, «*lorsque le fait adventice s'articule avec le droit, c'est-à-dire s'il donne naissance à un moyen de droit dont l'application suppose la prise en compte du fait adventice*», le juge aurait l'obligation d'interroger les parties à son sujet en application de l'article 65 du Nouveau Code de procédure civile.

Si le tribunal estimait que l'inexécution contractuelle d'SOCIETE1.) à l'égard du fonds consistait en réalité dans le fait d'interjeter appel après avoir procédé au paiement, il aurait dû permettre aux parties de débattre de cette question, alors

que dire que le fait d'interjeter appel d'une décision de première instance constitue en lui-même un acte fautif - alors même que cet acte n'avait rien de téméraire, la Cour d'appel ayant réformé le jugement attaqué - reviendrait manifestement à revêtir ce fait adventice d'une qualification juridique.

En procédant de la sorte, les juges de première instance auraient méconnu le principe du contradictoire et le jugement déféré encourrait la nullité de ce fait.

Elles se rapportent à la sagesse de la Cour sur le fait de savoir s'il y a lieu de renvoyer l'affaire devant le tribunal.

Quant à la recevabilité des actions introduites par les intimées, SOCIETE1.) et SOCIETE6.) font plaider, en se référant à la motivation contenue à la page 18 du jugement déféré, que ce serait à juste titre que les juges de première instance ont déclaré irrecevable l'action en tant qu'elle émane d'SOCIETE8.). La même conclusion s'imposerait encore pour d'autres motifs, à savoir ceux retenus par la Cour dans l'affaire ayant opposé les entités SOCIETE5.) à SOCIETE10.) (cf. arrêt du 1^{er} avril 2015, page 6) et consistant dans le fait qu' SOCIETE8.) n'établit pas à suffisance de droit avoir été actionnaire de SOCIETE10.), le registre des actionnaires de la Sicav ne comportant aucune référence à SOCIETE8.). Si SOCIETE8.) se voyait déclarée recevable à agir, elle ne pourrait jamais le faire qu'en vertu et dans la limite des pouvoirs lui conférés par l'article 214-25 alinéa 3 du Code Monétaire disposant que « *Le fonds commun de placement est représenté à l'égard des tiers par la société chargée de sa gestion. Cette société peut agir en justice pour défendre ou faire valoir les droits ou intérêts des porteurs de parts.* ». SOCIETE8.) n'aurait ainsi pas qualité pour agir en paiement du montant correspondant à la valeur (annoncée) de rachat, mais exclusivement du préjudice subi par les différents porteurs de parts (à l'époque pertinente) des FCP. Tout comme il appartiendrait aux différents détenteurs de parts - s'ils agissaient individuellement - d'établir le préjudice subi par eux individuellement à la date de ce jour, il appartiendrait à SOCIETE8.), agissant en représentation de ces porteurs de parts, de rapporter cette preuve, en faisant en particulier état des montants le cas échéant d'ores et déjà touchés par certains porteurs de parts, voire par tous les porteurs de part, de la part du « *PERSONNE1.) Victim Fund* », voire de la part de SOCIETE8.) (ou d'une autre entité SOCIETE5.) elle-même, ou de toute autre source.

Ce serait par contre à tort que ces mêmes juges auraient reconnu un intérêt à agir à SOCIETE5.) prétendant agir, non pas pour son propre compte et à son propre bénéfice, mais au bénéfice des FCP dont elle est la banque dépositaire. Elles rappellent que les actions au titre desquelles SOCIETE5.) prétendrait agir auraient été souscrites par FundSettle, FundSettle étant la plateforme de règlement de titres d'SOCIETE9.) et seraient inscrites dans le registre des actions nominatives de SOCIETE10.) sous la mention « *FS/SOCIETE5.) et Cie* ». Se prévalant de la motivation d'un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 19 janvier 2011, confirmé par un arrêt de la Cour d'appel du 7 mai 2015 (soit, un mois après celui rendu par la Cour d'appel dans l'affaire SOCIETE5.) c/ SOCIETE10.), qui aurait déjà eu à se prononcer sur la question de savoir si une relation juridique d'actionnariat se créait entre un fonds d'investissement, en l'occurrence Luxembourg Investment Fund (LIF), lui aussi

impacté par l'affaire PERSONNE1.), et un fonds commun de placement (FCP), en l'occurrence PERSONNE3.), ayant souscrit, via sa société de gestion, SOCIETE21.), qui avait elle-même eu recours à une plateforme « *nominee* » de droit espagnol, Allfundsbank, elles en concluent que l'action intentée par SOCIETE5.) devrait être déclarée irrecevable, celle-ci ne pouvant pas, compte tenu des modalités de détention librement choisies par elle (notamment moyennant le recours à des intermédiaires/nominees) se voir reconnaître la qualité de propriétaire des actions se trouvant à la base de son action. SOCIETE5.) serait encore à déclarer irrecevable à agir parce qu'elle ne détenait les actions SOCIETE10.) qu'en sa qualité de banque dépositaire et que c'est également en cette qualité qu'elle devait recueillir le prix de rachat de ces actions, et non pas en sa qualité propre.

