

Texte pseudonymisé

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

Arrêt N° 102/24 - IX – COM

Audience publique du cinq décembre deux mille vingt-quatre

Numéro 39979 du rôle

Composition:

Carole KERSCHEN, président de chambre,
Danielle POLETTI, premier conseiller,
Martine DISIVISCOUR, premier conseiller,
Gilles SCHUMACHER, greffier.

E n t r e :

la société **SOCIETE1.) SPC** (in official liquidation), une « exempted segregated portfolio company » constituée sous les lois des Cayman Islands, établie et ayant actuellement son siège social à ADRESSE1.), représentée par ses coliquidateurs officiels, Messieurs PERSONNE1.) et PERSONNE2.) de SOCIETE2.) (Cayman) Ltd ayant pour adresse ADRESSE2.),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER, en remplacement de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg, du 15 mai 2013,

comparant par Maître Stéphane LATASTE, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme **SOCIETE3.) (ADRESSE3.)**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE4.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de ADRESSE3.) sous le numéro NUMERO1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prédit exploit MULLER du 15 mai 2013,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée

aux fins des présentes par Maître François KREMER, assisté par Maîtres Evelynne LORDONG et Clara MARA-MARHUENDA, avocats à la Cour, demeurant à ADRESSE3.).

LA COUR D'APPEL :

Saisi par la société SOCIETE1.) SPC, une « segregated portofolio company » constituée sous la loi des Iles Cayman (ci-après « SOCIETE1. ») suivant assignation du 3 avril 2009, de demandes à l'égard de la société anonyme SOCIETE3.) (ADRESSE3.)) SA (ci-après « SOCIETE3. »), le tribunal d'arrondissement de et à ADRESSE3.) a, par jugement rendu contradictoirement en date du 22 mars 2013 :

- reçu la demande en la forme ;
- rejeté les moyens d'irrecevabilité ;
- débouté de la demande en restitution des titres ;
- sursis à statuer sur la restitution du « cash » pour permettre aux parties d'approfondir la question de la « *termination* » du contrat de dépôt ;
- réservé le surplus.

Le litige eu principalement trait à la restitution de titres, valeurs mobilières et instruments financiers (ci-après « Titres »), plus amplement précisés dans les écrits déposés en première instance, en dépôt auprès de SOCIETE3.), sous peine d'astreinte, subsidiairement au paiement de dommages et intérêts sur base de la responsabilité contractuelle pour violation d'une obligation de restitution, à concurrence du montant de 2.020.495.724,18 US\$, augmentés des intérêts légaux et plus subsidiairement au paiement de dommages et intérêts à hauteur du même montant, pour violation par SOCIETE3.) de ses obligations de contrôle et de surveillance ainsi que pour violation des obligations professionnelles auxquelles SOCIETE3.) serait tenue en vertu de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, principalement sur base de la responsabilité contractuelle et subsidiairement délictuelle.

Pour statuer ainsi, **le tribunal** a retenu, à titre préliminaire, que (i) SOCIETE1.) a ouvert un compte « *brokerage* » auprès de « SOCIETE4.) LLC » à ADRESSE5.) (ci-après « SOCIETE4. ») suivant « *circular resolution* » de ses « *directors* » du 29 mars 2004, (ii) depuis la création de SOCIETE1.) en mars 2004, le « cash » (la Cour précise que ce terme fut utilisé tel quel dans ledit jugement) a été acheminé vers le « *broker* » SOCIETE4.), qui établissait des décomptes d'achats de titres et de « *securities* » falsifiés, (iii) suivant l'article 5 du « *customer agreement* » entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.) du 29 mars 2004, les fonds ou titres ne restent pas déposés auprès du « *broker* », (iv) SOCIETE3.) a dû se rendre compte que les Titres (prétendument) acquis ne lui parvenaient pas en dépôt, v) SOCIETE3.) a conclu en septembre 2004 un contrat de sous-dépôt avec SOCIETE4.). Le tribunal en a déduit que faute d'avoir conclu ce contrat de sous-dépôt, il n'y aurait eu de justification quant au dépôt des avoirs chez SOCIETE4.) et que ce contrat de sous-dépôt aurait été conclu par SOCIETE3.) pour se prémunir contre sa responsabilité en qualité de dépositaire.

Le tribunal a ensuite constaté qu'au jour de l'introduction de l'assignation, 3 avril 2009, aucune autre procédure tendant à la restitution des fonds déposés ou à l'indemnisation résultant d'une faute commise par la banque dépositaire n'était en cours, pour conclure à l'intérêt légitime de SOCIETE1.) à agir. Il a encore rejeté (i) la question du non bis in idem, les procédures aux Etats-Unis ayant été intentées ultérieurement contre SOCIETE4.) et aucune décision n'étant intervenue (ii) la question de la litispendance avec la procédure américaine, la procédure luxembourgeoise étant la plus ancienne et (iii) la théorie de l'estoppel.

Quant aux contrats de dépôt et de sous-dépôt, les juges de premier degré ont retenu que la loi luxembourgeoise du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (ci-après « OPCVM » et « Loi 2002 ») était applicable au litige, notamment ses articles 19 et 36, ainsi que la circulaire IML 91/75, modifiée par la circulaire CSSF 05/177 concernant la révision et la refonte des règles auxquelles sont soumis les organismes luxembourgeois qui relèvent de la loi du 20 mars 1988 relative aux organismes de placement collectif (ci-après « OPC »). Le tribunal en a conclu que la directive ayant servi de base à la Loi 2002, de même que cette Loi 2002, n'emploient pas le terme de « restitution » mais exclusivement celui de « responsabilité » et que le régulateur luxembourgeois conclut que la restitution sur base des articles 1932 et suivants du Code civil s'applique aux actifs pour lesquels le dépositaire assume lui-même la garde, mais non pour ceux qui se trouvent en dépôt auprès de tiers. Le tribunal s'est partant limité « *à constater que tous les avoirs (fictifs) déposés chez SOCIETE4.) ne font pas parti de l'assiette de l'obligation de restitution du dépositaire SOCIETE3.)* » pour conclure « *la demande en restitution des avoirs qui ne se trouvent pas déposés auprès de SOCIETE3.) mais déposés chez SOCIETE4.) n'est par conséquent pas fondée* ».

Le tribunal s'est ensuite limité à examiner la question de la restitution du « cash » de SOCIETE1.) que SOCIETE3.) admet avoir en dépôt sur ses comptes au 31 octobre 2012, à hauteur de 10.535.457,60 euros et de 6.740,08 US\$, faisant remarquer qu'aucune pièce n'aurait été versée. Citant les articles 19.1 et 19.2 du « *custodian agreement* », le tribunal a décidé qu'une restitution était soumise à la « *termination* » du contrat de dépôt : faute de pièces et de conclusions prises à ce sujet, le tribunal a sursis à statuer sur la question de la restitution du « cash » pour « *verser des pièces supplémentaires concernant l'origine, la date, le quantum du cash déposé sur les comptes de SOCIETE3.) ainsi que d'approfondir la question de la « termination » du contrat de dépôt* ».

Par acte d'huissier du 15 mai 2013, SOCIETE1.) a interjeté **appel** de ce jugement du 22 mars 2013, qui, selon les informations à disposition de la Cour, ne lui a pas été signifié.

SOCIETE1.) reproche au jugement entrepris d'avoir fait une distinction entre les actifs en dépôt auprès de SOCIETE3.) et ceux en sous-dépôt auprès de SOCIETE4.) ainsi que d'avoir décidé que SOCIETE3.) ne serait tenue ni d'une obligation de conservation ni d'une obligation de restitution des actifs en sous-dépôt. Il soutient que ce serait aussi à tort que le tribunal aurait sursis à statuer sur la demande en restitution des espèces, afin de conclure plus amplement sur le caractère prétendument prématuré de cette demande.

SOCIETE1.) conclut partant, par réformation, à la remise par SOCIETE3.) des Titres, largement décrits dans le dispositif du susdit acte d'appel, estimés à la somme de 2.020.495.724,18 US\$ et à 1.555.881.579,64 euros, le tout sous peine d'une astreinte de 100.000.- euros par jour de retard, à compter de la signification du présent arrêt.

A titre subsidiaire, SOCIETE1.) demande à voir dire que SOCIETE3.) a l'obligation de restituer les espèces transférées par elle à son sous-dépositaire SOCIETE4.), à savoir la somme de 1.851.380.807,22 US\$ et la somme de 603.445.210,24 euros, avec les intérêts au taux légal depuis l'assignation introductive de première instance, jusqu'à solde.

En tout état de cause et en sus, SOCIETE1.) requis à voir dire que SOCIETE3.) a l'obligation de restituer immédiatement les espèces mentionnées dans l'assignation introductive d'instance du 3 avril 2009, soit 39.773.894,10 US\$ et 9.556.837,99 euros en sus des intérêts légaux.

SOCIETE1.) réclame finalement le paiement d'une indemnité de procédure de 50.000.- euros pour la première instance et de 30.000.- euros pour l'instance d'appel, ainsi que la condamnation de SOCIETE3.) au paiement des frais et dépens des deux instances.

Par **arrêt du 6 mai 2015**, la Cour a ordonné à SOCIETE1.) de fournir une « cautio judicatum solvi » de 40.000.- euros et de consigner cette somme à la Caisse de consignation. Le surplus fut réservé, en attendant la consignation de la caution judiciaire. Un **arrêt** a encore été pris en date du **11 novembre 2015**, afin de rectifier les qualités de SOCIETE1.) et de remplacer en page « 2 » du premier arrêt la phrase « *en septembre 2004 un « sub-custody agreement » fut signé entre les sociétés SOCIETE1.) et SOCIETE4.)* » par la phrase « *en septembre 2004 un « sub-custody agreement » fut signé entre les sociétés SOCIETE3.) et SOCIETE4.)* ».

Par ordonnance du 2 septembre 2022 l'instruction a été clôturée une nouvelle fois et l'affaire fixée à l'audience, pour plaidoiries. Lors de la deuxième audience de plaidoiries, l'affaire a été prise en délibéré.

Les parties ayant toutes deux communiquées des conclusions récapitulatives, seules les dernières en date de chaque partie seront prises en considération, à savoir celles déposées au greffe de la Cour en date du 9 juillet 2021 par SOCIETE1.) et celles déposées au même greffe en date du 16 mai 2022 par SOCIETE3.), par application de l'article 586 du Nouveau Code de procédure civile.

Discussion

SOCIETE1.) précise que ses demandes actuelles sont au nombre de trois :

- demande en restitution et/ou délivrance des Titres sur base d'inscriptions en compte de SOCIETE3.), en sa qualité de dépositaire, soumise aux obligations des dispositions du Code civil relatives aux obligations du dépositaire,
- demande subsidiaire en restitution des espèces transférées par SOCIETE3.) à SOCIETE4.) sur la base des mêmes dispositions du Code civil,
- demande en restitution d'espèces reçues par SOCIETE3.) et non transférées par SOCIETE3.) à SOCIETE4.), toujours sur base des mêmes dispositions du Code civil.

SOCIETE1.) précise de même qu'elle considère que les juges de première instance ont, à bon droit, retenu (i) qu'elle avait un intérêt à agir, (ii) que la Loi 2002 ainsi que le « *custodian agreement* » régissent les relations entre lui et SOCIETE3.) et (iii) que des actifs se trouveraient en sous-dépôt.

Dans sa première longue partie de ses conclusions, dans laquelle SOCIETE1.) revient sur sa version des faits, il rappelle qu'il a été constitué le 24 mars 2004 aux Iles Cayman, déclarée en « *exempted segregated portfolio company* », statut qui l'aurait obligé à opérer et mener ses affaires en dehors desdites Iles.

Le lendemain, le 25 mars 2004, SOCIETE3.) aurait ouvert un compte auprès de SOCIETE4.) en relation avec les actifs de SOCIETE1.) (*special custody account* NUMERO2.-), compte intitulé sous l'ancienne dénomination de SOCIETE3.), à savoir « *SOCIETE5.) (ADRESSE3.) SA SPECIAL CUSTODY ACCOUNT FOR SOCIETE1.) SPC-SOCIETE1.) USA* ». Cet intitulé aurait correspondu aux accords préexistants entre SOCIETE3.) et SOCIETE4.) depuis la signature d'un « *sub-custody agreement* » daté au 7 août 2002, par lequel SOCIETE3.) aurait expressément et formellement désigné SOCIETE4.) comme son sous-dépositaire.

Le 29 mars 2004, SOCIETE1.) et SOCIETE3.) auraient signé le « *custodian agreement* » par lequel SOCIETE3.) aurait été désigné comme banque dépositaire de SOCIETE1.), contrat qui aurait été soumis à la loi luxembourgeoise et à la compétence des juridictions luxembourgeoises. Suivant la clause 6.1 dudit « *custodian agreement* » : « (...) *the Custodian shall record and hold in a separate account in its books all Securities received by it from time to time and shall arrange for all Securities deposited in the Custodian's vault or otherwise held by or to the order of the Custodian as it may think proper for the purpose for the safekeeping thereof. (...)* ».

La clause 9.1. de ce « *custodian agreement* » ajoute : « (...) *the Custodian shall identify Securities held by it hereunder as being held for the account of the Fund and shall require each agent, sub-custodian or delegate (referred to in clause 15.2) to identify Securities or other investments held by such agent, sub-custodian or delegate as being held by it, as custodian or fiduciary, for the account of the Fund or the Custodian (...)* ».

La clause 9.3 du C.A. stipule : « *the Custodian shall keep or cause to be kept such books, records and statements as may be necessary to give a complete*

record of all cash and Securities held and transactions carried out by it on behalf of the Fund and shall permit the Fund and its duly authorized agent(s) or delegate(s) to inspect such books, records and statements at any time during normal business hours on giving reasonable notice to the Custodian ».

La clause 15.2 du « *custodian agreement* » est rédigée comme suit: « *In performing its duties hereunder the Custodian may at the expense of the Fund appoint such agents, sub-custodians and delegates (Correspondent) as may be necessary to perform in whole or in part any of the duties and discretions of the Custodian (including such appointment powers of sub-delegation). Subject to the provisions of this sub-clause, the Custodian will remain responsible to the Fund for any acts or omissions of any Correspondent howsoever appointed as if such acts or omissions were those of the Custodian (...)* ».

La clause 15.3 du « *custodian agreement* » de détailler : « *In the selection, appointment and monitoring of Correspondents pursuant to Clause 15.2, the Custodian will exercise reasonable skill and care but only be liable to the Fund for losses resulting from the liquidation, bankruptcy or insolvency of such Correspondents if it has been negligent in the selection and monitoring thereof (...)* ».

La clause 19.2 de ce C.A. stipule finalement : « *The Custodian shall, in the event of termination of this Agreement, deliver or cause to be delivered to any succeeding Custodian all Securities then held hereunder and all monies or other assets of the Fund (...)* ».

Un « *administration agreement* » a été signé le 29 mars 2004, par lequel SOCIETE3.) a été désignée comme agent d'administration centrale (Administrator) de SOCIETE1.), comportant de multiples fonctions, dont celle d'établir les comptes et livres de SOCIETE1.).

Le 29 mars 2004 a été émis le premier prospectus (Offering Memorandum) destiné aux investisseurs, document qui aurait été préparé et relu par SOCIETE3.), qui y serait indiquée comme le dépositaire et l'agent d'administration centrale de SOCIETE1.). SOCIETE6.) (Cayman) aurait été désigné pour auditer les comptes annuels de SOCIETE1.), mais dans les faits, cette mission aurait été déléguée dès le départ à la société de droit luxembourgeois SOCIETE6.) SA établie au ADRESSE3.) : tous les comptes annuels et semi-annuels auraient ainsi été établis par SOCIETE3.), selon les lois luxembourgeoises et les règles comptables pour les OPC au ADRESSE3.), et auraient été certifiés par SOCIETE6.).

Le 29 mars 2004 toujours, un des trois administrateurs de SOCIETE1.) aurait signé une « résolution circulaire » approuvant l'ouverture du « *special custody account* » en date du 25 mars 2004 par SOCIETE3.) auprès de SOCIETE4.). Le 1^{er} avril 2004, SOCIETE3.) aurait reçu instruction de transférer un premier montant de 9.999.975.- US\$ entre les mains de son sous-dépositaire, SOCIETE4.) : ce montant aurait été crédité par SOCIETE4.) sur le « *special custody account NUMERO2.)* » de SOCIETE3.) ouvert auprès de SOCIETE4.) avec la mention « *for SOCIETE1.) SPC* ». A partir de ce jour, tous les autres

transferts auraient été crédités de la même manière. Les avis de crédit auraient toujours été envoyés par SOCIETE4.) à SOCIETE3.) et non à SOCIETE1.). Seuls des duplicata de ces avis auraient été envoyés à SOCIETE1.).

SOCIETE1.) ne figurant pas dans l'appendix attaché au « *sub-custody agreement* » signé entre SOCIETE3.) et SOCIETE4.) en date du 7 août 2002, SOCIETE3.) y aurait remédié par l'envoi d'un nouveau « *sub-custody agreement* » en date du 8 septembre 2004, à l'attention de SOCIETE4.), y mentionnant SOCIETE1.) à l' « *Annexe A* ». La clause « 2 » de ce document du 8 septembre 2004 est rédigée comme suit : « *The Bank hereby appoints the Sub-Custodian as sub custodian for the Bank in respect of the property delivered to, to the order of, or otherwise acquired by the sub-custodian pursuant to this agreement to hold in safe custody and/or administer Property upon the terms and conditions hereinafter contained and the Sub-custody hereby accepts such appointment from the date hereof until its appointment shall be terminated as hereafter provided* ». Le 23 janvier 2008, ce deuxième « *sub-custody agreement* » a été remplacé par un troisième, dans des termes quasi identiques.

Lors de l'établissement du premier compte annuel de SOCIETE1.), du 31 mars 2005, SOCIETE3.) aurait certifié à SOCIETE6.), sur demande expresse de cette dernière, qu'elle serait bien dépositaire des titres listés sur le relevé mensuel de SOCIETE4.) en lien avec son « *special custody account NUMERO2.)-* », au 31 décembre 2004. Pour l'exercice 2007, à nouveau sur demande formelle d'SOCIETE6.) à SOCIETE3.) pour savoir ce qu'elle aurait en dépôt, cette dernière aurait répondu : « *please see SOCIETE7.) statements* », en attachant un extrait de son compte « *NUMERO2.)-* ». SOCIETE3.) aurait touché un certain montant à titre de « *administration and custody fees* ».

La même procédure se serait déroulée pour les comptes annuels arrêtés au 31 décembre 2005, au 31 décembre 2006 et au 31 décembre 2007.

Au 30 novembre 2008, les actifs de SOCIETE1.) en dépôt auprès de SOCIETE3.), respectivement tenus par SOCIETE3.) en compte pour SOCIETE1.), seraient apparus, selon les « *statements of assets* » établis par SOCIETE3.) à partir du « *special custody account* » auprès de SOCIETE4.), pour une valeur de 1.897.740.342,85 US\$ et auraient été constitués des Titres repris aux pages 46 à 48 des conclusions récapitulatives de SOCIETE1.), pour une valeur totale de 2.020.495.724,18 US\$, montant qui aurait été évalué à l'époque à 1.555.881.579,64 euros. SOCIETE1.) précise que tous ces Titres seraient actuellement encore cotés sur les marchés boursiers.

Toujours au 30 novembre 2008, le montant cumulé d'espèces qui auraient été transférées et créditées sur le « *special custody account NUMERO2.)-* » de SOCIETE3.) auprès de SOCIETE4.), se serait chiffré à 1.533.741.975.- US\$. Selon les informations qui auraient été données par SOCIETE3.) dans ses diverses conclusions en première instance, le total cumulé des espèces que SOCIETE3.) aurait transféré à SOCIETE4.) entre le 1^{er} avril 2004 et le 12 décembre 2008 se serait chiffré à 2.055.660.324,08 US\$ et le montant cumulé d'espèces qui auraient été retirées de chez SOCIETE4.) par SOCIETE3.) serait

de 567.800.000.- US\$: un solde de 1.487.860.324,08 US\$ aurait été détourné par SOCIETE4.).

SOCIETE1.) en vient ensuite aux doutes que SOCIETE3.) aurait émis quant à la fiabilité de SOCIETE4.), doutes qui n'auraient jamais été partagés avec SOCIETE1.). Trois ans déjà avant la constitution de SOCIETE1.), soit le 25 juillet 2001, un certain PERSONNE3.) de la SOCIETE5.) (ADRESSE3.)) S.A. (ci-après « SOCIETE8.) ») aurait écrit à PERSONNE4.), administrateur de SOCIETE3.) pour l'informer de ce qu'il aurait reçu une télécopie d'un certain « PERSONNE5.) » comprenant le « *sub-custody agreement* » entre la « Banque » et « SOCIETE7.) », dans lequel « PERSONNE5.) » aurait noté qu'il n'existerait pas de traces d'une « *due diligence* » en rapport avec la désignation de « SOCIETE7.) », désignation qui remonterait pourtant à 1996. Il pose la question suivante: « *How should this absence of due diligence be addressed at this point, particularly given the somewhat unusual structure in this case, and what procedures are in place now to avoid this kind of situation arising again?* ».

Le 30 septembre 2002, PERSONNE6.) aurait répondu à un message adressé par PERSONNE7.), responsable SOCIETE3.) (Ireland) Limited, à tous les membres du « Global Fund Services » du groupe SOCIETE8.): « *I am very worried about SOCIETE7.) and I think we should seek independent confirmation. (...) It's too big for us to ignore the warning signs*».

Le 1^{er} octobre 2002, PERSONNE6.) aurait encore écrit: « *I don't think we should mislead SOCIETE7.). We have a problem with him. He is the manager, the broker and custodian to his accounts. In today's world this is a red flag. We need to address it. Let's tell him so and get on with it with his support*».

Le 8 février 2005, soit après l'acquisition du groupe SOCIETE8.) par le groupe SOCIETE3.), un certain PERSONNE8.) de la division GFS (Global Fund Services) aurait adressé un mail aux « SOCIETE9.) (Alternative Fund Services) Country Heads », avec copie à PERSONNE9.), Chief Risk Manager au sein de « SOCIETE3.) » et au dénommé PERSONNE10.), administrateur de SOCIETE3.): « *All, please advise any sub-custodian your location has appointed outside the standard network, i.e. like SOCIETE7.)*».

Le 18 février 2005, PERSONNE8.) aurait envoyé un mail à PERSONNE11.), chef de division SOCIETE9.) au sein de SOCIETE3.), à PERSONNE12.) et à PERSONNE13.) de la division SOCIETE10.) de SOCIETE11.) plc ainsi qu'à PERSONNE9.): « *All, PERSONNE13.) who looks after sub-custodian for SOCIETE10.) has been asked by PERSONNE14.) to review SOCIETE7.), and possibly some other agents we use (globally)* ».

Le 21 février 2005, PERSONNE11.) aurait écrit à PERSONNE8.). « *PERSONNE15.) and I just had a meeting with E&Y, M. PERSONNE16.) and PERSONNE17.). Can I speak to you when you have five minutes. They have a transparency issue with SOCIETE7.)* ».

Le 23 mai 2005, PERSONNE9.) aurait émis un « *Discussion paper* » dans lequel elle aurait soulevé la problématique des fonds avec lesquels la banque aurait une

relation et qui utiliseraient SOCIETE4.) dans le cadre d'un contrat de sous-dépôt. Le relevé des transactions serait envoyé par SOCIETE4.) aux dépositaires SOCIETE10.) pour mettre leurs livres à jour. Elle pose la question suivante : *« The real issue is are we satisfied with the integrity of SOCIETE7.) operations such that we are comfortable with a lack of real independent evidence of the trading of clients assets. Further, given our duty as custodian, are we potentially at risk from any regulatory obligations which we have (...) However there is a substantial risk, in the event there is any question over the integrity of the process. The financial cost of appointing a sub-custodian that we cannot exercise a level of due care over, could be significant; equally so would be the reputational risk. The key to this in my view, is the need for an independent control review. If we had the equivalent of a SAS70 carried out by a major firm, I think we could get comfortable (...) ».*

Le 30 mai 2005, un dénommé PERSONNE18.), de la division SOCIETE10.) de SOCIETE11.) plc aurait adressé un mail à PERSONNE9.), PERSONNE13.) et à PERSONNE6.), avec les thèmes suivants :

« It strikes me that the firm (i.e SOCIETE7.)) has a reasonable capital (450 million US\$ for SOCIETE4.)), has a solid reputation but that we have flawed process. (...) We do not have full control of assets or real time sight of transaction flows. The transactions are all internal to the family firms and there is no proof of best execution or even actual execution. The audit is undertaken by a firm that is not on our recognized list of auditors. (...) The reality is that if we had concerns, we would need to call SOCIETE4.) to deliver the appropriate value to us. I cannot countenance this process-and appreciate it is a major money earner-unless we can adopt the process common in banking in the US. Under that process we-or our delegate-could arrive unannounced at the client office to access that all security was in place as advised. I appreciate SOCIETE7.) does not like external "intrusion" and am willing for this to be undertaken by our auditors (at our cost). If this cannot be done, then we should exit the relationship».

Le 8 septembre 2005, SOCIETE12.) aurait été mandaté par la maison mère de SOCIETE3.), à savoir SOCIETE11.) plc. Ce rapport aurait été finalisé le 16 février 2006 (Rapport SOCIETE12.) 2006) et il aurait précisé que SOCIETE4.) agirait comme *« sub-custodian »* pour huit clients de SOCIETE13.), dont SOCIETE1.), pour lesquels SOCIETE13.) serait le dépositaire principal. SOCIETE12.) y aurait notamment inscrit les recommandations suivantes : *« (i) review the sub-custody contracts between SOCIETE13.) and SOCIETE7.) LLC to ensure that they reflect the current requirements and agreed obligations of SOCIETE7.) LLC. (ii) establish the legal chain: review sub-custody agreements and underlying contracts/documentation to ensure that SOCIETE13.) has primary custodian rights over the underlying assets held within the funds ».* SOCIETE12.) précise bien qu'elle n'a pas effectué d'audit dans le cadre de son travail, que ce soit de manière légale ou autrement sur SOCIETE3.), SOCIETE4.) ou les informations fournies. SOCIETE12.) recommande encore *« undertake a review of SOCIETE13.)'s custody centers (ADRESSE3.) and ADRESSE6.)) in order to ensure that appropriate procedures are in place to independently confirm, where possible, the accuracy of transactions, identify possible risks and issues and record any error, missing information or other operational issues ».* SOCIETE12.)

préconise de même: « *undertake a periodic basis, independent confirmation of faxed client trading activity information as provided by SOCIETE7.) LLC, as faxes can be easily replicated or falsified in order to commit fraud; request SOCIETE7.) LLC to provide compliance, Internal Audit and other review reports on a periodic basis; ensure the SOCIETE13.) locations (e.g. ADRESSE3.), ADRESSE6.), Hong Kong) have in place a risk and compliance based program and that they actively test transaction information by SOCIETE14.) LLC* ». En résumé, SOCIETE15.) aurait décrit les risques de détournements de fonds par SOCIETE4.), celui que les espèces ne soient pas logées sur des comptes séparés et même celui que les relevés de transaction soient des faux pour permettre de détourner les espèces, conseillant expressément d'obtenir les extraits des comptes bancaires de SOCIETE4.) ouverts auprès de SOCIETE16.).

Rien n'aurait été entrepris par SOCIETE3.) à la suite de ce rapport.

Le 12 août 2008 PERSONNE9.) aurait rédigé un mail notamment à PERSONNE12.), avec copie à PERSONNE13.) en indiquant : « *As you know, we have appointed Bernard SOCIETE7.) as a sub-custodian for specific clients. As part of our control routines, we engage SOCIETE12.) to undertake a detailed control review on a regular basis. The reality is that overall controls is SOCIETE7.) centric and there are opportunities for misleading or misappropriation to take place if he were so inclined. The fraud risk to us custodian is huge. Accordingly, it is likely that we will need to increase the level of controls that we have over the SOCIETE7.) relationship. There is no doubt that this will be resisted by SOCIETE7.) but frankly if it is, that speaks volumes. History has shown us that SOCIETE7.) tries to play us off against clients, but my proposal would be to engage clients first. The aggregate income to SOCIETE10.) is large, but the risks are much greater if we do nothing* ».

Le 19 mars 2008, la maison mère de SOCIETE3.) aurait commandé une deuxième étude auprès de SOCIETE12.), ayant abouti au rapport du 8 septembre 2008 (rapport SOCIETE12.) 2008) qui reprendrait les mêmes recommandations que celles comprises dans le rapport de 2006.

Le 11 décembre 2008 PERSONNE19.) est arrêté : le 12 décembre 2008 SOCIETE3.) aurait donné instruction à SOCIETE4.) de (i) transférer l'intégralité des espèces en compte sur son « *special custody account NUMERO2.)* » ouvert auprès de SOCIETE4.) sur son compte NUMERO3.) NUMERO4.) ouvert auprès de SOCIETE11.) plc ADRESSE7.) et (ii) lui délivrer l'intégralité des valeurs mobilières inscrites pour elle en compte sur ce « *special custody account NUMERO2.)* » par transfert sur un compte de la banque SOCIETE17.) ouvert auprès du dépositaire central (SOCIETE18.)). Ces dernières instructions n'auraient jamais été exécutées par SOCIETE4.).

Par la suite, le 12 décembre 2008, un dénommé PERSONNE20.) de SOCIETE11.) plc aurait écrit à PERSONNE4.), administrateur de SOCIETE3.) : « *Another case where all ur suspicions were right (...) Indeed, the beauty of the hindsight* ». PERSONNE4.) réplique : « *Worse- we suspected but never pinned it down. Not ever hindsight, just not enough courage to walk away from what was not understood...* ». Pour ce manque de courage, SOCIETE3.) aurait néanmoins

empoché la somme de 2.122.197.- US\$ en tant que « *administration and custody fees* », en moins de quatre années.

Le 15 décembre 2008, PERSONNE21.) a été nommé trustee à la liquidation de SOCIETE4.) (ci-après « Trustee »), faisant parvenir des formulaires de « *customer claim* » à ceux qui disposaient d'un compte ouvert auprès de SOCIETE4.). Ce fut le cas pour SOCIETE3.), qui aurait reçu un tel formulaire pour chacun de ses clients pour lesquels elle aurait eu un compte de sous-dépôt auprès de SOCIETE4.). Le 3 février 2009, SOCIETE3.) aurait continué un tel formulaire à SOCIETE1.), ne voulant pas procéder elle-même au dépôt d'une « *customer claim* » auprès du Trustee. Le Trustee aurait envoyé un rappel à SOCIETE3.) pour l'avertir que la date limite de dépôt de plaintes était fixée au 2 juillet 2009. Par courrier du 5 juin 2009, SOCIETE3.) aurait rappelé son courrier du 3 février 2009 à SOCIETE1.). Le 22 juin 2009, SOCIETE1.) n'aurait eu d'autre choix que de déposer une « *customer claim* » auprès du Trustee, soit postérieurement à la présente procédure initiée le 3 avril 2009 par SOCIETE1.) à l'égard de SOCIETE3.).

Le 8 décembre 2009 le Trustee aurait notifié à SOCIETE1.) que sa « *customer claim* » était refusée, en raison du fait que SOCIETE1.) n'aurait pas eu de compte ouvert auprès de SOCIETE4.) et ne pouvait pas être considéré comme client.

Le 16 juillet 2013, SOCIETE1.) a été placé en liquidation judiciaire par décision de la « *Grand Court of the Cayman Islands, Financial Services Division* » et le 23 juillet 2013 les liquidateurs professionnels, actuels liquidateurs judiciaires, PERSONNE1.) et PERSONNE2.) ont été nommés par la même Cour.

Le 5 juin 2014, SOCIETE3.) a résilié le « *custodian agreement* » moyennant un préavis de 90 jours.

Le 12 novembre 2014, un arrangement transactionnel a été conclu entre SOCIETE1.) et le Trustee, arrangement qui fut approuvé tant par la Grand Court of the Cayman Islands, Financial Services Division que par la United States Bankruptcy Court Southern District of New York, qui a retenu « *SOCIETE1.) maintained an account with SOCIETE4.) through its ADRESSE3.)-based custodian SOCIETE3.) designated account n° NUMERO2.)-* » et qui a alloué un montant théorique de 1.639.896.943.- US\$ à SOCIETE1.), montant réduit de la somme de 467.701.943.- US\$, suite aux espèces retirées par SOCIETE3.) de son « *special custody account NUMERO2.)-* » ouvert auprès de SOCIETE4.). Si le Trustee pouvait opérer des remboursements à hauteur de 100 %, ce qui serait fort improbable, SOCIETE1.) pourrait recevoir de la part du Trustee la somme de 1.172.695.000.- US\$. En exécution de cet arrangement, SOCIETE1.) dit avoir déjà touché le montant de 678.233.273,77 US\$, entre le 7 janvier 2015 et le 14 avril 2021.

SOCIETE1.) en vient, après cet exposé exhaustif des faits et rétroactes, à ses développements en droit :

1) Les recevabilités

- SOCIETE1.) estime avoir un intérêt à agir, intérêt qui s'apprécierait au jour de la demande, respectivement de l'appel : il y aurait lieu à rejeter les contestations de SOCIETE3.) quant à l'intérêt à agir de SOCIETE1.), contestations qui se baseraient sur des éléments postérieurs à l'introduction de l'action de SOCIETE1.). De plus, il n'y aurait jamais eu d'objet identique entre les instances introduites au Luxembourg et aux Etats-Unis.
- SOCIETE1.) considère que l'appel incident de SOCIETE3.) concernant l'application de la Loi 2002 serait irrecevable, alors qu'il ne devrait pas être tenu compte des dispositions non comprises dans le dispositif pour apprécier la recevabilité d'une demande : de plus, SOCIETE3.) elle-même aurait soutenu que l'application de cette Loi 2002 ne serait pas pertinente pour l'issue du volet du litige actuellement pendant devant la Cour.

2) Le fond

- L'appel formulé à titre principal par SOCIETE1.), concernant la demande en délivrance de Titres

SOCIETE1.) s'attarde en premier lieu au cadre contractuel et légal de cette demande en restitution, à savoir le « *custodian agreement* » du 29 mars 2004 par lequel SOCIETE1.) aurait désigné SOCIETE3.) comme son dépositaire, ce que cette dernière aurait accepté. Il s'agirait d'un contrat de conservation et de tenue en compte d'actifs, soumis aux règles du contrat de dépôt au sens des articles 1915 et suivants du Code civil. SOCIETE3.) aurait, en vertu de ce « *custodian agreement* », l'obligation d'inscrire et de tenir en compte les Titres délivrés en échange des espèces confiées par SOCIETE1.). (clauses 5, 6.1, 9.1 et 9.3). La clause 15.2 de cet « *agreement* » aurait permis à SOCIETE3.) de désigner des « agents, sous-dépositaires et délégués », soit des correspondants.

Les fonctions et obligations d'une banque dépositaire consisteraient en (i) la conservation des espèces confiées, (ii) la délivrance et la réception des instruments financiers contre le paiement convenu et (iii) la détention et la conservation des Titres en cause, tout en s'assurant que le nombre de titres dont le client (SOCIETE1.) est propriétaire, tel qu'enregistré dans les livres de la banque dépositaire (SOCIETE3.), pourrait être délivré à tout moment. Ces obligations découleraient aussi de l'article 34 § 3 de la Loi 2002. Depuis la dématérialisation des titres, l'inscription en compte équivaldrait à la remise matérielle de la chose au sens des dispositions du Code civil. L'obligation de conservation, visée par l'article 1915 du Code civil aurait pour corollaire l'obligation de restitution, qui serait une obligation de résultat (« Pierre Van Ommeslaghe » T2, p1663, édition Bruylant).

La loi du 1^{er} août 2001 concernant la circulation des titres et autres instruments fongibles (ci-après « Loi 2001 ») serait une parfaite illustration de ces principes, en ses articles 1^{er}, 4, 5 et 11.

SOCIETE1.) se pose alors la question de savoir si les inscriptions en compte de Titres soumettraient SOCIETE3.), comme conservateur de valeurs mobilières à titre de dépositaire, aux obligations du Code civil relatives au contrat de dépôt.

SOCIETE1.) répond que des inscriptions en compte et la tenue en compte conservation des Titres parallèlement listés sur les relevés mensuels du « *special custody account NUMERO2.)* » lui adressés par SOCIETE4.), auraient été effectuées par SOCIETE3.), comme cela ressortirait des pièces versées par SOCIETE1.) sous le numéro « 115 », des comptes annuels de SOCIETE1.) préparés par SOCIETE3.) et des certifications successives faites par SOCIETE3.) aux réviseurs SOCIETE6.). Ces documents vaudraient comme des aveux extrajudiciaires de la part de SOCIETE3.). En effet, à la question posée par SOCIETE6.) à SOCIETE3.) de certifier ce qu'elle aurait en dépôt (securities, precious metals, deposit certificates...in your custody), SOCIETE3.) aurait répondu : « *Please see SOCIETE7.) statements* » et aurait renvoyé aux extraits du compte NUMERO2.)- ouvert en son nom auprès de SOCIETE4.). Ces certifications présupposeraient que les actifs listés sur ces relevés de SOCIETE4.) auraient été inscrits en compte par et auprès de SOCIETE3.). SOCIETE1.) s'oppose à toute rétractation de cet aveu de la part de SOCIETE3.). Même si SOCIETE3.) ne devait pas avoir effectué ces inscriptions en ses comptes, SOCIETE3.) aurait incontestablement repris à son bénéfice les inscriptions en compte de SOCIETE4.), qui seraient à considérer comme les siennes, au vu du fait que SOCIETE3.) se serait déclarée dépositaire des Titres y listés.

SOCIETE3.) serait irrecevable à soutenir le contraire, sinon elle adopterait en justice une position contraire à ses affirmations et déclarations antérieures au 12 décembre 2008, ce qui serait contraire aux article 1134 alinéa 3, sinon 6-1 du Code civil et à la théorie de l'estoppel.

SOCIETE1.) répond encore que l'existence d'inscription en compte par et auprès de SOCIETE3.), sinon cette reprise pour son compte, des inscriptions en compte opérées par SOCIETE4.), concorderait parfaitement avec la titularité du « *special custody account NUMERO2.)* » dans le chef de SOCIETE3.). C'est SOCIETE3.) qui aurait ouvert ce compte le 25 mars 2004, et dans l' « *account information verification* » du même jour, SOCIETE3.), anciennement SOCIETE8.), figurerait comme titulaire du compte. Ce état ressortirait encore des relevés d'actifs régulièrement établis par SOCIETE3.), concordant avec les relevés du « *special custody account NUMERO2.)* ». Tout ce que SOCIETE4.) aurait reçu ou détenu entre ses mains l'aurait été aux seuls ordres et sous le contrôle de SOCIETE3.). Contrairement à SOCIETE3.), SOCIETE1.) n'aurait jamais donné d'ordre à SOCIETE4.) de retrait d'argent. La résolution circulaire du 29 mars 2004 n'y changerait rien. Les trois « *sub-custody agreements* » des 7 août 2002, 8 septembre 2004 et 23 janvier 2008 auraient été exécutés et seraient tous soumis à la loi luxembourgeoise, en particulier la Loi 2001 : en conséquence, en inscrivant des titres fongibles sur le « *special custody account NUMERO2.)* », SOCIETE4.) serait devenu dépositaire de ces titres à l'égard de SOCIETE3.) et sous-dépôtaires d'SOCIETE3.) de ces titres fongibles vis-à-vis de SOCIETE1.).