Elles répliquent quant au moyen d'irrecevabilité de l'acte d'appel soulevé par les intimées que le fait que Maître Marc ELVINGER n'intervienne en l'occurrence qu'en tant que représentant de la personne morale avocat, ressort sans ambiguïté aucune de l'acte d'appel sans qu'il ne puisse lui être imputé d'agir pour son propre compte et en son propre nom ; que l'élection de domicile figurant à la suite de la constitution d'avocat ne serait à son tour pas à rattacher à titre personnel au représentant légal de la société d'avocats constituée mais à celle-ci même ; que l'utilisation des termes « *en l'étude duquel* », au lieu de « *en l'étude de laquelle* », constituerait une erreur purement matérielle, respectivement grammaticale qui ne saurait faire encourir l'irrecevabilité à l'appel déféré à la Cour. Si double constitution d'avocat il y avait, *quod non*, il ne s'agirait pas d'une nullité de fond mais d'une simple nullité de forme, à laquelle s'appliquerait l'article 264 Nouveau Code de procédure civile disposant que la nullité ne peut être prononcée que si l'irrégularité porte atteinte aux intérêts des parties adverses, ce qui ne serait manifestement pas le cas en l'espèce. A toutes fins utiles, le fait de sanctionner par la nullité d'un acte d'appel une simple erreur matérielle de rédaction telle que celle en cause relèverait d'un formalisme manifestement excessif, incompatible comme tel avec les exigences inhérentes à l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et du droit d'accès à la justice requis par cette disposition.

* SOCIETE5.) et SOCIETE8.) objectent en premier lieu que l'acte d'appel du 26 avril 2019 renseignerait que deux avocats sont constitués pour la partie appelante, d'une part, un avocat personne morale, la société anonyme ELVINGER HOSS ET PRUSSEN (ci-après EHP) et, d'autre part, un avocat personne physique, Maître Marc ELVINGER alors que l'élection de domicile faite par la partie appelante chez Maître Marc ELVINGER et non chez EHP emporterait constitution d'avocat de Maître Marc ELVINGER. La constitution d'avocat telle que figurant dans l'acte d'appel dont question constituerait ainsi une double constitution d'avocat à la Cour. Or, conformément à l'article 585 du Nouveau Code de procédure civile énonçant qu'« *outre les mentions prescrites à l'article 153 et à l'article 154, l'appel contient à peine de nullité : 1) la constitution de l'avocat de l'avoué (...)* » et à l'article 192 du Nouveau Code de procédure civile stipulant que « *Les parties sont, sauf disposition contraire tenues de constituer avocat. Cette constitution emporte élection de domicile. L'élection de domicile en l'étude d'un avocat emporte constitution de ce dernier.* », une double constitution d'avocat à la Cour comme celle qui vient d'être décrite devrait

entraîner la nullité dudit acte d'appel et par voie de conséquence des demandes formulées dans cet acte.

Pour s'opposer au moyen de nullité du jugement déféré, elles argumentent que les juges de première instance ont bien fondé leur décision uniquement sur des éléments qui étaient dans le débat. Elles admettent que les juges ont pris en compte, pour rendre leur décision, l'existence de l'ordonnance de référé du 15 janvier 2009 et l'appel interjeté contre cette ordonnance par SOCIETE1.), pour juger que par cet appel « SOCIETE1.) avait ouvertement mis en cause l'instruction lui donnée par le conseil d'administration de SOCIETE10.) de procéder à l'exécution de l'ordre de rachat », mais soulignent que ces éléments seraient des faits connus par les parties, versés par leur mandataire en première instance et dont la partie appelante a accusé réception en date du 5 mai 2017. Leur mandataire aurait bel et bien fait valoir ces faits dans ses conclusions. En tout état de cause, le juge serait en droit de prendre en considération certains faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leur prétention. Il s'agirait alors de faits adventices, c'est-à-dire des faits qui figurent dans le débat, mais que les parties n'ont pas nécessairement invoqués, volontairement ou non, au soutien de leurs prétentions respectives ou dont elles n'ont pas tiré de conséquence juridique. Ces faits pourraient être déduits des pièces soumises au juge ou de circonstances factuelles particulières. En l'occurrence, les juges auraient simplement usé de la faculté leur reconnue d'invoquer un fait adventice au soutien d'un moyen de droit qui était invoqué par les parties intimées, à savoir la faute délictuelle d'SOCIETE1.) à leur égard. Ce faisant, les juges n'auraient absolument pas violé le principe du contradictoire de sorte que la demande en annulation du jugement entrepris par la partie appelante devrait purement et simplement être rejetée pour être non fondée.

Si par impossible la Cour devait considérer que les juges du premier degré ont violé le principe du contradictoire, *quod non*, il appartiendrait à la juridiction d'appel de statuer sur le fond de l'affaire en vertu de l'effet dévolutif de l'appel et il y aurait lieu de rejeter la demande de renvoi devant le tribunal telle que sollicitée par la partie appelante.

Quant à l'intérêt et à la qualité à agir des entités SOCIETE5.), elles font valoir que c'est à bon droit que les juges de première instance ont déclaré les demandes d'SOCIETE8.) et d'SOCIETE5.) recevables et que c'est donc à tort que la partie appelante sollicite la réformation du jugement entrepris sur ce point.

Elles expliquent qu'il ressort à suffisance des éléments du dossier que les porteurs de parts des FCP, gérés et légalement représentés par SOCIETE8.), étaient propriétaires des actions Luxalpha, dont la conservation avait été confiée à SOCIETE5.) ; que les FCP, gérés et légalement représentés par SOCIETE8.), ont demandé le rachat des actions Luxalpha ; que leur ordre de rachat a été confirmé et la propriété des actions Luxalpha ainsi rachetées a été transférée à SOCIETE10.) en date du 10 décembre 2008 et que les FCP, représentés par SOCIETE8.), n'ont pas perçu la contrepartie de ce transfert de propriété des titres Luxalpha, à savoir le prix du rachat des actions Luxalpha, qui aurait dû lui être transféré par SOCIETE1.), au plus tard le 10, sinon le 15 décembre 2008. Il ne pourrait ainsi être contesté qu'SOCIETE8.), agissant en qualité de gestionnaire

des FCP, a bien intérêt et qualité à agir dans la présente instance, pour mettre en cause la responsabilité d'SOCIETE1.) au titre des fautes commises par celle-ci dans le cadre de ses fonctions de banque dépositaire de SOCIETE10.).

Si, par impossible, la Cour venait à considérer qu'SOCIETE8.) n'a pas intérêt et/ou qualité à agir, *quod non*, il y aurait alors lieu de confirmer le jugement entrepris et de retenir que c'est SOCIETE5.) qui aurait intérêt et/ou qualité à agir pour obtenir réparation du préjudice subi en relation avec le comportement fautif d'SOCIETE1.) dans la présente affaire. Elles ajoutent que, suivant la décision de la Cour d'appel du 1^{er} avril 2015, coulée en force de chose jugée, rendue entre SOCIETE8.), SOCIETE5.) et SOCIETE10.), il ressortirait que, vis-à-vis de SOCIETE10.) (et sans préjudice de la question de la propriété des actions Luxalpha dans les relations entre SOCIETE8.), SOCIETE5.) et les FCP, qui devrait être tranchée au regard des dispositions du droit français), SOCIETE5.) devrait être considérée comme ayant été la propriétaire des actions Luxalpha (avant leur rachat) et que c'est donc SOCIETE5.) qui aurait dû se voir payer par SOCIETE1.) le prix du rachat des actions Luxalpha et qu'en s'abstenant de payer le prix du rachat des actions Luxalpha à SOCIETE5.), SOCIETE1.) aurait engagé sa responsabilité. SOCIETE5.) serait à considérer, vis-à-vis de SOCIETE10.), comme ayant été actionnaire de celle-ci, avant le rachat des actions Luxalpha. A noter encore qu'SOCIETE5.) est la banque dépositaire des FCP. À ce titre, elle se serait vu confier la conservation et la garde des actifs de ceux-ci, de sorte qu'au regard des dispositions du droit français, SOCIETE5.) serait donc, vis-à-vis des FCP, à considérer comme simple détenteur des actifs des FCP, dont les actions Luxalpha, dans l'intérêt des porteurs de parts des FCP. SOCIETE1.), en sa qualité de banque dépositaire de SOCIETE10.), ne pourrait prendre en considération que la situation d'SOCIETE5.) vis-à-vis de SOCIETE10.) (à savoir celle d'actionnaire) et non celle d'SOCIETE5.) vis-à-vis des FCP (à savoir celle de détenteur) et elle ne pourrait donc dénier à SOCIETE5.) la qualité d'actionnaire de SOCIETE10.).