Pour être complet, SOCIETE1.) ajoute que par la signature en date du 20 septembre 2006 d'un « *account pledge agreement* », elle aurait nanti tous les actifs qui seraient entre les mains de SOCIETE3.) au profit de SOCIETE11.) Plc.

SOCIETE1.) insiste ensuite sur la non-application de la loi américaine, puisque la loi luxembourgeoise régirait les relations entre parties. Mais ces deux lois iraient exactement dans le même sens. Pour affirmer cela, SOCIETE1.) se base sur des avis émis en date des 9 juin 2017, 24 septembre 2019 et 2 juillet 2021 par un juge dénommé Walker : ce dernier aurait conclu que selon les lois fédérales en matière de valeurs mobilières, SOCIETE3.) aurait été la détentrice et propriétaire du « *special custody account NUMERO2.)* » : tous les relevés mensuels dudit compte, tous les avis de débit/crédit ainsi que tous les bordereaux de transaction (plus de 7000) auraient été adressés par SOCIETE4.) à SOCIETE3.). Le juge Walker aurait encore indiqué que le fait qu'un bénéficiaire effectif de titres comme SOCIETE1.) ait été en droit de recouvrer sur base d'une demande « *SIPA* » (Securities Investor Protection Act) ne ferait pas de ce dernier un « *customer* » et n'annulerait pas non plus rétroactivement la relation contractuelle de client entre SOCIETE4.) et SOCIETE3.), qui aurait été effective entre 2004 et 2008. Cet avis du juge Walker ne serait pas remis en cause par l'avis du professeur PERSONNE22.), versé par SOCIETE3.), qui reposerait sur des informations insuffisantes et de faux arguments. Le juge Walker ajouterait : « *Nothing in United States Law – and nothing to which professor PERSONNE22.) has pointed – forecloses or prevents a broker-dealer like SOCIETE4.) from acting as a sub-custodian for an entity like SOCIETE3.), who in turn owes duties to a beneficial customer like SOCIETE1.). Exchange Act Rule 15c3-3 contains no such limitation (...) SOCIETE4.) was obligated as a sub-custodian to its customer, SOCIETE3.), and owed SOCIETE3.) custodian duties as set forth in the several agreements between the parties. SOCIETE3.), in turn, owed custodial duties to its customer, SOCIETE1.), via a separate “custodian agreement”. This sort of arrangement is consistent with United States law.* » Il faudrait rejeter les déductions de SOCIETE3.) consistant à affirmer que SOCIETE1.) aurait eu deux dépositaires.

SOCIETE1.) conclut par conséquent à la réformation du jugement entrepris, en ce qu'il a considéré que le « *special custody account NUMERO2.)* » serait un compte de SOCIETE1.) et aussi qu'il n'y avait pas d'inscriptions en compte de nature à soumettre SOCIETE3.), comme conservateur de valeurs mobilières à titre de « *dépositaire* » aux obligations du Code civil relatives à ces obligations du dépositaire.

SOCIETE1.) réplique subséquentement au prétendu caractère annulable des inscriptions en compte soumettant SOCIETE3.), comme dépositaire, aux obligations y relatives du Code civil : le fait que SOCIETE4.) n'aurait pas procédé aux opérations boursières d'acquisition des valeurs mobilières inscrites en compte, effectuées par et auprès de SOCIETE3.), serait sans pertinence et inopposable à SOCIETE1.), pour huit raisons :

- les valeurs mobilières que SOCIETE3.) aurait inscrite en compte existeraient : il s'agirait de valeurs dématérialisées et partant fongibles ;
- l'inscription en compte serait la valeur mobilière : depuis la dématérialisation, les valeurs mobilières seraient passées de biens corporels à biens incorporels, simplement représentées par une inscription en compte. La conséquence en

serait que l'inscription en compte de valeurs mobilières dématérialisées serait indépendante de l'existence d'une transaction sous-jacente ;

- par application de la clause 15.2 du « *custodian agreement* » les actes et agissements de SOCIETE4.) seraient réputés être ceux de SOCIETE3.). Ainsi, le fait que SOCIETE4.) aurait procédé à des inscriptions qui n'auraient pas été le résultat de transactions sous-jacentes serait inopposable à SOCIETE1.) ;
- en vertu de la Loi 2001, l'inscription en compte s'assimilerait à une promesse de livrer et la défaillance du sous-conservateur de SOCIETE3.), SOCIETE4.), ne placerait pas SOCIETE3.) dans l'impossibilité d'exécuter son obligation de restitution. Elle pourrait se procurer ces titres sur les marchés boursiers ;
- par la confirmation des dépôts aux réviseurs SOCIETE6.), SOCIETE3.) aurait procédé à des déclarations claires et non équivoques constitutives d'aveux irrévocables, ayant force probante absolue au sens des articles 1954 et suivants du Code civil. SOCIETE3.) ne pourrait se cacher derrière une « erreur excusable » alors qu'il lui aurait appartenu de vérifier que les inscriptions en compte et les certificats de dépôt ou de tenue de compte reposaient sur des acquisitions effectives ;
- il serait inconcevable qu'une banque luxembourgeoise émette des confirmations de dépôt auprès d'elle, de valeurs mobilières, à des réviseurs d'entreprises pendant plus de trois ans et jusqu'à une valeur de près de deux milliards d'US\$, pour ensuite se rétracter, sous le couvert que ces transactions n'auraient pas été effectuées par le courtier. SOCIETE1.) aurait été en droit de placer une confiance légitime dans les confirmations d'une banque luxembourgeoise ;
- il ne serait pas permis d'invoquer une prétendue invalidité dont on serait soi-même responsable. SOCIETE3.) n'aurait, malgré ses doutes, jamais effectué de « due diligence » appropriée auprès de SOCIETE4.), n'aurait même jamais vérifié si les Titres figurant sur les relevés de SOCIETE4.) existaient, ni mis en œuvre la moindre recommandation de SOCIETE12.). SOCIETE3.) aurait inscrit, en pleine connaissance de cause d'une possible inexistence de transactions sous-jacentes, des valeurs mobilières en compte. De plus, en vertu de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, SOCIETE3.) aurait eu l'obligation de prendre toutes les dispositions adéquates pour que les valeurs appartenant à SOCIETE1.), y compris les espèces, soient protégées, le tout au mieux des intérêts de SOCIETE1.) et de l'intégrité du marché. SOCIETE3.) aurait procédé à aucun contrôle. La CSSF aurait partagé cette position dans son communiqué du 25 février 2009, en lien justement avec l'affaire SOCIETE7.) ;
- contrairement aux allégations de SOCIETE3.), ces inscriptions en compte ne seraient pas dépourvues de cause : il suffirait de se référer au « *custodian agreement* » et à la qualité de dépositaire de SOCIETE3.). SOCIETE1.) n'aurait pas eu de lien direct avec SOCIETE4.), seul SOCIETE3.) aurait permis à SOCIETE4.) d'agir comme il l'aurait fait.

Aucune inscription en compte ou confirmation de dépôt ne serait donc annulable.

SOCIETE1.) s'attarde ensuite à la théorie de la prétendue inexistence, tirée de la Loi 2002, du « *custodian agreement* » et des prospectus de SOCIETE1.), d'une obligation de restitution/délivrance des titres dans le chef de SOCIETE3.), tirée de sa délégation de la conservations d'actifs à SOCIETE4.) :

SOCIETE1.) critique les juges de première instance en ce qu'ils auraient retenu tant en vertu de la Loi 2002 que du « *custodian agreement* » qu'en cas de délégation de la conservation des actifs à un tiers sous-dépositaire, SOCIETE3.) ne serait pas tenue à la restitution des actifs « sous-déposés », respectivement tenus en compte pour SOCIETE3.) par SOCIETE4.), en raison du terme de « responsabilité » y employé et de l'absence du terme « restitution ». SOCIETE1.) estime que justement par application de la Loi 2002, la fonction de garde comporterait deux aspects distincts mais complémentaires, à savoir la conservation des avoirs de l'OPC et la surveillance. La mission première du dépositaire serait de remplir le rôle de conservateur vis-à-vis dudit organisme dans la mesure où la mission de conservation, ou garde matérielle des actifs, lui incomberait. Cette obligation de conservation aurait très clairement existée dans la loi antérieure relative aux organismes de placement collectif, à savoir celle du 25 août 1983 (ci-après « Loi OPC 1983 »). Le projet de loi ayant conduit à cette loi aurait précisé qu'il fallait légiférer dans le but de protection de l'épargne et du maintien de la réputation de la place financière luxembourgeoise : l'obligation de conservation du dépositaire aurait été du ressort de l'ordre public. Il en aurait été de même pour la loi qui a abrogé et remplacé la Loi OPC 1983, à savoir celle du 30 mars 1988, ainsi que la Loi 2002, qui en serait la suite : aucune de ces lois n'aurait écarté l'application des articles 1915 et suivants du Code civil et de la Loi 2001, mais aurait en réalité renforcé l'obligation de surveillance du dépositaire en matière d'OPC. Cette position serait aussi celle de la CSSF, comme cela découlerait d'un communiqué du 27 mai 2009 toujours en relation avec l'affaire SOCIETE7.) : « *la responsabilité de la banque n'est pas affectée par le fait de confier à un tiers tout ou partie des actifs d'un OPC dont elle a la garde* » ajoutant « *le principe général de droit civil d'après lequel la banque dépositaire est tenue vis-à-vis de ses clients déposants, en l'espèce les OPC, d'une obligation de restitution des actifs dont elle a la garde* ». Disant ceci, le régulateur aurait estimé que la restitution s'appliquerait non seulement aux actifs pour lesquels le dépositaire assumerait lui-même la garde, mais aussi à ceux qui se trouveraient en dépôt ou sous-dépôt auprès d'un tiers. Le dépositaire aurait donc clairement l'obligation de garde et l'obligation de restitution même en cas de contrat de sous-conservation.

SOCIETE1.) développe alors le caractère immédiat de l'obligation de restitution/délivrance des Titres dans le chef de SOCIETE3.) : invoquant l'article 1944 du Code civil et son application faite par la Cour d'appel de Paris le 8 avril 2009 dans l'affaire Lehman Brothers ainsi que la Cour de cassation française dans ses arrêts du 4 mai 2010 dans la même affaire, le dépôt devrait être remis au déposant dès qu'il le réclame. Ce serait donc à tort que les juges de première instance auraient décidé de surseoir à statuer sur la demande en restitution des espèces dont la conservation n'aurait pas été déléguée à un tiers. De plus, SOCIETE3.) aurait entre temps résilié le « *custodian agreement* » en date du 5 juin 2014. Cette question de la résiliation n'aurait pas à être posée, vu que l'obligation de restitution/délivrance serait immédiate.

Quant au prétendu enrichissement au détriment de SOCIETE3.) tiré de l'accord transactionnel intervenu entre SOCIETE1.) et le Trustee, SOCIETE1.) riposte que SOCIETE3.) serait irrecevable à se prévaloir de cet accord transactionnel du 12 novembre 2014, pour les raisons suivantes :

- SOCIETE3.) ne pourrait se prévaloir d'une convention à laquelle elle ne serait pas partie (article 1165 du Code civil) et parce que l'article 20 de la transaction aurait expressément prévu que la transaction ne bénéficierait pas aux tiers ;
- SOCIETE3.) aurait elle-même pu déposer une « *customer claim* » entre les mains du Trustee, ce qu'elle aurait refusé pour des raisons tactiques évidentes, pour nier la relation de dépositaire à sous-dépositaire. Seule sa faute pourrait être à l'origine d'un éventuel enrichissement sans cause ;
- SOCIETE1.) ne pourrait jamais recevoir le montant reconnu par le Trustee (1.172.695.000.- US\$), puisque pour ce faire, il faudrait que ce dernier puisse distribuer 100 % des « *customer claim* », ce qui serait impossible, en raison des détournements opérés par SOCIETE7.). Au 9 juillet 2021, SOCIETE1.) admet avoir reçu la somme de 678.233.273,77 US\$. SOCIETE3.) resterait en défaut de prouver de façon certaine l'enrichissement invoqué ;
- il n'y aurait pas d'enrichissement au détriment de SOCIETE3.), puisque sa cause, pour peu qu'elle existe, serait le « *custodian agreement* » que SOCIETE3.) n'aurait pas appliqué, en ne déposant pas de « *customer claim* », ce qui aurait été le droit et devoir de SOCIETE3.).

Partant, au vu de ce qui précède, quant à la demande en restitution/délivrance des titres, SOCIETE1.) conclut, à titre principal que SOCIETE3.) doit lui restituer sinon délivrer les Titres listés dans son acte d'appel, subsidiairement des mêmes Titres listés en annexe à la confirmation de dépôt adressée par SOCIETE3.) à SOCIETE6.) le 13 février 2008 et principalement condamner SOCIETE3.) à lui remettre ces Titres sous peine d'une astreinte de 1.000.000.- d'euros par jour de retard depuis la signification du présent arrêt, subsidiairement de condamner SOCIETE3.) à lui payer leur équivalent en argent, à la valeur arrêtée à la date du présent arrêt, sinon au 30 novembre 2008 (2.02.495.724,18 US\$) sinon à la date du 31 décembre 2017 (1.849.150.117 US\$), à chaque fois avec les intérêts légaux à compter de l'assignation introductive d'instance et d'ordonner la capitalisation des intérêts dus pour une année entière.

A titre subsidiaire, pour le cas où la Cour retiendrait un éventuel enrichissement dans le chef de SOCIETE1.), il demande qu'il lui soit donné acte :

- pour le cas où il serait fait droit à ses demandes en remise des Titres tel que repris ci-dessus, SOCIETE1.) propose de procéder à une ou plusieurs ventes de ces Titres à concurrence de la valeur totale des montants qu'il aura reçu de la part du Trustee et de continuer ces montants à SOCIETE3.), soit actuellement la somme de 678.233.273,77 US\$, sans renonciation à sa demande en restitution du montant de 521.918.349,08 US\$ d'espèces que SOCIETE3.) aurait prétendu

avoir viré à SOCIETE4.) et qui ne l'aurait pas été, ainsi qu'à ses demandes en dommages et intérêts, demandes pendantes en première instance,

- pour l'hypothèse où la Cour dise que SOCIETE3.) a l'obligation de remettre à SOCIETE1.) les Titres en cause, mais ne condamne SOCIETE3.) qu'à lui payer leur équivalent en argent augmenté des intérêts légaux depuis la demande en justice, SOCIETE1.) propose de continuer à SOCIETE3.) le montant reçu du Trustee, sans les mêmes renonciations que ci-dessus,
- dans chacune de ces deux hypothèses, SOCIETE1.) propose de continuer à SOCIETE3.) toute somme qu'elle recevrait de la part du Trustee au-delà de la somme de 678.233.273,77 US\$.
- L'appel formulé à titre subsidiaire par SOCIETE1.), à savoir sa demande en restitution des espèces transférées à SOCIETE4.)

* Le cadre contractuel et légal de cette demande serait constitué par le « *custodian agreement* » du 29 mars 2004 soumis au droit luxembourgeois, ainsi que le Code civil.

Le « *custodian agreement* » serait un contrat de conservation et de tenue en compte d'actifs et, en tant que tel, SOCIETE3.) aurait dû s'assurer que les espèces et/ou investissements soient utilisés à bon escient, que les espèces ne soient échangées que contre des Titres. Ledit accord aurait autorisé SOCIETE3.) à désigner un sous-dépositaire (clause 15.2) : le contrat par lequel le dépositaire confierait les actifs de l'OPC à un sous-conservateur s'analyserait en un sous-contrat dans lequel le sous-conservateur agirait comme substitut du dépositaire pour la conservation : les rapports entre le dépositaire et le sous-conservateur seraient régis par les dispositions du Code civil relatives au dépôt (Les missions du dépositaire d'organismes de placement collectif, Schneider et Lacroix, Edition Larcier, 2014 § 14). Le contrat de sous-conservation serait ainsi inopposable à l'OPC.

* SOCIETE1.) se pose la question de savoir si SOCIETE3.) se serait libérée de ses obligations de conservation et restitution des espèces reçues par les investisseurs de SOCIETE1.) en transférant ces espèces à SOCIETE4.), et ce quand bien même ces transferts auraient été opérés sur instructions de SOCIETE1.). SOCIETE1.) y répond par la négative, SOCIETE4.) ayant été aux seuls ordres de SOCIETE3.), même si SOCIETE1.) avait donné son accord : tous les transferts auraient été crédités sur le « *special custody account NUMERO2.)* », ouvert par SOCIETE3.) auprès de SOCIETE4.) en sa qualité de dépositaire de SOCIETE1.). Les développements sur la « SOCIETE19.) » ne serait d'aucune pertinence pour l'issue du litige, aucun document se rapportant de près ou de loin à une instruction de transfert émanant de SOCIETE1.) ne mentionnerait cette banque, citée par SOCIETE3.) dans ses conclusions. SOCIETE3.) n'aurait pu se libérer en transférant des espèces à SOCIETE4.), parce qu'elle aurait toujours déclaré à SOCIETE1.) que SOCIETE4.) serait son sous-dépositaire, ce qui serait rapporté par pièces (notamment les pièces 7, 17, 18, 20, 23, 36, 37, 38, 39, 40 et 50 versées par SOCIETE1.)). Elle ne pourrait maintenant venir se contredire. SOCIETE1.) conclut que les espèces transférées par SOCIETE3.) vers

SOCIETE4.) n'auraient pas relevées d'un acte de disposition de SOCIETE1.), mais seraient restées dans le champs d'application du « *custodian agreement* » et de l'obligation de conservation de SOCIETE3.). En vertu de la clause 15.2 dudit « *agreement* », les actes et omissions du sous-dépositaire, SOCIETE4.), seraient ceux de SOCIETE3.). Ainsi, il y aurait lieu, à titre principal, de condamner SOCIETE3.) à payer à SOCIETE1.) la somme de 1,433.643.918 US\$ augmentée des intérêts légaux, à titre subsidiaire, au cas où un éventuel enrichissement de SOCIETE1.) au détriment de SOCIETE3.) serait retenu, de condamner SOCIETE3.) à payer à SOCIETE1.), la somme de 755.410.644,23 US\$ en principal avec les intérêts légaux, ainsi que les intérêts courus sur la somme de 678.233.273,77 US\$.

- La demande en restitution de la somme de 521.918.349,08 US\$ reçue par SOCIETE3.) de la part de SOCIETE1.) et/ou ses investisseurs, se trouvant encore entre les mains de SOCIETE3.) et/ou sur ses comptes ouverts auprès de SOCIETE11.) plc.

Le cadre contractuel de cette restitution serait encore constitué par le « *custodian agreement* », soumis au droit luxembourgeois et donc au Code civil. Aux termes de ces bases, SOCIETE3.) serait tenu de conserver et de restituer la somme de 521.918.349,08 US\$. Depuis le début de cette procédure judiciaire, SOCIETE3.) aurait admis, durant 10 années de procédure, valant aveu judiciaire, avoir reçu de SOCIETE1.), puis continué à SOCIETE4.), la somme de 2.055.660.324,08 US\$. SOCIETE3.) aurait aussi constamment dit avoir retiré la somme de 567.800.000.- US\$, ce qui porterait le solde des espèces transférées à 1.487.860.324,08 US\$. SOCIETE3.) affirmerait toutefois aussi, à tort, qu'elle aurait, sur « *proper instructions* » de SOCIETE1.), transféré des fonds sur un compte bancaire de SOCIETE4.) ouvert auprès de SOCIETE20.). En effet, SOCIETE3.) aurait versé aucune instruction de SOCIETE1.) pour huit transferts à hauteur d'un montant total de 638.618.349,08 US\$ effectués entre le 1^{er} juin 2006 et le 2 janvier 2008. Tous les transferts opérés par SOCIETE3.) vers SOCIETE4.) ne pourraient être constitutifs de restitutions opérées par SOCIETE3.) à SOCIETE1.). Il serait de plus impensable que SOCIETE3.) ait égaré des justificatifs pour ces huit transferts, au regard des montants importants en jeu. Il faudrait en déduire que la pièce « 16 » versée par SOCIETE3.), à savoir un tableau récapitulatif des transferts d'espèces, ne correspondrait pas à la vérité. SOCIETE1.) insiste pour dire que les espèces qui auraient été reçues par SOCIETE3.) de la part des investisseurs de SOCIETE1.) n'auraient pas été reçues sur un compte SOCIETE1.) ouvert auprès de SOCIETE3.), mais sur un compte interne SOCIETE3.), à savoir sur deux comptes *nostro* de SOCIETE3.) (dont le numéro IBAN débiterait par « LU »). Il serait logique que SOCIETE1.) n'ait pas eu de compte classique auprès de SOCIETE3.), puisque cette dernière aurait été son dépositaire. Il serait faux de prétendre que SOCIETE1.) aurait ouvert des comptes auprès de SOCIETE11.) plc ADRESSE8.) : les comptes repris dans un courrier du 30 novembre 2012 du litismandataire de SOCIETE3.) seraient des comptes de SOCIETE3.) auprès de cette banque. Il s'agirait de comptes dont le numéro IBAN débiterait par « GB », soit des comptes britanniques et non luxembourgeois.

En conséquence, l'aveu de SOCIETE3.) selon lequel elle aurait reçu la somme de 2.055.660.324,08 US\$ serait irrévocable et vaudrait force probante absolue. Cet aveu ne serait pas la conséquence d'une erreur de fait, a fortiori d'une erreur excusable. De plus, SOCIETE3.) ne pourrait venir se contredire, au vu de la théorie de l'estoppel.

Pour cette question, SOCIETE1.) développe, dans un deuxième ordre d'idées, que comme elle aurait été sans compte classique auprès de SOCIETE3.), cette dernière n'aurait pas émis d'extraits d'un compte bancaire d'espèces. Il ne pourrait pas y avoir de forclusion pour contester, que ce soit par application de l'article 189 du Code de commerce ou des conditions générales de SOCIETE3.). La notion inventée par SOCIETE3.) de « *transfert d'un point de vue économique* » n'existerait pas. Les pièces que SOCIETE3.) verserait pour prouver les « *proppers instructions* » de SOCIETE1.), ne seraient en réalité pas des résolutions circulaires au sens du « *custodian agreement* », mais des décisions par lesquelles les administrateurs de SOCIETE1.) approuveraient les souscriptions en nature potentielles d'OPC tiers et ne recèleraient ni d'instructions de transfert à SOCIETE3.) ni de transferts d'actifs quelconques de SOCIETE1.) vers SOCIETE4.) « *d'un point de vue économique* ». Tous les arguments qui auraient été avancés par SOCIETE3.) pour tenter de se libérer de son obligation de restituer la somme de 2.055.660.324,08 US\$ par elle reçue de la part de investisseurs de SOCIETE1.), prétendant avoir viré l'intégralité dudit montant à SOCIETE4.), alors qu'elle n'aurait viré que la somme de 1.533.741.975 US\$ à SOCIETE4.), ne seraient ni convaincants ni probants. Il y aurait partant lieu de dire que SOCIETE3.) serait dépositaire de la somme de 521.918.349,08 US\$ non transférée par cette dernière à SOCIETE4.).

- L'appel incident de SOCIETE3.) contre l'application de la Loi 2002 aux relations contractuelles entre parties

Dans ce contexte, SOCIETE1.) entend souligner :

- que les juges de premier degré auraient uniquement dit, faisant application du principe de l'autonomie de la volonté, que les parties avaient voulu, par la conclusion du « *custodian agreement* » et de la nomination de SOCIETE3.) en tant que banque dépositaire de SOCIETE1.), que les obligations mises à charge des banques luxembourgeoises dépositaires d'OPC prescrites par la Loi 2002 régissent leurs relations, ensemble avec celles auxquelles SOCIETE3.) se serait engagée en vertu de du « *custodian agreement* » ;
- contrairement aux allégations de SOCIETE3.), le « *custodian agreement* » aurait mis à charge de SOCIETE3.) non seulement les obligations comprises aux article 1915 et suivants du Code civil régissant le contrat de dépôt, mais encore des obligations non prévues par le droit civil commun et qui le seraient par la Loi 2002 et qui auraient été reprises par la circulaire IML 91/75 (par exemple, la « *sélection* » de ses correspondants par SOCIETE3.)) ;
- comme la Loi 2002 aurait pour objectif de protéger les investisseurs et que les obligations y reprises seraient d'ordre public, il serait inacceptable qu'une banque

luxembourgeoise puisse échapper à ces règles sous le prétexte que l'OPC dont elle est la banque dépositaire aurait son siège à l'étranger ;

- les juges de première instance auraient de même retenu qu'en choisissant une banque dépositaire luxembourgeoise et en soumettant le « *custodian agreement* » au droit luxembourgeois, les parties auraient fourni aux investisseurs une « image » d'un OPC régulé conformément aux règles européennes. De plus, les comptes annuels de SOCIETE1.) auraient été préparés par SOCIETE3.), puis certifiés par SOCIETE6.) comme établis selon les lois et règlements luxembourgeois.

L'appel incident ne serait donc pas fondé. Cette conclusion ne saurait pas non plus être remise en doute par les avis juridiques d'André Prüm des 31 janvier 2019 et 9 juillet 2020, versés par SOCIETE3.). S'agissant d'avis sur le droit national, ces « consultations » violeraient la séparation des rôles des parties et des juges, ces derniers étant les seuls garants de la bonne application de la loi. SOCIETE1.) se rapporte à prudence de justice pour la recevabilité de ces « avis » avant de les analyser :

- l'avis de Me André Prüm du 31 janvier 2019 : pour répondre à la question qui lui aurait été posée, à savoir si le « *custodian agreement* » du 29 mars 2004 est régi par la Loi 2002, telle qu'en vigueur au jour de la signature dudit contrat, celui-ci aurait retenu en page « 3 » que SOCIETE1.) aurait nommé SOCIETE3.) comme son dépositaire et son agent administratif. Sa présentation du contexte factuel et procédural serait biaisée, (i) en affirmant que les administrateurs auraient délégués « *certaines tâches et fonctions administratives, de comptabilité et de support* » à un gestionnaire, alors qu'en réalité, toute l'administration centrale de SOCIETE1.) y serait visée, (ii) en ne citant que partiellement la motivation du jugement entrepris, laissant de côté les passages qui auraient justement admis que le « *custodian agreement* » n'excluait pas les dispositions de la Loi de 2002.

L'analyse faite ensuite par Maître André Prüm, visant à apprécier si les conclusions tirées par les juges de premier degré sont exactes, serait erronée, pour se baser sur de fausses prémisses : (i) Maître André Prüm aurait conclu que les juges du tribunal auraient requalifié le « *custodian agreement* » en un « *contrat nommé* ». La Loi 2002, qui serait une transposition de la directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985, ne donnerait aucun nom au contrat par lequel une société d'investissement confie la garde de ses actifs à un dépositaire, ni aucune définition d'un tel contrat. Au contraire, et Maître André Prüm le reconnaîtrait finalement plus loin, « *si la Loi OPC 2002 prévoit que le dépositaire accomplisse des missions allant au-delà de la garde des actifs, cela signifie clairement que ladite Loi OPC 2002 n'a pas créé de « contrat de dépôt » spécial, respectivement de « contrat de dépôt de la loi du 20 décembre 2002 sur les organismes de placement collectif* » ». La thèse du prétendu « *contrat nommé* » ne tiendrait pas, de sorte que les juges de première instance n'auraient pas pu procéder à une qualification ou requalification du « *custodian agreement* ».

Maître André Prüm reprocherait encore aux juges de premier degré une « inversion de démarche » parce qu'il leur aurait fallu qualifier avant

d'interpréter : SOCIETE1.) conteste cet ordre, l'inverse serait vrai : l'interprétation apparaîtrait comme un préalable nécessaire à la qualification.

Maître André Prüm serait encore parti de l'hypothèse qu'à partir du moment où le « *custodian agreement* » ne contiendrait pas expressément certaines obligations qu'il qualifie d'« *obligations clefs* » imposées par la Loi 2002, celle-ci ne pourrait s'appliquer. Ceci serait faux selon SOCIETE1.), qui estime qu'à partir du moment où la loi fixerait des obligations sur le dépositaire luxembourgeois d'OPC, il ne serait pas nécessaire de faire figurer ces obligations dans l'écrit matérialisant la désignation du dépositaire et l'acceptation de cette fonction par ce dernier. En réalité, le « *custodian agreement* » reprendrait notamment une disposition clef de la Loi 2002, à savoir la stricte responsabilité du dépositaire d'OPC en cas de désignation de sous-dépositaire (clause 15.2).

Maître André Prüm omettrait aussi de souligner, comme le jugement entrepris l'aurait fait, qu'aucune disposition du droit luxembourgeois n'aurait été exclue aux termes du « *custodian agreement* », a fortiori la Loi de 2002, qui serait même la loi à s'appliquer naturellement au « *custodian agreement* ». Les juges ne se seraient pas limités à prendre en compte la clause « 8 » dudit « *agreement* », comme le prouverait la référence à l'article 1161 du Code civil.

Ce serait à tort que Maître André Prüm aurait soutenu que les juges de premier degré auraient supposé une volonté hypothétique des parties ou qu'ils auraient procédé par divination de la volonté des parties.

- l'avis de Maître André Prüm du 9 juillet 2020 : les conclusions y reprises seraient stupéfiantes et contraires à la réalité. La prétendue contradiction du « *custodian agreement* » avec la Loi 2002 alléguée dans cet avis complémentaire serait contredite par la simple lecture de la clause 15.2. SOCIETE1.) affirme que le « *custodian agreement* » serait même plus strict que la Loi 2002, puisque les actes des agents ou sous-dépositaires du dépositaire y seraient réputés être ceux du dépositaire.

SOCIETE1.) complète que Maître André Prüm se serait uniquement basé sur les dispositions de la Loi 2002 relatives aux OPC sous forme contractuelle, alors que SOCIETE1.) le serait sous forme statutaire, de sorte qu'il aurait fallu viser l'article 34(1) de la Loi 2002 et non ses articles 17(4) et 18(2).

Finalement, SOCIETE1.) est d'avis qu'il faudrait en conclure que les juges de première instance auraient parfaitement mis en œuvre leur pouvoir souverain d'interprétation, en rappelant que ce pouvoir d'interprétation des contrats échapperait au contrôle de la Cour de cassation.

Il faudrait en conclure que l'appel incident de SOCIETE3.) serait non fondé.

A ces conclusions longues et exhaustives, **SOCIETE3.)** réplique par des conclusions récapitulatives et ampliatives non moins longues et complètes, déposées au greffe de la Cour en date du 15 mai 2022, y revenant en premier lieu aux rétroactes, avant de se rapporter à prudence de justice quant à la recevabilité de l'appel en la pure forme, ainsi que de l'appel portant sur la partie

du dispositif relative au sursis prononcé par les juges de première instance, en ce qui concerne la demande en restitutions d'espèces.

SOCIETE3.) développe en deuxième lieu sa version des faits, commençant par sa présentation des parties et des intervenants au litige ; elle insiste à dire que SOCIETE1.) serait une société constituée sous les lois des Îles Caïmans sous la forme d'une SPC (Segregated portfolio company), soumise en tant que telle à l'autorité de surveillance financière des Îles Caïmans, la « CIMA » (Cayman Islands Monetary Authority).

SOCIETE3.) plaide être dépositaire et agent administratif de SOCIETE1.), suivant le « *custodian agreement* » du 29 mars 2004, respectivement d'un « *administration agreement* » du même jour : elle ne serait donc qu'un « *service provider* » ou prestataire de service de SOCIETE1.). SOCIETE3.) continue en affirmant que « *le dépositaire d'un fonds d'investissement peut être chargé de recevoir la chose d'autrui, à avoir les espèces et titres, à charge de la garder et de la restituer en nature conformément à l'article 1915 du Code civil* ».

SOCIETE3.) définit SOCIETE4.) comme « *broker-dealer* », agissant en tant que courtier/commissaire (broker), effectuant des investissements pour des clients et en tant que « *dealer* » effectuant des investissements pour soi-même. Le 29 mars 2004 SOCIETE1.) aurait ainsi signé (i) un « *custodian agreement* » avec SOCIETE4.) pour l'ouverture d'un compte « *brokerage* » n° NUMERO5.) (Trading account), nommant SOCIETE4.) comme « *broker dealer* », (ii) un « *option agreement* », (iii) un « *trading authorization* » et (iv) un « *certificate of foreign status of beneficial owner for United States tax withholding* » : ces quatre documents seraient par la suite désignés par SOCIETE3.) comme « *brokerage agreements* ». SOCIETE3.) conteste être partie à ces contrats : elle se serait limitée à transférer au broker-dealer SOCIETE4.) des espèces provenant de souscriptions payées par les investisseurs sur le compte-espèces de SOCIETE1.) ouvert auprès de SOCIETE3.). SOCIETE3.) aurait ouvert auprès de SOCIETE4.) un compte géré dénommé initialement « *SOCIETE8.) special custody act for SOCIETE1.)* », sur instruction expresse de SOCIETE1.). SOCIETE4.) aurait ensuite acheté des titres en contrepartie des espèces transférées par SOCIETE1.).

SOCIETE3.) précise encore que SOCIETE21.) LIMITED, serait le gestionnaire d'investissement (Investment manager) de SOCIETE1.), qui aurait délégué certaines tâches à SOCIETE3.) (page 14 de l'« *Offering memorandum* » de SOCIETE1.)).

Elle avance de même que les fonds provenant « *du compte espèces de SOCIETE1.) ouvert auprès de SOCIETE3.) étaient transférés pour investissement sur le compte espèces ouvert auprès de la SOCIETE19.) par SOCIETE4.) pour le compte de SOCIETE1.)* ».

Après la présentation des parties, SOCIETE3.) résume sa version du litige : elle allègue ainsi ne pas être le dépositaire des Titres faisant l'objet de la demande en restitution, parce qu'il n'y aurait pas eu de sous-dépôt par SOCIETE3.), SOCIETE1.) les ayant déposés directement auprès de SOCIETE4.), en vertu des « *brokerage agreements* ». Le dépositaire ne pourrait pas être tenu responsable

pour les erreurs d'investissement commises par SOCIETE1.) ou son « *investment manager* ». Pour les espèces, SOCIETE3.) aurait transféré à SOCIETE4.) des espèces provenant des souscriptions qui auraient été payées par les investisseurs sur le compte-espèce de SOCIETE1.) ouvert auprès de SOCIETE3.), en application de la clause 5 du « *custodian agreement* ». Ces espèces auraient été inscrites pour compte de SOCIETE1.), sur un compte ouvert par SOCIETE4.) auprès de la SOCIETE19.), pour permettre à SOCIETE4.) de passer des transactions sur le marché américain. Les titres ainsi achetés auraient été prétendument inscrits sur un compte ouvert par SOCIETE4.) pour le compte de SOCIETE1.) auprès de la SOCIETE18.) (Depository trust & clearing corporation).

SOCIETE3.) conteste que des documents intitulés « *sub-custody agreement* » signés entre elle et SOCIETE4.) aient été effectifs, au vu du fait que les Titres, après leur prétendue acquisition par SOCIETE4.), n'auraient jamais été remis à SOCIETE3.) mais gardés par SOCIETE4.), qui aurait eu la qualité de second dépositaire. SOCIETE1.) n'aurait même pas eu de compte-titre auprès de SOCIETE3.), de sorte que celle-ci ne pourrait pas restituer les Titres. Il en serait de même des espèces, alors que SOCIETE3.) aurait déjà satisfait à son obligation de restitution, en portant au débit du compte SOCIETE1.) les montants transférés sur ses instructions expresses. Une demande tendant à la restitution du solde disponible des comptes-espèces ouverts dans les livres de SOCIETE3.) serait à rejeter parce qu'actuellement les comptes SOCIETE1.) auprès de SOCIETE3.) auraient été clôturés.

Toute allégation quant à une faute commise par SOCIETE3.) lors de la phase de « *due diligence* » sur SOCIETE4.) serait réfutée, la présente demande portant sur la restitution et non la responsabilité de SOCIETE3.).

En troisième lieu, SOCIETE3.) en vient finalement à ce qu'elle appelle le « *contexte contractuel et juridique* » :

- Le cadre contractuel entre SOCIETE1.) et SOCIETE3.) : le 29 mars 2004, SOCIETE1.) aurait conclu avec SOCIETE3.) un « *administration agreement* » qui définirait les obligations de SOCIETE3.) en tant qu'agent administratif, régi par le droit luxembourgeois, ainsi qu'un « *custodian agreement* » qui définirait les obligations de SOCIETE3.) en tant que dépositaire, également régi par le droit luxembourgeois. Dans ce contexte, un compte-espèces aurait été ouvert par SOCIETE1.) auprès de SOCIETE3.), cette dernière se serait toujours limitée à exécuter les instructions reçues de son client SOCIETE1.) ou de son « *investment manager* » en transférant les espèces reçues des investisseurs vers SOCIETE4.). Dans le sens inverse, SOCIETE3.) aurait reçu de SOCIETE4.) le prix des rachats en espèces pour les continuer aux investisseurs. Aucun titre acquis par SOCIETE4.) pour le compte de SOCIETE1.) n'aurait jamais été déposé chez SOCIETE3.), mais détenus par SOCIETE4.) sur deux comptes ouverts pour SOCIETE1.), non pour SOCIETE3.), à savoir NUMERO2.)-3 et NUMERO2.)-4. SOCIETE4.) aurait envoyé des extraits de compte titre à SOCIETE1.), pour adresse SOCIETE3.), tel que cela aurait été requis par SOCIETE1.). Si SOCIETE3.) se voyait envoyer les extraits de compte par SOCIETE4.), ce n'aurait été qu'en raison de sa qualité d'agent administratif de

SOCIETE1.), ce qui n'engendrerait pas que SOCIETE3.) soit à considérer comme titulaire des comptes. Pour être complet, SOCIETE3.) indique que les contrats « *administration agreement* » et « *custodian agreement* » auraient entretemps été résiliés.

SOCIETE3.) conteste l'allégation adverse selon laquelle SOCIETE1.) ne pourrait pas avoir deux dépositaires. Le fait que la SOCIETE8.) figurerait comme « *custodian* » dans le « *offering memorandum* » de SOCIETE1.) n'impliquerait pas qu'il soit « le » dépositaire. Même en vertu de la Loi 2002, la mission générale de « garde » serait à prendre au sens de « surveillance » et non de « conservation » et le dépôt matériel de tout ou partie des actifs pourrait être effectué soit auprès du dépositaire lui-même, soit auprès de tout professionnel désigné par l'OPC. De plus, sans réception des Titres, SOCIETE3.) ne pourrait être considérée comme dépositaire des Titres, au sens du Code civil.