Quant aux deux décisions invoquées par la partie appelante (*voyez Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 19 janvier 2011, n°122.355 et Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, 7 mai 2015, n°37.382 du rôle*), tant les faits que les problématiques toisés par le tribunal d'arrondissement et la Cour d'appel dans ces deux décisions diffèreraient de ceux de la présente espèce, de sorte qu'il ne pourrait être tiré de ces deux décisions aucun enseignement utile pour la présente affaire.

Appréciation de la Cour

- Nullité de l'acte d'appel pour violation du principe de l'unicité de l'avocat

Les parties intimées ont conclu à la nullité de l'acte d'appel pour contenir une double constitution d'avocat à la Cour.

L'article 192 du Nouveau Code de procédure civile dispose que : « *Les parties sont, sauf disposition contraire, tenues de constituer avocat. Cette constitution emporte élection de domicile. L'élection de domicile en l'étude d'un avocat emporte constitution de ce dernier.* »

Aux termes des articles 193 et 586 du Nouveau Code de procédure civile, outre les mentions prescrites à l'article 153 et à l'article 154 de ce même code, l'assignation, respectivement l'appel contient à peine de nullité « *la constitution de l'avocat du demandeur* ».

Ces articles, de par les termes mêmes employés, consacrent le principe de l'unicité de l'avocat pour la constitution d'avocat. Ils ne font à cet égard que reprendre, tout en les adaptant, les termes de l'article 61 du Code de procédure civile, qui énonçait que « *l'exploit d'ajournement contiendra, 1^o(...), la constitution de l'avoué qui occupera* » pour le demandeur.

Comme ces textes visent la constitution d'avocat au singulier, la doctrine et la jurisprudence en ont déduit la règle qu'une partie n'est admise à se faire représenter que par une seule personne habilitée par la loi. Il est normal qu'il en soit ainsi, car la postulation multiple serait une source de frais superflus et, en plus, nuirait à la bonne marche de la procédure et par là même à une bonne administration de la justice (Encyclopédie Dalloz, procédure civile, v^o assignation, éd. 2012, n^o 66 ; RTD civ. 1977, p. 185, obs. Roger Perrot).

La règle de l'unicité d'avocat entraîne comme conséquence que tout acte de procédure posé en violation de cette règle encourt la nullité pour méconnaissance d'une formalité procédurale substantielle. En effet, de façon majoritaire, les décisions rendues au sujet de la validité de la constitution d'avocat à la Cour retiennent que l'obligation de comparaître par ministère d'avocat à la Cour est une obligation inhérente à l'organisation judiciaire luxembourgeoise et que partant l'irrégularité de la constitution d'avocat est de nature à engendrer la nullité de l'acte comme étant affecté d'un vice de fond relevant de l'organisation judiciaire. Même si les termes employés au fil du temps ont pu varier, l'idée exprimée a été la même. (Th. Hoscheit, *Le Droit Judiciaire Privé*, 2^e éd., éditions Paul Bauler, 2019, n^o 415, p. 267). À l'analyse des décisions rendues dans ce contexte, on peut relever qu'il y a des applications divergentes sur les conditions dans lesquelles la nullité de fond découlant des irrégularités affectant la mention de l'avocat constitué puisse être prononcée. Certains arrêts prennent soin d'écartier l'obligation de devoir démontrer un grief pour prononcer l'annulation de l'acte, mais retiennent que l'exception de nullité a été soulevée in limine litis. D'autres arrêts font une application plus rigoureuse en décidant que l'application de l'article 264 du Nouveau Code de procédure civile est écartée en son intégralité en présence d'une irrégularité de fond, de sorte qu'il n'est requis ni de soulever l'exception au seuil de l'instance, ni de démontrer un grief pour voir aboutir le moyen afférent. (Th. Hoscheit, *op. cit.*, n^o 415, p. 268). Même si un arrêt de la Cour d'appel a pu prendre le contrepied de cette jurisprudence traditionnelle, en retenant que l'irrégularité qui affecte la constitution d'avocat relève de la catégorie des nullités de forme, il n'en reste pas moins qu'en l'absence de disposition législative i) consacrant les notions de nullité de forme et de nullités de fond et ii) opérant une répartition entre les unes et les autres, il revient au tribunal de qualifier les différentes irrégularités qui affectent les actes d'huissier, étant précisé que dans le cadre de ces opérations de qualification, le tribunal est libre (Th. Hoscheit, *op. cit.*, n^o 416, p. 268).