- Le cadre contractuel entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.) : SOCIETE1.) aurait signé directement avec SOCIETE4.) les « *brokerage agreements* ». Le 29 mars 2004, SOCIETE1.) aurait signé avec SOCIETE4.) le « *custodian agreement* » pour l'ouverture du compte NUMERO2.). Le « *customer* » serait SOCIETE1.) et SOCIETE3.) serait tiers audit contrat. Seul SOCIETE1.) serait en droit de réclamer la restitution des actifs inscrits sur le compte auprès de SOCIETE4.). SOCIETE3.) ne conteste pas avoir signé trois « *sub-custody agreements* ». Le même jour auraient été signés, entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.), un « *option agreement* », une « *trading authorization limited to purchases and sales of securities and option* » et un « *certificate of foreign status of beneficial owner for United States tax withholding* », engendrant une relation directe de déposant à dépositaire. SOCIETE4.) aurait été choisi par le seul SOCIETE1.) ; PERSONNE23.) aurait été une relation personnelle de longue date du promoteur de SOCIETE1.), à savoir Bank SOCIETE22.) et PERSONNE24.). Il faudrait en conclure que non seulement SOCIETE1.) serait l'unique entité à pouvoir réclamer la restitution des avoirs, mais aussi uniquement et directement à SOCIETE4.). SOCIETE3.) insiste pour affirmer que le libellé originel des « *brokerage agreements* », à savoir « *SOCIETE8.) special custody account for SOCIETE1.)* » aurait été choisi par les « *directors* » de SOCIETE1.). Ces « *brokerage agreements* » seraient soumis au droit américains, raison pour laquelle SOCIETE3.) verserait trois rapports d'un expert, à savoir du professeur Jeffrey N. Gordon des 20 janvier 2017, 14 mars 2018 et 4 juin 2020. Ce professeur aurait conclu que SOCIETE4.) aurait été soumis à des obligations de dépositaire au nom de SOCIETE1.), que ce fonds aurait été client de SOCIETE4.), à qui aurait incombé l'ensemble des obligations de dépositaire. Le professeur PERSONNE22.) conclu aussi que SOCIETE1.) aurait eu le droit de faire valoir ses réclamations en tant que client à l'encontre de SOCIETE4.), en sa qualité de dépositaire. Le fait que le contrat de dépôt entre SOCIETE1.) et SOCIETE3.) soit régi par le droit luxembourgeois et les « *brokerage agreements* » entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.) soient soumis à la législation américaine, ne serait pas de nature à remettre en cause les conclusions du professeur PERSONNE22.).

Pour être complète, SOCIETE3.) conteste formellement que tous documents concernant d'autres fonds d'investissement soient en relation avec le présent litige, qui concernerait exclusivement SOCIETE1.).

- Le cadre contractuel entre SOCIETE3.) et SOCIETE4.) : SOCIETE3.) ne conteste pas avoir signé trois « *sub-custody agreements* » en 2002, 2004 et 2008 avec SOCIETE4.), mais il s'agirait d'un document cadre, qui n'aurait jamais été utilisé dans le cas d'espèce, avec SOCIETE1.). Le premier document, de 2002, n'aurait pas concerné SOCIETE1.), qui n'aurait pas encore été constitué, ni visé par l'annexe « A ».

Le contrat signé en 2004 aurait été régi par le droit luxembourgeois et SOCIETE1.) aurait figuré parmi les clients repris à l'annexe « A ».

Ces différents « *sub-custody agreements* » n'auraient toutefois jamais été parfaits, faute de remise effective des Titres : aucune relation de sous-dépôt n'aurait ainsi pu voir le jour. SOCIETE1.) n'aurait jamais déposé de Titres auprès de SOCIETE3.), mais directement auprès de SOCIETE4.), par l'effet des « *brokerage agreements* ». Le transfert d'espèces n'aurait pas été fait dans le cadre du « *sub-custody agreement* » et une relation contractuelle externe ne saurait créer des obligations à charge de SOCIETE3.).

- Pour le contexte juridique, SOCIETE3.) développe trois arguments :
 - les relations entre SOCIETE1.) et SOCIETE3.) n'entreraient pas dans le champ d'application de la Loi 2002 : SOCIETE1.) ne serait pas un fonds soumis à cette Loi 2002 pour être un fonds dit « off-shore ». La Loi 2002 distinguerait trois types d'OPC : les OPCVM situés au Luxembourg, à savoir ceux soumis à la directive 85/611/CEE (selon la partie I), selon la partie II, les OPCVM établis à Luxembourg et qui ne relèveraient pas de la partie I, et la partie III traiterait des OPC étrangers. Cette partie III serait constituée du seul article « 76 ». Par conséquent, la Loi 2002 ne déterminerait aucun régime pour un fonds étranger tel que SOCIETE1.). Les juges de premier degré auraient retenu par erreur que cette Loi 2002 serait applicable.
 - le « *custodian agreement* » ne reprendrait pas le régime d'un contrat de dépôt régi par la Loi 2002 : les juges de premier degré auraient à tort qualifié cet « *agreement* » de contrat nommé soumis au régime spécifique des contrats de dépôt régis par la Loi 2002 : SOCIETE3.) interjette appel incident sur ce point. Que cet appel soit recevable ou non pour porter sur une disposition non reprise au dispositif du jugement entrepris, SOCIETE3.) estime qu'elle pourrait toujours critiquer en appel l'application de la Loi 2002. SOCIETE3.) est d'avis que (i) le choix d'un prestataire de service d'une certaine nationalité n'aurait aucun impact sur la qualification d'un fonds et sur la loi le régissant, ce d'autant plus que le « *custodian agreement* » serait muet sur la Loi 2002 et que ses termes ne laisseraient pas de place pour une interprétation au sens des articles 1156 et suivants du Code civil, (ii) sous le couvert de l'interprétation, les juges de première instance auraient, à tort, qualifié le « *custodian agreement* » de contrat de dépôt régi par la Loi 2002, alors que qualifier et interpréter seraient deux concepts distincts. De plus, cet « *agreement* » n'aurait pas intégré certaines des

obligations impératives de la Loi 2002, voire en aurait intégrées qui seraient contraires à ladite loi, comme la limitation de responsabilité de l'article 15.3. Cela démontrerait que SOCIETE3.) aurait été nommée comme dépositaire ordinaire au sens de l'article 1915 du Code civil, sans jamais avoir eu le rôle de dépositaire au sens de la Loi 2002.

- en tout état de cause, la question de l'application ou non de la Loi 2002 ne serait pas pertinente pour toiser la demande en restitution des Titres et des espèces : l'application de cette loi ne serait pertinente que pour l'analyse d'une éventuelle responsabilité civile et d'une demande en dommages et intérêts contre SOCIETE3.), volet qui n'aurait pas encore été toisé par la première instance et qui y serait donc encore pendant.

Toujours dans ce contexte juridique, SOCIETE3.) dresse un aperçu des questions qui seraient à résoudre pour le présent litige :

- les Titres dont SOCIETE1.) réclamerait la restitution à SOCIETE3.), auraient-ils été déposés auprès de SOCIETE3.) et sous-déposés par SOCIETE3.) auprès de SOCIETE4.) (théorie de SOCIETE1.) ou auraient-ils été directement déposés par SOCIETE1.) auprès de SOCIETE4.) (théorie de SOCIETE3.) ? A titre préliminaire, SOCIETE3.) fait valoir qu'elle n'aurait pas pu émettre un aveu extrajudiciaire sur des éléments de droit. Elle conteste ensuite l'existence d'un sous-dépôt, SOCIETE1.) ayant confié la conservation des Titres à un tiers, son « broker » SOCIETE4.). Quant aux lettres adressées par SOCIETE3.) aux réviseurs d'entreprises SOCIETE6.), SOCIETE3.) conteste qu'elle y aurait admis détenir les actifs visés sur l'extrait de compte SOCIETE4.), mais y aurait renvoyé dans l'unique but de permettre à SOCIETE6.) de faire son audit. Quant aux rapports SOCIETE23.), SOCIETE3.) indique que « *le fait que SOCIETE4.) y soit dénommé « sub-custodian », ou encore la circonstance que des employés de SOCIETE3.) aient mentionné SOCIETE4.) comme « sous-dépositaire », n'a aucune conséquence juridique quant à la qualification juridique exacte des relations entre SOCIETE3.), SOCIETE1.) et SOCIETE4.)* ». L'arrêt SOCIETE24.) du 13 juin 2019 cité par SOCIETE1.), ne permettrait pas de conclure à une analogie entre SOCIETE1.) et SOCIETE25.), également soumis au droit des Iles Caïmans. Quant aux relevés de position communiqués par SOCIETE4.) à SOCIETE3.), cette dernière conteste qu'ils l'auraient fait apparaître comme titulaire du compte : ces relevés ne prouveraient que sa fonction de banquier de SOCIETE1.). Pour ce qui serait du mail de PERSONNE6.) du 15 mars 2008, qui ne serait qu'un dirigeant au niveau mondial de SOCIETE3.) et non un de ses juristes, ce mail ne pourrait pas rapporter la preuve d'un sous-dépôt, même si SOCIETE4.) y serait qualifié de « *sub-custodian* ». Pour la lettre du 12 janvier 2007 adressée par SOCIETE3.) à l'un des « *directors* » de SOCIETE1.), qui se contenterait de décrire certaines dispositions du « *sub-custody agreement* », elle ne serait pas suffisante pour affirmer que cet « *agreement* » aurait effectivement été mis en œuvre et qu'un sous-dépôt aurait incontestablement été formé. Quant à l'intitulé de l'« *account information verification* » envoyé le 29 mars 2004, il ne vaudrait pas preuve de ce que SOCIETE3.) serait « *customer* » de SOCIETE4.), ni qu'elle serait titulaire du compte NUMERO6.). Seul le « *customer agreement* », qui aurait été signé par SOCIETE1.), pourrait valoir comme preuve. Les mêmes conclusions seraient à tirer de la pièce intitulée « *verification of address* ». Le

mail du 9 février 2007 adressé par SOCIETE3.) à l'un des directeurs de SOCIETE1.) ne ferait que confirmer l'existence d'un « *sub-custody agreement* » sans confirmer pour autant la mise en œuvre effective de ce contrat. La conclusion à tirer des « screen shots » de SOCIETE3.) en ligne le 18 décembre 2008 ne vaudrait toujours pas preuve de la qualité de titulaire de compte de SOCIETE3.). Quant aux comptes annuels de SOCIETE1.), préparés par les comptables de SOCIETE3.), il ne faudrait pas oublier que le terme anglais de « *sub-custodian* » pourrait recouvrir des concepts juridiques différents que le sous-dépôt prévu au Code civil luxembourgeois. SOCIETE3.) répète encore une fois que le « *sub-custody agreement* » aurait été signé, mais qu'il ne serait jamais devenu effectif, faute de remise des Titres. Quant au moyen qui aurait été tiré du calcul de la rémunération de SOCIETE3.) basée sur la valeur nette d'inventaire de SOCIETE1.), SOCIETE3.) explique que cette valeur serait calculée en divisant la valeur de tous les actifs de SOCIETE1.), peu importe par qui ils seraient détenus, par le nombre d'actions en circulation : la rémunération de SOCIETE3.) n'aurait ainsi pas été proportionnelle aux avoirs affectivement déposés auprès d'elle. Finalement, quant au moyen tiré de la fiabilité des informations communiquées par SOCIETE4.), SOCIETE3.) dit que la Cour ne serait pas saisie de la question de sa responsabilité, toujours pendante en première instance. Elle conteste néanmoins être responsable pour des manquements de gestion des administrateurs de SOCIETE1.).

- le fait que SOCIETE4.) aurait été le broker de SOCIETE1.) et que SOCIETE4.) aurait passé les transactions sur titres pour le compte de SOCIETE1.), rendrait-il possible l'existence simultanée d'une relation de sous-dépôt sur les mêmes titres entre SOCIETE3.) et SOCIETE4.), tel que ce serait allégué par SOCIETE26.) répond que les avoirs qui auraient été confiés à SOCIETE4.) par SOCIETE1.) ne pourraient faire partie de l'assiette de l'obligation de restitution pesant sur SOCIETE3.) en vertu de l'article 1915 du Code civil. Pour conclure ainsi, elle a analysé les obligations de garde d'un broker en matière de valeurs mobilières des clients en vertu des lois des Etats-Unis au cours de la période 2004-2008, en se basant sur le rapport rédigé par le professeur PERSONNE22.) du 20 janvier 2017 : selon lui, le « *customer agreement* » entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.) aurait défini SOCIETE1.) comme le « *customer* » et désigné SOCIETE4.) comme agent dépositaire qualifié à l'égard des valeurs mobilières et autres actifs de SOCIETE1.), qui aurait fait l'objet du « *trading authorization agreement* ». Le professeur PERSONNE22.) en conclut que SOCIETE4.) aurait été soumis à des obligations de garde envers SOCIETE1.), son client et que ce dernier aurait eu le droit de recevoir, sur sa demande, la remise des Titres détenus sur son compte : ce droit de SOCIETE1.) existerait à l'encontre de SOCIETE4.) et non à l'égard de SOCIETE3.). Le professeur PERSONNE22.) déduit finalement que SOCIETE4.) serait un dépositaire direct de SOCIETE1.) et non un sous-dépositaire de SOCIETE3.).
- quelle serait l'incidence de la procédure américaine de SIPA et de l'accord transactionnel du 12 novembre 2014 conclu entre le Trustee, SOCIETE1.) et SOCIETE25.), sur les demandes actuellement formulées par SOCIETE1.) ? Le 15 décembre 2008, la « *United States Court for the southern district of New York* » a nommé un Trustee (SOCIETE27.) à la liquidation de SOCIETE4.), qui a envoyé un formulaire de « *customer claim* » à SOCIETE3.), qui l'aurait transmis

à SOCIETE1.). Ce dernier aurait déposé le formulaire rempli le 22 juin 2009, pour se voir restituer les avoirs détenus sur le compte NUMERO2.). En annexe au formulaire, SOCIETE1.) aurait joint un « addendum » où il aurait affirmé que selon lui, SOCIETE3.), en sa qualité de dépositaire, aurait été la partie appropriée pour déposer la « *customer claim* ». SOCIETE1.) affirmerait que le Trustee aurait refusé cette demande, ce qui serait inexact : (i) le Trustee aurait initialement rejeté la demande présentée par SOCIETE1.), mais serait revenu sur cette décision le 19 mai 2010, par une « *notice of Trustee withdrawal of determination* », (ii) il ressortirait d'un accord transactionnel du 12 novembre 2014 entre le Trustee, SOCIETE1.) et SOCIETE25.) que le Trustee aurait finalement accepté la « *customer claim* » de SOCIETE1.) à hauteur de 1.639.896.943.- US\$, (iii) le Trustee aurait reconnu que les « *feeder funds* » comme SOCIETE1.) seraient autorisés à déposer une « *customer claim* » s'ils remplissent les cinq facteurs requis pour être considérés comme « *customer* » (l'existence d'une relation financière directe avec SOCIETE4.), le fait que SOCIETE1.) aurait investi ses propres avoirs et aurait un « *property interest in the assets it invested with SOCIETE4.)* », l'existence d'un compte « *brokerage* » de SOCIETE1.) auprès de SOCIETE4.), le fait que SOCIETE1.) ait eu le contrôle sur le placement de ses avoirs avec SOCIETE4.), le compte « *brokerage* » tenu par SOCIETE1.) serait apparu dans les livres de SOCIETE4.)). SOCIETE3.) n'aurait jamais déposé de « *customer claim* ». SOCIETE3.) rajoute que suite à l'accord transactionnel, le Trustee aurait, au jour des conclusions, payé 70,452% de chaque « *allowed claim* », reconnaissant être le dépositaire des Titres réclamés par SOCIETE1.). En acceptant ces paiements, SOCIETE1.) aurait reconnu SOCIETE4.) comme seul dépositaire des Titres. Sa demande contre SOCIETE3.) serait irrecevable, pour défaut d'intérêt à agir, sinon non fondée. De plus, les recouvrements d'ores et déjà effectués devraient réduire, sinon satisfaire la demande de SOCIETE1.). Si SOCIETE1.) devait obtenir gain de cause devant les juridictions luxembourgeoises et dans le cadre de la procédure américaine, il y aurait enrichissement sans cause. Sa demande serait encore irrecevable pour défaut d'intérêt légitime à agir, sinon non fondée. Ces développements feraient partie de l'appel incident de SOCIETE3.). En tout état de cause, les demandes de SOCIETE1.) en récupération des actifs seraient irrecevables, sinon non fondées pour absence d'objet, sinon absence de préjudice (dans le cadre des demandes subsidiaires en dommages intérêts).

Quant à la demande en restitution des Titres, SOCIETE3.) rappelle que ce serait actuellement le seul volet soumis à la Cour, qui conduirait à examiner :

1) Les conditions de l'existence de dépôt et de sous-dépôt portant sur les Titres

Tant le « *custody agreement* » du 29 mars 2004 entre SOCIETE1.) et SOCIETE3.) que le « *sub custody agreement* » de septembre 2004 entre SOCIETE3.) et SOCIETE4.) désignerait la loi luxembourgeoise comme loi applicable. La qualification de dépôt et de sous-dépôt requerrait la réunion des conditions suivantes : (i) un consentement dépourvu de vices des parties, (ii) une remise effective de la chose au dépositaire, ce qui entraînerait que la chose confiée au dépositaire ne pourrait être déposée qu'à un seul endroit : si les Titres devaient être fongibles au sens de la Loi 2001, leur remise impliquerait leur inscription sur un compte-titres du dépositaire ou sous-dépositaire ; (iii) une

obligation de conservation, qui ne vaudrait pas pour les espèces transférées à SOCIETE4.) sur base des instructions de SOCIETE1.) à SOCIETE3.), dans le cadre des « *brokerage agreements* » ; (iv) l'obligation de restitution de la chose déposée ou sous-déposée : s'agissant de choses fongibles, comme en l'espèce, il faudrait restituer une chose équivalente.

2) L'existence ou non de dépôt auprès de SOCIETE3.)

SOCIETE3.) soutient à nouveau que SOCIETE1.) ne lui aurait jamais remis les Titres dont il réclamerait la restitution. SOCIETE1.) serait malvenu de demander au dépositaire SOCIETE3.) la restitution d'espèces que SOCIETE1.) lui aurait antérieurement demandé de transférer au « broker », ni a fortiori les Titres que le « broker » aurait acquis avec les espèces lui confiées par SOCIETE1.). Même si SOCIETE3.) avait ouvert le compte auprès de SOCIETE4.), quod non, l'article 6.2 du « *custodian agreement* » écarterait sa responsabilité en cas de défaillance de SOCIETE4.). SOCIETE1.) serait à débouter de sa demande en restitution des Titres. Les Titres n'auraient jamais été inscrits auprès de SOCIETE3.) et SOCIETE1.) n'aurait jamais été titulaire d'un compte titre ouvert auprès de SOCIETE3.). Les avoirs seraient fictifs, respectivement les inscriptions alléguées seraient à annuler pour absence de cause : les titres figurant sur les extraits de SOCIETE4.) seraient fictifs, ne sembleraient jamais avoir été acquis par SOCIETE4.) et même s'ils existaient sur le marché boursier, SOCIETE3.) ne pourrait être tenue de les restituer en se les procurant sur le marché boursier pour les donner à SOCIETE1.), alors que ce litige serait une conséquence d'une fraude qui aurait été commise par SOCIETE4.). SOCIETE3.) insiste encore sur l'absence de pertinence de l'argumentation adverse sur la « garde des avoirs » dans le présent contexte. Partant du postulat que la Loi 2002 ne s'applique pas au cas d'espèce, SOCIETE3.) l'analyse, quant à la notion de « garde », pour en déduire que même la Loi 2002 ne prévoirait pas l'existence d'une obligation de restitution en toutes circonstances, parce qu'elle ferait une distinction entre une garde intellectuelle des avoirs, avec une obligation de surveillance, et une garde matérielle des avoirs au sens des articles 1915 et suivants du Code civil, avec une obligation de conservation. Dans le « *custodian agreement* » conclu entre SOCIETE1.) et SOCIETE3.), plusieurs hypothèses auraient été envisagées : (i) en son article 6.1 serait envisagé le cas de figure où SOCIETE1.) remettrait des Titres à SOCIETE3.), auquel cas SOCIETE3.) devrait ouvrir un compte titres au nom de SOCIETE1.). En l'espèce, SOCIETE1.) n'aurait jamais ouvert de compte titres dans les livres de SOCIETE3.) et aucun Titre n'aurait pu y être déposé. Sans dépôt de Titres, aucune restitution ne saurait être envisagée ; (ii) en son article 6.2 serait traité le cas de figure où le dépositaire SOCIETE3.), sur instruction de SOCIETE1.), ouvrirait un compte titres auprès d'un tiers au nom et pour le compte de SOCIETE1.), auquel cas SOCIETE3.) serait exonéré de toute responsabilité, pour ne pas avoir choisi le tiers. Ici, SOCIETE1.) n'aurait pas donné de telles instructions à SOCIETE3.), puisque SOCIETE1.) aurait lui-même ouvert ce compte chez SOCIETE4.) ; (iii) en son article 15.2 serait prévu le cas de figure où le dépositaire SOCIETE3.) aurait ouvert, de sa propre initiative, un compte titres auprès d'un tiers au nom et pour le compte de SOCIETE1.) : au vu

de la résolution des « *directors* » de SOCIETE1.) du 29 mars 2004, seul SOCIETE1.) aurait choisi et nommé SOCIETE4.) comme « broker », de sorte que SOCIETE4.) ne serait pas un « *correspondent* » au sens du prédit article 15.2 ; (iv) le dernier cas de figure ne serait pas régi par le « *custodian agreement* » mais par le contrat directement conclu entre SOCIETE1.) et le tiers, SOCIETE4.), qui serait un autre dépositaire. Il serait manifeste que les Titres réclamés à titre principal par SOCIETE1.) ne feraient pas partie de l'assiette de l'obligation de restitution de SOCIETE3.).

3) L'absence de sous-dépôt des Titres par SOCIETE3.) auprès de SOCIETE4.)

L'argumentation adverse serait inopérante, parce que sans remise des Titres à SOCIETE3.), il n'aurait pas pu y avoir de sous-dépôt de ces titres auprès de SOCIETE4.). Les relevés de positions (*statements of assets*) envoyés par SOCIETE4.) l'auraient été à SOCIETE3.), uniquement comme adresse postale et en sa qualité d'agent administratif de SOCIETE1.), pour calculer la valeur nette d'inventaire, mais non comme dépositaire.

Après ces développements sur l'absence de dépôt et de sous-dépôt portant sur les Titres, SOCIETE3.) expose sa théorie selon laquelle SOCIETE4.) aurait été le dépositaire direct de SOCIETE1.). SOCIETE4.) étant un broker-dealer dont l'activité serait gérée par la loi de New York, les transactions passées par le broker seraient soumises aux lois américaines. Cette façon de voir serait partagée par le professeur PERSONNE22.), dans ses avis des 20 janvier 2017 et 14 mars 2018 : cela signifierait que SOCIETE4.) aurait eu en dépôt des Titres qu'il aurait dû acquérir et revendre pour SOCIETE1.) et que seul SOCIETE1.), en tant que « *customer* » de SOCIETE4.), aurait disposé du droit à restitution des avoirs y déposés (préambule et article 5 du « *customer agreement* »).

SOCIETE3.) en conclut qu'une telle obligation serait incompatible avec celle qu'aurait eu SOCIETE4.) envers SOCIETE3.) en vertu d'un contrat de sous-dépôt : la fonction de broker assumée par SOCIETE4.) directement pour le compte de SOCIETE1.) aurait compris les devoirs de dépositaire (*custodial duties*). Il ne serait pas concevable que SOCIETE4.) ait été tenu simultanément des mêmes obligations de conservation et de restitution sur les mêmes avoirs envers SOCIETE1.) et SOCIETE3.).

SOCIETE3.) prend position sur les trois arrêts de la Cour de cassation française du 4 mai 2010, rendus dans l'affaire PERSONNE25.), cités par SOCIETE1.) : ces décisions ne seraient pas transposables au cas d'espèce, parce que SOCIETE1.) ne serait pas un OPCVM de droit français, qui ne serait pas soumis à la directive 85/611/CEE du 20 décembre 1985 et parce que SOCIETE3.) n'aurait pas confié la sous-conservation des avoirs de SOCIETE1.) à un tiers, SOCIETE1.) les ayant confiés directement à SOCIETE4.).

Quant à la demande en restitution des espèces, SOCIETE3.) donne à considérer ses arguments à titre superfétatoire au vu du fait que l'objet du présent litige serait limité à la demande en restitution des Titres, vu que les juges de premier degré

auraient sursis à statuer sur cette partie du litige, qui serait par conséquent toujours pendante en première instance.

- 1) Quant aux espèces transférées à SOCIETE4.) : SOCIETE3.) conteste avoir transféré des espèces à SOCIETE4.) de sa propre initiative, de sorte que SOCIETE4.) aurait été le broker ou dépositaire de SOCIETE1.). SOCIETE3.) n'aurait agi que sur instruction de SOCIETE1.) ou de son gestionnaire d'investissement, notamment en transférant le montant des souscriptions de SOCIETE1.) à SOCIETE4.), sur un compte ouvert par SOCIETE4.) auprès de la SOCIETE19.), ADRESSE5.). SOCIETE3.) estime qu'elle aurait ainsi satisfait à son obligation de restitution, en transférant ces sommes à celui indiqué par SOCIETE1.) pour les recevoir, à savoir SOCIETE4.). SOCIETE3.) n'aurait agi que sur « *proper instructions* » de SOCIETE1.). De plus, SOCIETE1.) ne pourrait pas contester les débits en espèces sur son compte auprès de SOCIETE3.), plusieurs années après les faits : il aurait forcément été au courant des transferts et serait forcé à le faire, par application des conditions générales de SOCIETE3.) (objection à faire dans les 14 jours à compter des écrits envoyés, article 8). Ce comportement de SOCIETE1.) se heurterait encore au principe de l'estoppel ainsi qu'à la prescription de dix ans, aux termes de l'article 189 du Code de commerce. SOCIETE3.) précise que seul SOCIETE1.) et son gestionnaire auraient eu le pouvoir de disposer des actifs déposés auprès de SOCIETE4.). SOCIETE3.) n'aurait rien à restituer.
- 2) Quant à la demande tendant à la restitution du solde disponible des comptes-espèces ouverts dans les livres de SOCIETE3.) : SOCIETE3.) rappelle qu'actuellement les comptes de SOCIETE1.) dans ses livres seraient clôturés. Par application de l'article 19.2 du « *custodian agreement* », SOCIETE3.) ne serait pas en droit de se libérer des espèces en sa possession à la fin du contrat, au vu du fait qu'à la suite de la suspension de la valeur nette d'inventaire de SOCIETE1.) depuis le 12 décembre 2008, des demandes de rachats des investisseurs de SOCIETE1.) n'auraient pas encore été honorées. La demande tendant à la restitution du solde disponible des comptes espèces ouverts auprès de SOCIETE3.) serait dès lors prématurée, sinon irrecevable.

SOCIETE3.) sollicite finalement une indemnité de procédure de 200.000.- euros, sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et s'oppose à l'octroi d'une indemnité de procédure à SOCIETE1.).

En guise de mot de la fin, SOCIETE3.) reprend ses conclusions :

- elle se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité en la pure forme de l'acte d'appel et quant à la recevabilité de l'appel portant sur la partie du dispositif relative au sursis prononcé par le tribunal, à savoir la restitution des espèces ;
- elle demande acte de son appel incident partiel, en ce que le jugement entrepris a rejeté le moyen d'irrecevabilité résultant du défaut d'intérêt à agir de SOCIETE1.) au vu du SIPA, et en ce qu'il a retenu dans sa motivation que la Loi 2002 était applicable au litige ;

- dans ce dernier contexte, il y aurait lieu de dire que l'article 28 du « *custodian agreement* » ne laisserait pas de place à interprétation et que dans son ensemble, cet « *agreement* » ne reprendrait pas le régime de la Loi 2002 et qu'il aurait ainsi à tort été qualifié de « contrat nommé soumis au régime spécifique de la Loi 2002 » ;
- dire qu'en signant l'accord transactionnel avec le Trustee en date du 12 novembre 2014, SOCIETE1.) aurait reconnu SOCIETE4.) comme (seul) dépositaire des Titres et déclarer sa demande en restitution des Titres irrecevable pour défaut d'intérêt à agir ;
- sinon, rejeter l'appel principal ;
- dire qu'il existe une relation de dépôt directe entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.), que les Titres ne sauraient à la fois être déposés chez SOCIETE4.) et SOCIETE3.), que SOCIETE1.) aurait reconnu la qualité de dépositaire de SOCIETE4.) par la signature de l'accord transactionnel et de l'acceptation de l'argent du Trustee, que les Titres seraient fictifs et que la demande en restitution serait irrecevable ;
- dire que SOCIETE3.) n'aurait jamais transféré des espèces à SOCIETE4.) de sa propre initiative, mais sur « *proper instructions* » de SOCIETE1.), de rejeter les allégations de SOCIETE1.) quant à un aveu judiciaire de SOCIETE3.) concernant la pièce « 16 » de SOCIETE3.) et si par impossible la Cour devait le voir ainsi, donner acte à SOCIETE3.) qu'elle révoque cet aveu, par application des articles 1355 et suivants du Code civil ;
- dire que SOCIETE1.) violerait le principe de l'estoppel, en contestant pour la première fois en appel les instructions de transfert de SOCIETE4.) ;
- constater que le solde disponible des comptes-espèces ouverts auprès de SOCIETE3.) par SOCIETE1.) ne pourrait être restitué, en vertu de l'existence d'un séquestre (*retained monies*) ;
- déclarer irrecevables sinon non fondées les demandes en restitution des espèces ;
- débouter SOCIETE1.) de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure et le condamner au paiement d'une telle indemnité, sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, à SOCIETE3.), à raison de 200.000.- euros ;
- condamner SOCIETE1.) aux frais et dépens des deux instances.

Appréciation de la Cour

I- Recevabilité des appels principal et incident

SOCIETE3.) a soulevé, comme en première instance, le défaut d'intérêt à agir de SOCIETE1.) à son encontre, au vu de l'existence d'une procédure aux Etats Unis d'Amérique (ci-après aux « USA »).

SOCIETE1.) a soulevé l'irrecevabilité de l'appel incident de SOCIETE3.), en ce qu'il a trait à l'application de la Loi 2002, pour concerner une disposition non comprise dans le dispositif du jugement appelé.

A) Le défaut d'intérêt à agir

Il est admis que pour agir en justice, il faut qu'une personne ait un intérêt à agir, qu'elle se prévale d'un intérêt légitime né et actuel (cf. DALLOZ, Encyclopédie de Procédure civile, v° action N. 60 ; GIVERDON, La qualité : condition de recevabilité de l'action en justice D. 1952, Chron. 85). Il faut donc justifier d'un intérêt personnel et direct ; que la qualité est donc le titre qui permet au plaideur d'exiger du juge qu'il statue sur le fond du litige (...) : elle réalise la jonction entre l'action, d'une part, et le fond du litige, d'autre part. (cf. GIVERDON op. cit ; SOLUS et PERROT, Tome 1, N. 26).

Le défaut d'intérêt et le défaut de qualité, dont le premier n'est d'ailleurs qu'une espèce, constituent des fins de non-valoir, qui, bien que tenant au fond, ne sont pas d'ordre public, ni en conséquence à toiser d'office (cf. Dalloz, Encyclopédie de Procédure Civile éd.1955, verbo Action, no.99).

La qualité à agir est le titre auquel on figure dans un procès. Ont seuls qualité: le propriétaire ou titulaire du droit litigieux, personne physique ou morale, ou son mandataire légal ou conventionnel, ou ses créanciers (cf. GARÇONNET et BRU, Traité de Procédure Théorique et Pratique, T.I, no 363). L'intérêt est en principe une condition suffisante pour être investi du droit d'agir. Le recours à la justice ne doit en effet être ouvert que si son auteur peut espérer en retirer un certain avantage, ceci afin d'éviter un encombrement inutile des tribunaux. S'il apparaît que l'exercice d'une action en justice ne présente aucune utilité pour un plaideur, le juge peut déclarer la demande irrecevable, se dispensant par là même de statuer sur le fond. L'intérêt constitue une condition générale d'existence de l'action, il est exigé de toute partie au procès.

L'intérêt à agir doit être apprécié au moment de l'engagement de l'action (cf. Cour de Cassation, 3e chambre civile, 8.12.2010, Lexisnexis n° Jurisdata 2010-023242).

La question de savoir si cette personne est réellement titulaire du droit dont elle se prévaut, relève du fond et ne se pose donc pas au stade de la recevabilité. Celui qui se prétend titulaire d'un droit litigieux a la qualité pour agir, autrement dit, le titre juridique lui permettant de saisir le juge afin qu'il se prononce sur l'existence et l'étendue de ce droit.

Comme SOCIETE1.) affirme que SOCIETE3.) est sa banque dépositaire, que SOCIETE4.) est le sous-dépositaire de SOCIETE3.), qu'il peut se retourner contre sa banque dépositaire pour obtenir restitution des Titres acquis par elle auprès de SOCIETE4.), il a qualité à agir. La Cour relève, à l'instar du tribunal, que le présent litige a été initié par assignation du 3 avril 2009 de SOCIETE1.) contre SOCIETE3.), soit à un moment où aucune autre procédure tendant à la restitution de Titres ou de fonds n'était en cours. La Cour ajoute que la première « *customer claim* » a été déposée auprès du Trustee en date du 22 juin 2009 (pièce n° « 12 » de SOCIETE1.)). Les autres éléments invoqués par SOCIETE3.) sont même largement postérieurs à cette date et partant ultérieurs au début du présent litige : il en est ainsi du « *settlement agreement* » conclu en date du 12 novembre 2014 entre d'un côté le Trustee et de l'autre SOCIETE25.) et SOCIETE1.), qui est même postérieur au présent acte d'appel, qui date du 15 mai 2013.

Tant au jour de l'acte introductif de première instance que de l'acte d'appel, l'intérêt à agir de SOCIETE1.) n'était pas affecté par les procédures lancées aux USA.

La question de savoir si SOCIETE1.) est réellement titulaire des droits invoqués relève du fond.

Le moyen d'irrecevabilité est à rejeter.

L'appel principal ayant été interjeté dans les formes et délais de la loi, il est à dire recevable.

B) L'irrecevabilité de l'appel incident

Il n'y a lieu à appel incident que lorsque l'intimé poursuit à son tour la réformation du jugement. Cette voie de recours ne s'impose pas lorsque, comme en l'espèce, SOCIETE3.) se borne, afin de repousser l'appel remettant en cause l'ensemble de la demande, à reprendre un moyen de défense rejeté par les juges de premier degré.

En effet, il est vrai que l'appel incident, tout comme l'appel principal, ne peut porter que sur le dispositif du jugement entrepris. Toutefois, si l'intimé veut rediscuter les motifs par lesquels la juridiction du premier degré a rejeté l'un ou l'autre de ses moyens, il suffit de reproduire ceux-ci en instance d'appel, sans devoir interjeter appel incident (« Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg », Thierry HOSCHEIT, n° 1472).

Il s'en suit que l'appel incident est irrecevable.

II- Le fond

Pour rappel, SOCIETE1.) requiert principalement la remise des Titres plus amplement spécifiés aux pages 25 et 26 de son acte d'appel, sinon aux pages 192 à 194 de ses conclusions récapitulatives.

Ce n'est que subsidiairement que SOCIETE1.) demande la restitution des espèces qui auraient été transférées à SOCIETE4.).

SOCIETE1.) sollicite aussi, la restitution de la somme de 521.918.349,08 US\$ qui se trouverait encore entre les mains de SOCIETE3.).

A) La demande en remise des Titres

Aux termes de l'article 58 du Nouveau Code de procédure civile « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». Conformément à l'article 1315 du Code civil, « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ».

En effet, le demandeur doit démontrer l'existence du fait ou de l'acte juridique sur lequel il fonde sa prétention : *actori incumbit probatio*. Celui qui a fait la preuve des éléments nécessaires à la naissance du droit qu'il invoque ne doit pas, en outre, prouver que ce droit s'est maintenu sans être modifié. Le défendeur se mue en demandeur en tant qu'il invoque une exception : *reus in excipiendo fit actor*. Il lui appartient donc de faire la preuve des faits qu'il invoque à titre d'exception (R. Mougenot, Droit des obligations, La preuve, éd. Larcier, 1997).

En application des principes directeurs prévus par ces textes, aux fins de pouvoir prospérer dans sa demande, il appartient à SOCIETE1.) de rapporter la preuve tant du fait que SOCIETE3.) est sa banque dépositaire que de celui que SOCIETE4.) est à considérer comme le sous-dépositaire de celle-ci, respectivement à SOCIETE3.) de prouver qu'elle s'est libérée de ses obligations en ayant exécuté, comme elle le prétend, les propres instructions de SOCIETE1.) envers SOCIETE4.), qui serait, dans ce cas, à considérer comme deuxième banque dépositaire.

1) L'examen des liens entre parties

La Cour constate d'emblée que les parties demeurent, en instance d'appel, en profond désaccord quant à la qualification de la relation triangulaire entre SOCIETE1.), SOCIETE3.) et SOCIETE4.), étant précisé que SOCIETE4.) n'est pas partie à l'instance.

SOCIETE1.) base sa demande et son appel tant sur le « *custodian agreement* », que la Loi 2001 et aussi sur le Code civil.

La Cour analysera dans un premier temps les termes du « *custodian agreement* ». En effet, aux termes de l'article 1134 du Code civil « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

Il ressort des pièces versées en cause que SOCIETE1.) et SOCIETE8.) (le prédécesseur de SOCIETE3.)) ont signé un « *custodian agreement* » (contrat de

dépôt ou de dépositaire) en date du 29 mars 2004. Il y est précisé dans son préambule que le conseil d'administration de SOCIETE1.) a sélectionné, pour le compte de SOCIETE1.), SOCIETE3.) en tant que dépositaire et que SOCIETE3.) accepte de fournir les services de dépositaire aux termes et conditions repris dans ledit accord.

Cet accord a été soumis (clause 28) aux lois du Luxembourg et à la compétence des juridictions luxembourgeoises. SOCIETE3.) s'y est engagé :

- à enregistrer et tenir un compte distinct dans ses livres, de l'ensemble des Titres reçus au fur et à mesure, et faire en sorte que ces Titres soient déposés dans son « coffre-fort », ou autrement détenus par lui ou à son ordre, ainsi qu'il le jugera approprié pour la garde des Titres (...) (clause 6.1) : « *the Custodian shall record and hold in a separate account in its books all Securities received by it from time to time and shall arrange for all Securities to be deposited in the Custodian's vault or otherwise held by or to the order of the Custodian as it may think proper for the purpose for the safekeeping thereof* » ;
- à identifier les Titres détenus par lui pour le compte de SOCIETE1.) et devra requérir de chaque agent, sous-dépositaire ou délégué (visés aux termes de la clause 15.2) d'identifier les Titres ou autres investissements détenus par un tel agent, sous-dépositaire ou délégué comme étant détenu par ce dernier, en qualité de dépositaire ou fiduciaire, pour le compte de SOCIETE1.) ou de SOCIETE3.) (...) (clause 9.1). La Cour précise qu'il convient de se référer à la partie « discussion » ci-dessus, pour la version originale en langue anglaise des clauses ici majoritairement citées en langue française, par mesure de simplification.
- à tenir ou à obtenir la tenue de livres, registres et relevés pouvant s'avérer nécessaires pour donner un état complet de l'ensemble des espèces et Titres détenus par elle (SOCIETE3.)) et des transactions par elle réalisées pour le compte de SOCIETE1.) (...) (clause 9.3) ;
- en cas de résiliation de l'accord, de délivrer ou de faire délivrer au dépositaire lui succédant, l'ensemble des Titres détenus au titre de l'accord, et toutes les espèces ou autres actifs qu'elle posséderait de SOCIETE1.) (clause 19.2).

Ce « *custodian agreement* » a autorisé SOCIETE3.) à désigner des agents, sous-dépositaires et délégués (désignés tous ensemble comme des « Correspondants »), tel qu'il sera nécessaire pour l'exercice de tout ou d'une partie des fonctions et prérogatives de SOCIETE3.) (y compris les pouvoirs de désignation des sous-dépositaires) (...) SOCIETE3.) demeurera responsable à l'égard de SOCIETE1.) de tous actes ou omissions d'un quelconque Correspondant, de quelque manière qu'il ait été désigné, comme si ces actes ou omissions étaient ceux de SOCIETE3.) (clause 15.2).