Dans l'acte d'appel signifié le 26 avril 2019 la constitution d'avocat et l'élection de domicile sont libellées comme suit :

« (...) pour laquelle est constitué et occupera ELVINGER HOSS PRUSSEN, société anonyme, établie et ayant son siège social à L-1340 Luxembourg, 2, place Winston Churchill, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B209469, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Marc ELVINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, en l'étude duquel domicile est élu ».

A la lecture de cet acte, il ne fait aucun doute que c'est bien la société précitée, et uniquement celle-ci, qui est constituée et occupera, et qu'elle est représentée à cet effet par Maître Marc ELVINGER, ayant le pouvoir d'agir au nom de la société, ceci conformément à l'article 8 paragraphe (11) de la loi modifiée de 1991 sur la profession d'avocat en ce qu'il dispose que : *„Dans tous les actes relevant de l'exercice de la profession d'avocat au Luxembourg, la personne morale devra être représentée par un avocat inscrit à un Ordre prévu par la présente loi. Pour les actes requérant le ministère d'avocat à la Cour, la personne morale doit être représentée par un avocat inscrit à la liste I du tableau ».*

L'acte d'appel, en ce qu'il indique que la partie appelante comparaît par la société précitée, ayant élu domicile en l'étude du fondé de pouvoir la représentant, contient ainsi une erreur matérielle qui n'en affecte cependant pas la validité, et doit être compris comme indiquant que la partie appelante comparaît par la société précitée, représentée par Maître Marc ELVINGER, en l'étude de laquelle domicile est élu, le tout par application des articles 193 et 586 du Nouveau Code de procédure civile.

Ce constat est confirmé par le fait que c'est la société précitée qui a demandé dans l'exploit de l'huissier de justice Josiane Gloden la distraction des frais et dépens dont elle affirme en avoir fait l'avance, ce que ladite société ne peut demander qu'en tant qu'avocat constitué.

Il en suit que le moyen n'est pas fondé.

- Nullité du jugement entrepris pour violation du principe du contradictoire

La partie appelante fait grief aux juges de première instance d'avoir motivé le fondement de la demande d'*SOCIETE5.*) en se basant d'office sur les conséquences d'une procédure diligentée en référé par *SOCIETE17.*), certes versée au dossier, mais sans avoir invité les parties à en débattre contradictoirement, et d'en avoir fait l'unique base de la motivation sous-jacente au fondement de ladite demande.

Elle reproche ce faisant au jugement entrepris d'avoir violé le principe du contradictoire garanti par l'article 65 du Nouveau Code de procédure civile.

Aux termes de l'article 56 du Nouveau Code de procédure civile, *« le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat.*

Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions. »

L'article 65 de ce même code prévoit que, « *Le juge doit en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir dans sa décision les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations. »*.

Ces textes consacrent le principe fondamental de notre procédure selon lequel les juges ne peuvent se prononcer d'après des renseignements personnels, mais seulement d'après la connaissance qu'ils ont acquise des éléments du débat suivant les formes légales et selon lequel le caractère contradictoire des débats est d'une importance primordiale dans le procès équitable. La violation de ces principes entraîne la nullité de la décision.

En résumé, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à soutenir leurs prétentions, le juge ne pouvant fonder sa décision sur des faits hors du débat. Le fait dans le débat est tout fait que les parties ont été mises en mesure de discuter.

Selon la conception classique, le fait relèverait des parties, tandis que le droit serait l'apanage du juge (Règle « *da mihi factum, tibi dabos jus* »). En principe, le juge est donc enfermé dans le cadre de l'instance tracé par les parties, il ne peut statuer infra ou ultra petita, changer la qualité des parties, la cause et l'objet de la demande.

En pratique, s'il apparaît lié par les conclusions des parties, le juge n'est pas dénué de tout pouvoir d'initiative dans le domaine du fait. Il peut ainsi prendre en considération parmi les éléments du débat non seulement les faits spécialement invoqués par les parties c'est-à-dire ceux sur lesquels les parties s'appuient particulièrement pour les articuler dans un moyen, mais également des faits qui n'ont pas été invoqués spécialement par les parties soit sciemment, soit involontairement. Ces faits sont qualifiés de faits adventices.

La prise en compte de faits adventices n'est qu'une faculté pour le juge, mais s'il le fait il doit respecter le principe du contradictoire.

En effet, les juges du fond doivent respecter le principe du contradictoire en toute circonstance ce qui leur impose notamment d'inviter les parties à présenter leurs observations préalables sur les moyens qu'ils entendent relever d'office, aussi bien que sur les faits adventices et preuves qu'ils entendent tirer du dossier.

En l'espèce, il n'est pas contesté que la demande en condamnation d'(SOCIETE8.) et SOCIETE5.) reposait sur l'allégation d'un comportement du prétendu responsable, en l'occurrence SOCIETE1.), susceptible d'être

générateur de responsabilité et consistant en une inexécution d'un ordre de rachat des actions Luxalpha à une date déterminée.

Pour vérifier le fondement de cette allégation, le tribunal a donc procédé à la détermination de la date à laquelle le paiement aurait dû intervenir par les soins d'*SOCIETE1.*), étant rappelé que selon les intimées l'opération de rachat serait devenue irrévocable le 10 décembre 2008.

Sur cette question le tribunal s'est prononcé comme suit :

*« Il est vrai que l'opération a été confirmée en date du 10 décembre 2008 (cf. pièce n° 5 des demanderesses indiquant, sous la rubrique « confirmation approved », la date du 10 décembre 2008) et il est pareillement vrai que les titres ont été débités à la même date, toujours est-il que le paiement n'était pas prévu pour cette même date mais à la date du 15 décembre 2008 (« confirmed settlement date »). La télécopie d'*SOCIETE6.*) du 10 décembre 2008 prévoit également comme « value date » la date du 15 décembre 2010 (il faut lire 2008). A aucun moment il n'a été prévu que le paiement aurait dû intervenir dès le 10 décembre 2008.*

*Il faut donc conclure qu'il ne peut être reproché à *SOCIETE1.*) de ne pas avoir transféré la contrepartie financière du rachat à la date du 10 décembre 2008.*

Le paiement n'a cependant pas non plus été effectué le lundi, 15 décembre 2008, comme cela avait été confirmé.

*A cette date, le conseil d'administration de *SOCIETE10.*) avait décidé « to suspend calculation of the net asset value and hence the issue, conversion and redemption of shares » (procès-verbal du 12 décembre 2008). Le conseil d'administration de *SOCIETE10.*) a également demandé à *SOCIETE6.*) de lui procurer une liste de toutes les souscriptions et de tous les rachats calculés à la *SOCIETE12.*) du 17 novembre 2008, 1^{er} décembre 2008 et 15 décembre 2008. La décision quant au traitement de ces différentes demandes a été reportée par le conseil d'administration (réunion du 15 décembre 2008).*

*Dans ces circonstances, il ne saurait être reproché aux défenderesses de ne pas avoir exécuté le rachat, aucune instruction en ce sens ne leur a été donnée par *SOCIETE10.*). Au contraire, le conseil d'administration de *SOCIETE10.*), au vu du scandale éclaté le 12 décembre 2008, voulait d'abord avoir une vue d'ensemble de la situation des rachats et souscriptions.*

*Cette période de suspension et d'analyse a perduré jusqu'au 19 décembre 2008. A cette date le conseil d'administration de *SOCIETE10.*) a décidé d'accepter les ordres de souscriptions du 17 novembre 2008 ainsi que d'exécuter les ordres de rachats de la même date de calcul de la *SOCIETE12.*). A cette date, la décision*

de principe quant à la validité de ces ordres de rachat et quant à l'obligation de les respecter a été prise, même si un paiement différé a encore été envisagé.

Toute incertitude a définitivement été levée lorsqu'en date du 6 janvier 2009, SOCIETE10.) s'adresse en des termes parfaitement clairs à SOCIETE1.) en lui donnant l'instruction de procéder aux paiements des rachats figurant à la liste annexée. SOCIETE10.) précise même «please consider the above-mentioned documents as formal payment instructions to be executed completing earlier instructions sent ».

Une instruction de paiement n'aurait pas pu être donnée en des termes plus clairs.

Il est vrai qu'en raison de la saisie-arrêt antérieurement pratiquée, cette instruction n'a pas pu être exécutée dès le 6 janvier 2009.