La clause 15.3 a, dans ce contexte, impose ce qui suit à SOCIETE3.) : dans le cadre de la sélection, de la désignation et de la supervision des Correspondants, conformément à la clause 15.2, SOCIETE3.) fera preuve de compétence et de prudence, mais ne sera uniquement responsable envers SOCIETE1.) des pertes

résultant de la liquidation, de la banqueroute ou de la faillite d'un tel Correspondant, si elle a fait preuve de négligence dans leur sélection et surveillance. Toutefois, dans l'établissement de cette négligence de SOCIETE3.), il sera tenu compte du choix du Correspondant sur un marché, du manque d'expérience ou d'expertise d'un tel Correspondant ainsi que de l'insuffisance et du manque de sérieux des informations (« financières ou autres ») concernant ces Correspondants.

De ce qui précède, il ressort clairement que SOCIETE3.) a été désignée en qualité de banque dépositaire par SOCIETE1.) et qu'elle a accepté cela aux conditions ci-dessus reprises. Elle a reconnu inscrire les Titres en compte chez elle aux susdites conditions.

La Cour doit maintenant s'attacher à vérifier s'il existe des liens contractuels entre SOCIETE3.) et SOCIETE4.) et si ces liens sont exclusifs ou s'il existe également des liens contractuels directs entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.).

Il découle des pièces à la disposition de la Cour que SOCIETE8.) a signé différents documents à et avec SOCIETE4.), qui démontrent que SOCIETE8.), actuellement SOCIETE3.), est cliente de SOCIETE4.): il en est ainsi d'un « *trading authorization limited to purchases and sales of securities* » du 30 novembre 1994 et de deux « *customer agreement* » des 6 décembre 1994 et 25 avril 1997. Ces documents indiquent être régis par les lois du Luxembourg et donnent compétence judiciaire aux juridictions du Luxembourg.

Un pas de plus est franchi par la signature d'un « *sub-custody agreement* » entre SOCIETE8.) et SOCIETE4.) en date du 7 août 2002, par lequel la banque (actuellement SOCIETE3.)) est autorisée à ouvrir et maintenir des comptes de dépôt (la Cour a souligné ce passage) auprès du « *sub-custody* » (SOCIETE4.)) qui seront pour le bénéfice exclusif des clients de SOCIETE3.), comme repris en annexe « A » dudit accord, et qui seront intitulés « *SOCIETE8.) special custody account for Customer (name of Customer to appear)* » (article 4). Cette volonté se trouve déjà inscrite au préambule dudit accord au point (A) : « *The Bank wishes to establish custody accounts with the sub-custodian to hold, maintain and/or administer certain property which the Bank holds as custodian for certain customers, that are listed in Annex « A » to this agreement, which accounts may each be designated as being held for a particular customer* ». Cet accord est régi par les lois du Luxembourg et SOCIETE4.) se soumet à la compétence non exclusive des juridictions luxembourgeoises.

Il en ressort qu'il existe une relation de sous-dépositaire entre SOCIETE3.) et SOCIETE4.), depuis cet accord du 7 août 2002. La Cour doit néanmoins s'assurer que cette relation s'applique à SOCIETE1.).

La Cour note que par « *Memorandum* » de SOCIETE8.) du 30 mars 2004, qui a pour sujet « *Herald Fund SPC (Cayman)* », dont la constitution aurait été prévue pour le 24 mars 2004, sous forme de société des Iles Cayman (SPC), que SOCIETE8.) serait la banque dépositaire et que ce nouveau fonds serait une copie de « *Primeo Select Fund* », dans le sens qu'il y aura des investissements à faire avec SOCIETE4.). Ce « *Memorandum* » spécifie en son point « 7 » que

SOCIETE4.) sera le sous-dépositaire de SOCIETE3.) pour SOCIETE1.) et qu'un compte sera ouvert auprès de SOCIETE4.) pour SOCIETE1.), par application du « *sub-custody agreement* » déjà existant, qui serait à modifier pour y inclure SOCIETE1.).

Conformément aux prévisions de ce « Memorandum » de SOCIETE3.), (i) SOCIETE1.) a été constituée le 24 mars 2004, tel que cela ressort du « *Memorandum of association* » et du « *Certificate of incorporation* » du « *Registrar of Companies, Cayman Islands* » (pièces 145 et 146 de SOCIETE1.)), (ii) un compte au nom de SOCIETE1.) a été ouvert par SOCIETE8.) (SOCIETE3.) dès le 25 mars 2004, sous la dénomination « SOCIETE8.) ADRESSE3.), special custody account for SOCIETE1.), ADRESSE9.) » (soit l'adresse de SOCIETE8.)) et sous le numéro « NUMERO7.) », (iii) le nom de SOCIETE1.) a été ajouté à l'annexe « A » du nouveau « *sub-custody agreement* » entre SOCIETE8.) et SOCIETE4.) daté du 8 septembre 2004, qui reprend les termes du premier « *sub-custody agreement* » de 2002.

La Cour pointe que ce compte est utilisé dès le 21 avril 2004, avec la désignation ci-dessus reprise, comme cela se déduit des extraits de compte SOCIETE4.), sauf qu'à partir de novembre 2004, le nom de SOCIETE8.) est remplacé par celui de SOCIETE3.) : tout le reste desdits extraits de compte de SOCIETE4.) en rapport avec ce compte « NUMERO2.) » reste toutefois inchangé, à savoir la référence au « special custody account for SOCIETE1.) » et l'adresse de SOCIETE3.) à ADRESSE3.).

Il n'a certes pas échappé à la Cour que ce n'est que le 29 mars 2004 que SOCIETE3.) et SOCIETE1.) signent ensemble le « *custodiam agreement* », désignant SOCIETE3.) comme banque dépositaire de SOCIETE1.). Il n'en demeure pas moins que SOCIETE3.) a agi, avant cette date, en conformité du susdit « Memorandum », selon la volonté commune des parties, clairement exprimée à l'époque et n'ayant jamais fait l'objet d'une once de contestation en 2004, mais plutôt de confirmation. Ceci s'explique logiquement, de surcroît, par le fait que SOCIETE1.) n'était pas opérationnel avant le 26 mars 2004, date à laquelle ses trois administrateurs ont été nommés, en les personnes de PERSONNE26.), PERSONNE27.) et PERSONNE28.).

Le même jour que le « *custodian agreement* », à savoir le 29 mars 2004, SOCIETE8.) et SOCIETE1.) ont signé un « *Administration agreement* », par lequel SOCIETE3.), qui l'accepte, a été désigné « administrator » (agent d'administration centrale) du fonds (SOCIETE1.)), lui accordant de nombreuses fonctions et devoirs, notamment d'établir les comptes et livres financiers de SOCIETE1.), en conformité avec la loi.

Toujours en date du 29 mars 2009, les administrateurs de SOCIETE1.), nommés trois jours plus tôt, ont signé, chacun depuis un autre pays, une « *circular resolution of the board of directors* » (ci-après « résolution circulaire »), dont il n'est pas contesté que le document ait été préparé par SOCIETE3.), par lequel ils approuvent l'ouverture d'un « *bank account* » avec SOCIETE4.) « *in the name of SOCIETE8.), special custody account for SOCIETE1.)* », soit exactement les

termes utilisés quatre jours plus tôt par SOCIETE3.), lors de l'ouverture par elle du compte pour SOCIETE1.) auprès de SOCIETE4.). Les administrateurs n'ont fait qu'adhérer à ce qui a déjà été exécuté par SOCIETE3.).

De tout ce qui précède, il est établi que la relation de sous-dépositaire entre SOCIETE3.) et SOCIETE4.) s'applique à SOCIETE1.), tel que cela a encore été confirmé, si besoin en était, par le « *sub-custody agreement* » du 8 septembre 2004.

SOCIETE3.) conteste que cette relation soit à prendre en considération, alors qu'elle n'aurait jamais reçu d'application (n'aurait pas été parfaite).

La Cour se doit de vérifier cette assertion.

Il ressort des pièces versées en cause que le compte ouvert par SOCIETE3.) pour SOCIETE1.) auprès de SOCIETE4.), à savoir le « *special custody account NUMERO8.)* » était, contrairement à la théorie avancée par SOCIETE3.), actif, tel qu'il l'a déjà été dit ci-dessus : en témoignent les extraits de compte, respectivement les avis de crédit, relatifs à ce compte, toujours envoyés par SOCIETE4.) à SOCIETE3.), depuis 2004 (voir notamment les conclusions récapitulatives de SOCIETE1.) du 9 juillet 2021, pages 25 à 30, où sont scannés des avis de crédit, des avis d'opération ainsi que le premier relevé mensuel dudit compte) jusqu'en 2008 (comme il ressort de la pièce « 9 » de SOCIETE1.).

Les différents comptes annuels de SOCIETE1.), tous préparés par SOCIETE3.), confirment également que cette dernière était la banque dépositaire de SOCIETE1.) et que SOCIETE4.) était son sous-dépositaire : il suffit de se référer aux premiers comptes annuels couvrant la période du 24 mars au 31 décembre 2004, qui ont été audités par SOCIETE6.), selon les lois et règlements en vigueur au ADRESSE3.), pour s'apercevoir que SOCIETE3.) y figure comme « *custodian and administrative agent* » et que SOCIETE3.) a nommé des entreprises de courtage en investissement en qualité de sous-dépositaire d'elle-même (« *the custodian bank has appointed these broker/dealer investment firms as their sub-custodians to hold and maintain the assets of Segregated Portofolios* »), ce qui fait explicitement référence à SOCIETE4.).

Le contenu des seconds comptes annuels de SOCIETE1.), arrêtés au 31 décembre 2005 comprend les mêmes stipulations, tout comme les comptes annuels arrêtés au 31 décembre 2006 et au 31 décembre 2007 : la Cour met en exergue que pour cette année il existe un courrier de SOCIETE3.) à SOCIETE6.), du 13 février 2007, par lequel elle prend manifestement position par rapport à des questions qui lui ont été posées auparavant par SOCIETE6.) : SOCIETE3.) y met expressément en document joint le relevé lui envoyé par SOCIETE4.), par rapport au « *special custody account for SOCIETE1.), number NUMERO8.)* » pour s'y référer quant aux questions touchant les « *securities, precious metals, deposit certificates, ... in your custody ...* » : elle répond ainsi explicitement « *please see attached SOCIETE7.) statements* ». SOCIETE3.) certifie partant au réviseur SOCIETE6.) avoir en dépôt les Titres se trouvant sur un relevé valant extrait du compte « NUMERO8.) » auprès de SOCIETE4.).

Il découle de la pièce « 4 » de SOCIETE1.), « *Other assets and liabilities report SOCIETE1.)* » qu'en date du 30 novembre 2008, les actifs de SOCIETE1.) en dépôt au « *SOCIETE13.) SOCIETE7.) Account* », soit selon le « *screenshot SOCIETE13.) Office du 18 décembre 2008* » le toujours même « *special custody account* », se chiffraient à 1.897.736.818,66 US\$, constitués par les Titres repris dans ladite pièce, mais également en pages 46 à 48 des conclusions récapitulatives de SOCIETE1.) du 9 juillet 2021.

Il suit de tout ce qui précède, que les opérations d'achat et de ventes de Titres passaient bien par le compte ouvert par SOCIETE3.) auprès de SOCIETE4.) pour le compte de SOCIETE1.), à savoir le compte désormais connu sous la dénomination et le numéro « *special custody account NUMERO8.)* ».

A toutes ces opérations et certifications, SOCIETE3.) oppose la signature par SOCIETE1.) de ce qu'elle appelle les « *brokerage agreements* » avec SOCIETE4.). La Cour perçoit que ces derniers sont constitués des documents suivants :

- un « *customer agreement* » non daté (mais dont la date du 29 mars 2004 apparaît comme date d'envoi par fax/télécopie),
- un « *option agreement* » daté du 29 mars 2004,
- un « *trading authorization limited to purchases and sales of securities and options* » non daté (mais dont la date du 29 mars 2004 apparaît comme date d'envoi par fax/télécopie),
- un « *certificate of foreign status of beneficial owner for United States Tax Withholding* » non daté (mais dont la date du 29 mars 2004 apparaît comme date d'envoi par fax/télécopie).

SOCIETE3.) en conclut que par la signature de ces documents, auxquels elle serait tierce, SOCIETE1.) serait devenu un client direct de SOCIETE4.).

La Cour ne peut suivre ce raisonnement, étant donné que, sur la très mauvaise copie lui versée en pièce « 6 » par SOCIETE3.), dudit « *customer agreement* », il n'est nulle part fait référence au moindre numéro de compte, a fortiori à celui portant le numéro « *NUMERO8.)* ». Cet accord pré-imprimé n'a de plus pas été entièrement complété, notamment quant au droit applicable et aux autorisations de divulgations. Les mêmes remarques valent pour les trois autres documents, qui ne peuvent pas être mis en lien avec le « *special custody account 1- Fr 109* » ou tout autre compte d'ailleurs, puisqu'aucun numéro n'y figure.

Ce constat n'est ni éterné par les conclusions du professeur PERSONNE22.) (qui se base uniquement sur ces documents et les lois en vigueur au Etats Unis, sans prendre en compte le contexte général du litige) ni par la production de pièces sensées clarifier l'existence d'un ou de plusieurs comptes ouverts directement par SOCIETE1.), suite à la signature de ces documents.

La Cour confirme partant, à l'instar des juges de premier degré, l'existence d'une relation de sous-dépositaire entre SOCIETE3.) et SOCIETE4.), tout en précisant que cette relation s'applique bien à SOCIETE1.) pour toutes les transactions passées par le « *special custody account 1- FR 109* ».

Comme il est désormais établi que (i) SOCIETE1.) a désigné SOCIETE3.) comme banque dépositaire et que cette dernière a conclu un contrat de sous-dépôt avec SOCIETE4.), duquel elle a fait bénéficiaire SOCIETE1.) et (ii) non pas que SOCIETE1.) a désigné un deuxième dépositaire, la voie est ouverte pour analyser la demande de SOCIETE1.) en restitution/délivrance des Titres.

2) Les droits et devoirs de SOCIETE3.) comme banque dépositaire

Le « *custodian agreement* » entre SOCIETE1.) et SOCIETE3.) ayant stipulé être soumis au droit luxembourgeois, la Cour rappelle encore une fois qu'aux termes de l'article 1134 du Code civil « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

Il convient partant en premier lieu de se référer à cette loi des parties.

Ce « *custodian agreement* », dont la plupart des clauses ci-après invoquées ont été citées plus haut en texte original en anglais, précise en sa clause 9.1: le dépositaire (SOCIETE3.) devra identifier les Titres détenus par lui au titre des présentes comme détenus pour le compte du fonds (SOCIETE1.) et devra requérir de chaque agent, sous dépositaire ou délégué (visés aux termes de la clause 15.2) (SOCIETE4.) d'identifier les Titres ou autres investissements détenus par ledit agent, sous-dépositaire ou délégué, comme étant détenu par lui, en qualité de dépositaire ou fiduciaire, pour le compte du fonds ou du dépositaire. Toutes dépenses de quelque nature que ce soit engagées par le dépositaire, dans le cadre de ces inscriptions, seront à charge du fonds.

Cette clause est à lire ensemble avec la clause 9.3 du même « *custodian agreement* », qui stipule que le dépositaire devra tenir ou obtenir la tenue de livres, registres et relevés pouvant s'avérer nécessaires pour donner un état complet de l'ensemble des espèces et Titres détenus par lui et des transactions réalisées par lui pour compte du fonds.

Il en ressort qu'il était de la responsabilité de SOCIETE3.) (dépositaire) non seulement de savoir quels Titres et investissements étaient effectués pour SOCIETE1.) (le fonds), mais encore qu'il dût les identifier et les inscrire en ses livres et registres pour pouvoir donner un état complet de l'ensemble de ces espèces et Titres, devant pour cela aussi s'enquérir auprès des sous-dépositaires des Titres ou autres investissements détenus par ces derniers.

Quant à la désignation de ces sous-dépositaires, il a été vu et retenu ci-dessus qu'aux termes de la clause 15.2 du « *custodian agreement* », SOCIETE3.) pouvait les nommer. Cette clause précise « le dépositaire (SOCIETE3.) demeurera responsable à l'égard du fonds (SOCIETE1.) des actions ou

omissions d'un quelconque Correspondant, peu importe la façon dont il a été désigné, comme si lesdites actions ou omissions étaient celles du dépositaire ».

La clause suivante, à savoir la 15.3 semble limiter cette responsabilité, en stipulant « *dans le cadre de la sélection, désignation et surveillance des Correspondants, conformément à la clause 15.2, le dépositaire fera preuve de compétence et de soin raisonnable, mais ne sera responsable à l'égard du fonds des pertes résultants de liquidations, banqueroutes ou faillites desdits Correspondants que s'il a été négligent lors de la sélection et surveillance de ces derniers* ». Cette limite n'est donnée qu'en l'absence de légèreté et négligence tant dans le choix que dans la surveillance du sous-dépositaire.

Ici encore, les parties demeurent en désaccord, SOCIETE3.) contestant toute négligence et SOCIETE1.) plaidant l'existence de nombreux doutes de SOCIETE3.) à l'égard de SOCIETE4.), qui feraient conclure à l'existence de négligence.

La Cour rappelle tout d'abord qu'il ressort des développements réalisés dans la partie II-A)1) que l'inscription en compte et la tenue en compte des Titres listés sur les relevés du « *special custody account NUMERO8.)* » adressés par SOCIETE4.) à SOCIETE3.) est établie par les comptes annuels de SOCIETE1.), établis par SOCIETE3.) et certifiés par SOCIETE6.). Cette existence en dépôt auprès de SOCIETE3.) desdits Titres est encore attestée par le contenu de certains échanges de mails versés en pièces « 105 » par SOCIETE1.).

Partant de là, il faut en conclure que SOCIETE3.) a inscrit ces Titres, qui se trouvaient en conservation sur ses comptes, tenus par elle, pour le compte de SOCIETE1.). Ces Titres remontaient vers elle depuis SOCIETE4.).

Dans le but d'être complet, la Cour qualifie les pièces sur lesquelles elle se base pour arriver à ce résultat, d'aveu extrajudiciaire, contrairement aux conclusions de SOCIETE3.).

En effet, l'aveu en tant que moyen de preuve est régi par les articles 1354 à 1356 du Code civil. Il y est dit au sujet de l'aveu extrajudiciaire (article 1354) que « *L'aveu qui est opposé à une partie est ou extrajudiciaire ou judiciaire* ».

L'aveu peut être défini d'une façon générale comme étant la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques. Il ne peut y avoir aveu que si la personne en question a conscience des conséquences favorables à son adversaire. L'objet de l'aveu doit porter sur un fait et non sur une règle de droit car celle-ci n'a pas à être prouvée. La force probante de l'aveu varie selon qu'il est judiciaire ou extrajudiciaire. En présence d'un aveu judiciaire, qualifié de preuve parfaite, le juge doit admettre que la preuve du fait allégué est rapportée sur le seul fondement de ce mode de preuve et ce, quelle que soit son intime conviction. Il revient alors aux parties, le cas échéant, de rapporter la preuve contraire, organisée également par la loi. L'aveu extrajudiciaire, en tant que preuve imparfaite relève, à l'inverse, du système de preuve libre : sa force probante est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond (Dalloz, Répertoire de droit

civil, Preuve : modes de preuve – Gwendoline Lardeux – Octobre 2019, N° 147, 221 + ss., 279 + ss.).

En l'espèce, les réponses fournies par SOCIETE3.), une banque officielle de la place de ADRESSE3.), sur demandes spéciales de SOCIETE6.), une des « big four » des sociétés d'audit et de conseil, à cette dernière, ne peut que valoir comme déclaration par laquelle SOCIETE3.) a reconnu comme véridique, comme devant être tenu pour avéré à son égard, du fait dont question, à savoir qu'elle a en dépôt les Titres litigieux. Cet aveu est de nature à entraîner des conséquences, tant pour elle que pour son client mais aussi de produire contre elle des conséquences juridiques, ce qu'elle était sensée savoir.