Or, la saisie-arrêt a été cantonnée au montant de 1.000.000,- EUR par ordonnance du 15 janvier 2009 et SOCIETE1.), en tant que tiers saisi, a été déchargée pour le surplus. A remarquer qu'SOCIETE1.) n'avait aucune obligation de se fier au cantonnement volontaire décrété par SOCIETE15.).

A compter du 15 janvier 2009 plus aucun obstacle ne s'opposait à l'exécution de l'instruction claire donnée par SOCIETE10.). A cette même date, le juge des référés, en se basant notamment sur cette instruction, a également enjoint à SOCIETE1.) d'exécuter l'ordre de rachat. »

La Cour en déduit que le tribunal a fixé la date à laquelle le paiement d'SOCIETE1.) devait intervenir au 15 janvier 2009.

Pour retenir ensuite l'existence d'une inexécution dans le chef d'SOCIETE1.) à compter de la date fixée, le tribunal a motivé sa décision en ces termes :

« L'ordre de rachat a été exécuté (une astreinte avait effectivement été prononcée) mais appel a été interjeté dès le 29 janvier 2009 par SOCIETE1.). Ce faisant, SOCIETE1.) a ouvertement mis en cause l'instruction lui donnée par le conseil d'administration de SOCIETE10.) de procéder à l'exécution de l'ordre de rachat, ce dont l'ordonnance de référé n'a été que le reflet.

Bien que le contrat entre SOCIETE10.) et SOCIETE1.) en tant que banque dépositaire et datant du 5 février 2004 ne soit pas versé, il résulte à suffisance du prospectus de SOCIETE10.) que ce contrat existe et que SOCIETE1.) assurait la garde de l'ensemble des actifs liquides appartenant au fonds pour le compte des actionnaires et qu'elle accomplissait les devoirs habituels d'une banque en ce qui concerne les comptes et titres du fonds, ainsi que l'ensemble des tâches administratives d'usage se rapportant aux actifs du fonds (page 15

du prospectus).

Dans le cadre de l'ordre de paiement actuellement litigieux, il s'agissait simplement de débiter le compte de SOCIETE10.) de la contrepartie correspondant au prix de rachat des actions, soit la somme de 30.072.217,90 EUR, pour la porter au crédit du compte du bénéficiaire.

En n'exécutant pas l'ordre de payer émanant du fonds, SOCIETE1.) s'est rendue coupable d'une inexécution contractuelle à son égard. (...) »

En l'espèce, s'il est vrai que la procédure de référé était mentionnée par les parties et versée aux débats en première instance, toujours est-il que l'appel interjeté par SOCIETE1.) contre l'ordonnance du 15 janvier 2009 sur lequel les juges de première instance ont fondé leur décision pour retenir qu'SOCIETE1.) a commis ce faisant une inexécution contractuelle n'avait sous cet aspect pas fait l'objet d'un débat contradictoire entre les parties au présent litige.

En se fondant, pour retenir la responsabilité d'SOCIETE1.), sur l'appel-référé introduit par cette dernière, sans susciter les observations préalables des parties sur le caractère potentiellement fautif de ce fait, qu'aucune des parties n'avait spécialement invoqué à l'appui de ses prétentions, les juges du fond relèvent un fait adventice non évoqué pour en tirer des conséquences juridiques fortes et ainsi violé l'article 65 du Nouveau Code de procédure civile.

Il s'ensuit que le jugement du 22 février 2019 encourt l'annulation pour non-respect du principe du contradictoire.

Il est généralement admis par la doctrine et la jurisprudence française que le juge du second degré auquel est déféré un jugement qui a statué sur le fond, se trouve, en cas d'annulation dudit jugement, investi de la connaissance entière de la cause et doit vider le litige de la même manière que s'il était le juge de premier degré. En vertu de cet effet dévolutif de l'appel, il s'impose aux juges d'appel de statuer sur l'entièreté de la demande initiale et de la vider.

Il y a cependant lieu de noter que le législateur français a consacré dans l'article 562 alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile français le caractère impératif et intégral de l'effet dévolutif en cas d'annulation d'un jugement, tandis qu'aucun texte similaire n'existe en droit luxembourgeois.

Dès lors, et conformément à un courant doctrinal et jurisprudentiel ayant existé en France avant l'introduction de l'alinéa 2 à l'article 562 Nouveau Code de procédure civile français, cette annulation d'un jugement par la Cour d'appel a pour conséquence que le premier degré de juridiction n'a pas été épuisé et que la connaissance de l'affaire au fond doit être renvoyée à la juridiction du premier degré, ceci d'autant plus si aucune des parties n'a renoncé au bénéfice du double degré de juridiction (cf. Jurisclasseur Procédure civile, fasc. 724 : Appel-nullité, fonctions d'annulation de l'appel, n°6).

Si dans son acte d'appel, SOCIETE1.) a principalement demandé à la Cour, par réformation, de déclarer nul le jugement entrepris et de renvoyer la cause en

prosécution devant la juridiction de première instance, elle s'est rapportée à prudence de justice sur cette question dans ses dernières conclusions (cf. point 75, page 33 des conclusions du 16 novembre 2023).

SOCIETE8.) et SOCIETE5.), pour leur part, ont demandé à la Cour de statuer sur le fond du litige.

L'affaire étant en état et les parties ayant conclu quant au fond, il y a lieu à évocation.

- *Défaut de qualité à agir d'SOCIETE8.) et d'SOCIETE5.)*

Comme en première instance, la partie appelante dénie aux parties intimées toute qualité et intérêt à agir dans l'optique de recouvrer une prétendue créance en relation avec les comportements fautifs d'SOCIETE1.) et d'SOCIETE6.) résultant du non-paiement du prix de rachat des actions Luxalpha.

En l'espèce, SOCIETE8.) agit en sa qualité de société de gestion des FCP ainsi qu'en son nom personnel et prétend avoir subi un préjudice en lien direct avec les fautes ci-avant alléguées. SOCIETE5.), pour sa part, agit en sa qualité de banque dépositaire des FCP et ce à titre subsidiaire, pour le cas où la demande d'SOCIETE8.) serait rejetée, sauf en ce qui concerne le préjudice prétendument né de l'atteinte à sa réputation, qui lui serait propre.

Il est rappelé que la qualité pour agir constitue pour le sujet de droit, l'aptitude à saisir la justice dans une situation concrète donnée et elle n'est pas une condition particulière de recevabilité lorsque l'action est exercée par celui-là même qui se prétend titulaire du droit, l'existence effective du droit invoqué n'étant pas une condition de recevabilité de la demande ou de l'appel, mais uniquement la condition de son succès au fond ou en d'autres termes de son bien-fondé. L'intérêt à agir qui doit être légitime, né et actuel, ainsi que direct et personnel constitue l'une des conditions de recevabilité, au fond d'une demande.

Toutefois, parfois la qualité est dissociée de l'intérêt. Bien qu'une personne ait un intérêt direct et personnel à l'action, elle n'a pas la qualité à agir. C'est le cas des actions dites « *attribuées* », qui ne sont ouvertes qu'à certaines personnes habilitées à cet effet. A l'inverse, les actions dites « *banales* » sont ouvertes à tous. Cette restriction d'agir en justice doit résulter obligatoirement de la loi. Le législateur n'attribue qualité qu'à certaines personnes qui pourraient avoir un intérêt à agir. Il le fait dans le cadre des actions qui tendent à l'anéantissement d'une situation juridique.

En l'occurrence, les demandes d'SOCIETE8.) et d'SOCIETE5.) ne sont pas des demandes attribuées au sens développé ci-dessus.

Les demandes sont partant recevables sous cet aspect.

La question de savoir si SOCIETE8.) et/ou SOCIETE5.) ont effectivement subi un préjudice du fait des comportements reprochés à SOCIETE1.) et SOCIETE6.)

et sont ainsi réellement titulaires du droit dont elles se prévalent relève du fond et ne se pose donc pas au stade de la recevabilité.

Le moyen d'irrecevabilité est à rejeter.

L'affaire est renvoyée devant le juge de la mise en état aux fins de poursuite de l'instruction.

En attendant, il y a lieu de réserver les demandes ainsi que les frais et dépens.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

rejette le moyen tiré de la violation de l'article 586 du Nouveau Code de procédure civile ;

dit l'appel recevable ;

dit que les juges de première instance ont contrevenu au principe du contradictoire ;

annule en conséquence le jugement entrepris ;

statuant à nouveau,

déclare les demandes présentées par la société par actions simplifiée de droit français SOCIETE2.) SAS, anciennement SOCIETE2.) SA, et par la société en commandite par actions de droit français SOCIETE5.) SCA, anciennement SOCIETE5.), recevables ;

avant tout autre progrès en cause,

invite les parties à poursuivre l'instruction du dossier ;

réserve le surplus ainsi que les frais ;

renvoie l'affaire devant le magistrat de la mise en état.

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.