Les juges peuvent se déclarer totalement convaincus par un aveu extrajudiciaire, ils peuvent à l'inverse le rejeter, y trouver un indice ou un commencement de preuve par écrit (Jurisclasseur Civil Art. 1354-1356 Fasc. 20 nos 49-50).

Il est admis que les inscriptions faites dans les livres de commerce d'un commerçant qui les a tenus constituent dans son chef un aveu extrajudiciaire. Un commerçant est lié par les inscriptions mentionnées dans sa comptabilité, à moins qu'il ne rapporte la preuve que ces mentions résultent d'une erreur de fait (Van Ryn et Heenen, principes de droit commercial, tome III, 2^{ème} édition Bxl, Bruylant, 1981, p.65, numéros 65 et 68 ; Cour 14 novembre 2001, numéro 25516 du rôle).

Au vu de ce qui précède, que SOCIETE3.) a continué des informations tout en sachant que ces informations allaient servir pour l'audit des comptes annuels de SOCIETE1.), il y a lieu de considérer que ces informations valent comme aveu extrajudiciaire, ce dont la Cour est convaincue. La Cour précise qu'il s'agit de plus d'informations, donc d'éléments factuels et non de règles de droit, comme SOCIETE3.) a tenté de le plaider.

SOCIETE3.) oppose, dans ce cas, la rétractation de tels aveux extrajudiciaires, en citant l'article relatif à la révocation de l'aveu judiciaire. Elle n'invoque de plus ni d'erreur de droit ou de fait à la base de cette demande ni n'en rapporte de preuve ; la rétractation, qui reste à l'appréciation souveraine des juges, n'est pas possible en l'espèce.

Une rétractation serait encore moins possible dans le cas présent, les informations continuées à SOCIETE6.) ayant été intégrées dans les comptes annuels de SOCIETE1.). La Cour ne dispose d'aucune information et encore moins de preuve de l'existence d'une procédure en rétractation, voire en annulation de ces comptes.

Il est partant établi que SOCIETE3.) a repris à son compte les inscriptions en compte « Titres » portés sur le « *special custody account NUMERO8.)* » ouvert auprès de SOCIETE4.), à savoir elle a admis qu'elle avait en dépôt chez elle les Titres y inscrits. La Cour précise que SOCIETE3.) est partant encore malvenue à vouloir plaider l'inexistence de ces Titres, parce qu'ils n'auraient sans doute majoritairement jamais été acquis par SOCIETE4.), au vu de ce que l'on saurait maintenant du « scandale SOCIETE7.) ». En effet, cet argument est inopposable

à SOCIETE1.) : par suite de l'aveu de SOCIETE3.) de détenir lesdits Titres, elle admet implicitement et nécessairement qu'elle s'est assurée que les investissements ont été utilisés à bon escient, que les espèces par elle envoyées à SOCIETE4.) ont été échangées contre des Titres.

Cela étant clarifié, il appartient à la Cour de vérifier si SOCIETE3.) s'est comportée conformément aux stipulations, notamment reprises à la clause 15.3 du « *custodian agreement* ».

Il a été établi ci-dessus que SOCIETE3.) était en relations d'affaire avec SOCIETE4.) dès avant la création de SOCIETE1.) et que c'est bien SOCIETE3.) qui a ouvert le compte litigieux pour SOCIETE1.) auprès de SOCIETE4.).

C'est pourtant à cette époque ayant précédé la création de SOCIETE1.), soit en 2001 et 2002, année de passation du premier « sub-custody agreement » que sont émis les premiers doutes par SOCIETE3.) quant au sérieux de SOCIETE4.). Cela découle de différents mails versés en cause, envoyés entre le personnel de SOCIETE8.), respectivement de SOCIETE3.). Il ressort ainsi de la lecture d'un mail du 25 juillet 2001 adressé par un certain PERSONNE3.) de la SOCIETE8.) à un administrateur de SOCIETE8.), puis de SOCIETE3.), PERSONNE4.), qu'aucune procédure de « due diligence » n'a pu être trouvée en lien avec « SOCIETE7.) » (SOCIETE4.)). Ce même PERSONNE6.) écrit le 30 septembre 2002 à PERSONNE7.), responsable SOCIETE3.) (Ireland) qu'il est très inquiet à propos de « SOCIETE7.) » et qu'il pense qu'une confirmation indépendante, comme par SOCIETE12.), devrait être recherchée, qui pourrait être payée par les « GFS » (Global Fund Services). Il dit « *It's too big for us to ignore the warning signs* ». Le premier octobre 2002, PERSONNE6.) répond à PERSONNE8.) des « GFS », qu'il pense « qu'il ne faudrait pas mentir à SOCIETE7.). Nous avons un problème avec lui : il est le gestionnaire (manager), le courtier (broker) et le dépositaire (custodian) de ses comptes. Dans le monde d'aujourd'hui, ceci est une mise en garde (red flag). Nous devons remédier à cela (...) si nous ne nous mouillons pas, nous n'irons nulle part ».

Quelques années plus tard, les questionnements sur « SOCIETE7.) » ne semblent toujours pas avoir été résolus, alors qu'il ressort d'un mail de PERSONNE8.) du 18 février 2005 à l'attention de PERSONNE11.), chef de division « SOCIETE9.) » (Alternative Fund Services), de PERSONNE12.), administrateur de SOCIETE3.) et d'autres, qu'il a suggéré à PERSONNE13.), en charge des sous-dépositaires pour SOCIETE10.), de se rendre au ADRESSE3.) « pour revoir les antécédents, les opérations, les rapports, etc, pour avoir un bon ressenti des arrangements avant de rendre visite à « SOCIETE7.) ».

La même année, le 23 mai, PERSONNE9.), qui n'est autre que la Chief Risk Officer de SOCIETE11.) plc, a même rédigé un « *discussion paper* » ayant pour sujet « SOCIETE7.) » : « (...) SOCIETE10.) a des relations avec un certain nombre de fonds (repris en annexe « 1 ») qui utilisent SOCIETE4.) : essentiellement des actifs sont placés chez SOCIETE4.) dans le contexte d'un contrat de sous-dépôt. Les relevés de transaction sont envoyés, par client, par SOCIETE4.) au dépositaire SOCIETE10.), pour permettre de mettre à jour nos livres et nos relevés. Ce n'est PAS une procédure en temps réel. La vraie

question qui se pose est celle de savoir si nous sommes satisfaits avec l'intégrité des transactions SOCIETE7.), tel que nous soyons à l'aise avec un manque de preuve réellement indépendante dans les transactions avec les actifs des clients. De plus, au vu de notre fonction de dépositaire, sommes-nous en danger par rapport aux obligations légales que nous pouvons avoir ? (...) Toutefois, il existe un risque substantiel dans le cas où se poserait une question sur l'intégrité du processus. Le coût financier de la désignation d'un sous-dépositaire sur lequel nous ne pouvons pas exercer le niveau de vigilance voulu, peut être considérable. Il en sera de même du risque pour notre réputation. La solution, selon moi, réside dans la nécessité de recourir à un contrôle indépendant. (...) Nous devons prendre une décision commerciale sur comment poursuivre avec les comptes clients gérés par SOCIETE7.), de manière urgente, pour nous permettre de traiter la question des sommes impayées pour nos clients repris dans l'annexe jointe ».

Quelques jours plus tard, PERSONNE18.), de SOCIETE11.) plc répond à PERSONNE9.), à savoir le 30 mai 2005, pour lui faire part de sa vision des choses : « nous n'avons pas le contrôle total des actifs ou une vision en temps réel du flux de transaction. Les transactions sont toutes effectuées en interne dans les entreprises de la famille (SOCIETE7.) et il n'existe aucune preuve de la bonne exécution ou même d'une réelle exécution. L'audit est effectué par une entreprise qui ne se trouve pas sur nos listes d'auditeurs reconnus (...) Je ne peux approuver ce processus, et je comprends qu'il s'agisse de rentabilité majeure, à moins que nous puissions adopter le procédé commun au secteur bancaire aux USA (...). Si cela ne peut être fait, nous devons nous retirer ». (pièces 110 à 118 de SOCIETE1.)).

Suite à tous ces échanges de mails documentés, SOCIETE12.) est enfin mandaté par la maison mère de SOCIETE3.), SOCIETE11.) plc, le 8 septembre 2005, pour établir un rapport, qui sera établi le 16 février 2006. Huit clients de la Banque y figurent en annexe « G », dont SOCIETE1.). A la section « constatations majeures », le rapport indique par rapport à ce qu'il a trouvé et à ses recommandations, que 25 fraudes et risques opérationnels ont été détectés, (...) qu'il y a une forte confiance placée par SOCIETE3.) en SOCIETE4.). Les recommandations majeures sont les suivantes : effectuer un contrôle des centres SOCIETE13.) à ADRESSE3.) et ADRESSE6.) pour s'assurer que des procédures appropriées soient mises en place pour confirmer, de manière indépendante, lorsque c'est possible, l'exactitude des transactions, identifier les risques et problèmes possibles et enregistrer toute erreur, information manquante ou autre problème opérationnel.

SOCIETE12.) y préconise notamment que SOCIETE13.) devrait effectuer un contrôle périodique sur SOCIETE4.), qui devrait prévoir : (...) le contrôle de l'audit interne et des rapports de conformité (...), la confirmation indépendante, sur base périodique, des fax d'information concernant les transactions clients fournis par SOCIETE4.), dans la mesure où un fax peut être facilement dupliqué ou falsifié en vue d'une fraude, appel à SOCIETE4.) pour fournir les rapports de conformité, d'audit interne et de tout autre contrôle sur base périodique (...)

Le 19 mars 2008, SOCIETE11.) plc commande un deuxième rapport à SOCIETE12.), sur les risques qu'entraîneraient pour elle et ses filiales la qualité de sous-dépositaire de SOCIETE4.). Ce deuxième rapport sera déposé le 8 septembre 2008. Les constatations sinon recommandations sont presque identiques à celles déjà reprises dans le rapport SOCIETE12.) 2006.

Entre les deux rapports, PERSONNE9.) envoie un mail, entre autres, à PERSONNE29.), le DATE1.), dans lequel elle revient sur les problématiques avec SOCIETE4.), en sa qualité de sous-dépositaire pour des clients spécifiques. Elle indique ; « la réalité montre que le contrôle de tout par SOCIETE7.) est central et que les occasions de falsification ou de détournement existent, s'il y est enclin. Le risque de fraude pour nous, comme dépositaire, est énorme. Par conséquent, il est probable que nous devons augmenter le niveau de contrôle que nous avons sur SOCIETE7.). Il ne fait aucun doute qu'il y aura une résistance de la part de SOCIETE7.), mais franchement, si tel est le cas, ça en dit long. L'histoire nous a montré que SOCIETE7.) essaie de nous opposer aux clients, mais ma proposition serait d'impliquer les clients en premier. Le revenu global pour SOCIETE10.) est important mais les risques sont bien plus grands si nous ne faisons rien (...) ».

Il ressort de tous ces échanges entre des salariés à haut niveau de SOCIETE3.), sinon de sa maison mère, pour des risques concernant SOCIETE3.), à laquelle il y est d'ailleurs expressément fait référence, qu'avant même la nomination de SOCIETE4.) comme sous-dépositaire de SOCIETE1.) et durant toute la durée d'exécution du contrat de sous-dépôt, au moins jusqu'à l'arrestation de PERSONNE19.), des doutes sérieux ont été formulés au sein du groupe dont fait partie SOCIETE3.) quant à leurs relations avec SOCIETE4.). Ces doutes concernent, de façon quasi prémonitoire, les risques encourus par SOCIETE3.) comme banque dépositaire et par certains de leurs clients, dont SOCIETE1.).

Ces flottements ont amené à la commande de deux rapports auprès de SOCIETE12.), qui a confirmé l'existence réelle de risques pour SOCIETE3.) et ses clients, à cause de SOCIETE4.). SOCIETE12.) a émis des recommandations pour y pallier.

Il ne ressort d'aucune pièce versée en cause que (i) ces questionnements aient été partagé avec SOCIETE1.), (ii) des mesures aient été prises par SOCIETE3.) pour rendre effectives les recommandations de SOCIETE12.).

La Cour en déduit que SOCIETE3.) a agi en violation de l'article 15.3 du « *custodian agreement* », à savoir qu'elle a été négligente non seulement lors de la sélection mais encore davantage lors de la surveillance du sous-dépositaire (Correspondants), de sorte qu'elle est responsable à l'égard de SOCIETE1.), suite à la « *liquidation, bankruptcy or insolvency* » de SOCIETE4.). La fin de cette clause, à savoir qu'il sera tenu compte, lors de l'établissement de la négligence du dépositaire, du choix des correspondants sur un marché, du défaut d'expérience ou d'expertise de tels Correspondants et de l'insuffisance et du caractère peu fiable des informations (financières ou autres) concernant ces Correspondants, ne relativise nullement la négligence de SOCIETE3.) : au contraire, SOCIETE4.) était une société créée depuis longtemps, dans les

années 1960, avec laquelle SOCIETE3.) entretenait des liens dès avant la constitution de SOCIETE1.) le 24 mars 2004. SOCIETE4.) était donc connue sur le marché newyorkais, respectivement américain voire mondial. Un manque d'expérience ou la qualité des informations qui auraient pu être obtenues, sont des arguments vains. Il aurait suffi à SOCIETE3.) de creuser ses doutes émis dans les mails partiellement retranscrits ci-dessus, d'y réserver des suites et surtout de requérir des preuves des investissements allégués par SOCIETE4.), bref d'effectuer des contrôles réguliers par des personnes physiques ou morales extérieures à la galaxie SOCIETE7.), pour s'être comportée de façon prudente.

Tel n'ayant manifestement pas été le cas, SOCIETE3.) est, par application du contrat entre parties, à savoir aux vœux de la clause 15.3 du « *custodian agreement* », responsable à l'égard de SOCIETE1.) des pertes causés par SOCIETE4.).

3) La restitution

Il a été retenu ci-dessus que la demande principale de SOCIETE1.) est à dire fondée en son principe, par application des seules dispositions du « *custodian agreement* ». Il est partant superflu d'analyser les longs développements des parties en lien avec l'application de diverses lois luxembourgeoises et/ou directives européennes.

Il est encore constant en cause (i) que le Trustee à la liquidation de SOCIETE4.) a été nommé le 15 décembre 2008, (ii) qu'il a envoyé un formulaire de « *customer claim* » à SOCIETE3.) avec la référence du « *account number NUMERO7.)* », (iii) que SOCIETE3.) a continué ce formulaire à SOCIETE1.) le 3 février 2009, avec l'information qu'il devait le compléter et le renvoyer au Trustee pour le 4 mars 2009 au plus tard, (iv) que le Trustee a relancé SOCIETE3.) par courrier du 22 mai 2009, n'ayant pas eu de retour de sa part, mais que ça devait être fait pour le 2 juillet 2009, (v) que SOCIETE3.) a expédié le 5 juin 2009 un rappel de son courrier du 3 février 2009, à SOCIETE1.), (vi) que SOCIETE1.) a finalement rempli ce formulaire, qu'il a renvoyé au Trustee en date du 22 juin 2009, avec un addendum, (vii) que le Trustee a transmis le 8 décembre 2009 une « *notice of Trustee's determination of claim* » à SOCIETE1.) par laquelle il a rejeté sa « *claim N° NUMERO9.)* », au motif qu'il n'aurait pas eu de compte ouvert chez SOCIETE4.) et ne serait ainsi pas un client de SOCIETE4.), selon la loi américaine en cause pour la liquidation.

Il est établi par les pièces à la disposition de la Cour que le 19 mai 2010, le Trustee a adressé une « *notice of Trustee's withdrawal of determination* » à SOCIETE1.) en lien avec les plaintes N° NUMERO9.) et N° NUMERO10.), qui seraient des doublons, pour l'informer que les deux plaintes seraient à traiter ensemble et que la plainte N° NUMERO9.) aurait été refusée par erreur (pièce « 14 » de SOCIETE1.)).

Il découle de la pièce « 179 » de SOCIETE1.) qu'un accord a été signé le 12 novembre 2014 entre le Trustee d'une part et les liquidateurs de SOCIETE25.) et de SOCIETE1.) d'autre part. Il y est précisé que SOCIETE1.) avait un compte ouvert auprès de SOCIETE4.), au travers de son dépositaire luxembourgeois,

SOCIETE3.), désigné sous le numéro « NUMERO7.) » et que sa plainte est allouée à hauteur de 1.639.896.943.- US\$. En exécution de cet arrangement transactionnel, la somme initiale de 755.320.133.- US\$ serait à payer par le Trustee à SOCIETE1.). Il ressort des pièces 138 à 143 ainsi que des pièces 182 et 183 de SOCIETE1.) que d'autres paiements sont intervenus depuis.

Après examen de ces pièces, il est faux de prétendre, comme le fait SOCIETE3.), en prenant des raccourcis injustifiés, que cela signifie que SOCIETE1.) était client direct de SOCIETE4.), qu'il existait une relation financière directe entre SOCIETE4.) et SOCIETE1.) ou que le « *brokerage agreement* » en aurait été la base.

Au vu de ces éléments constants, sinon rapportés en preuve, la Cour ne saurait cependant faire droit à la demande formulée par SOCIETE1.) en délivrance des Titres : il a lui-même été d'accord à les recevoir sous forme de leur équivalent en argent. De plus, il serait impossible de déterminer quels Titres seraient actuellement à remettre après l'intervention du paiement de multiples sommes d'argent. La Cour note que SOCIETE1.) ne lui a d'ailleurs jamais remis de décompte dans ce sens, à savoir un décompte mixte entre Titres et équivalent en argent.

La Cour note que les parties sont toujours en désaccord quant à l'incidence de l'accord transactionnel avec le Trustee :

* SOCIETE3.) y voit la reconnaissance par SOCIETE4.), via le Trustee, de sa qualité de dépositaire des Titres réclamés par SOCIETE1.). En acceptant les paiements, SOCIETE1.) aurait accepté que SOCIETE4.) soit le seul dépositaire des Titres. SOCIETE1.) serait « partiellement » malvenu à réclamer la restitution de ces mêmes Titres : cette demande serait irrecevable pour défaut d'intérêt à agir, sinon non fondée.

Les recouvrements ainsi effectués viendraient nécessairement réduire, sinon satisfaire entièrement la demande de SOCIETE1.). Si SOCIETE1.) obtenait le paiement et de SOCIETE4.) et de SOCIETE3.), cela constituerait un enrichissement sans cause. De ce fait, SOCIETE3.) réitère son appel incident. En tout état de cause, les demandes de SOCIETE1.) seraient irrecevables sinon non fondées pour absence d'objet (demande en restitution) ou absence de préjudice (demande en dommages et intérêts).

* SOCIETE1.) conteste en bloc ces théories, qui feraient abstraction de la qualité de client de SOCIETE3.) à l'égard de SOCIETE4.).

La Cour constate à la lecture de l'« *agreement* » signé en date du 12 novembre 2014 entre notamment le Trustee et les liquidateurs officiels de SOCIETE1.), qu'il y est bien établi que SOCIETE1.) avait un compte ouvert auprès de SOCIETE4.), au travers de sa banque de dépôt basée à ADRESSE3.) (SOCIETE3.)), compte désigné sous le numéro « NUMERO7.), qui a été ouvert en ou aux alentours du mois d'avril 2004 ».

Ce n'est donc pas SOCIETE1.) qui était en lien direct avec SOCIETE4.). Les conclusions de SOCIETE3.) à ce sujet ne sont ainsi pas établies. Le juge Vaughn R. Walker interprète, si besoin en était, dans son troisième rapport daté du 2 juillet 2021, ce « *SIPA Agreement* » (Securities Investor Protection Act of 1970 as amended) selon les dispositions de droit américain relatives à la définition de « *customer* » : « le fait qu'un bénéficiaire effectif de Titres comme SOCIETE1.) a été autorisé de recouvrer sur base d'une plainte SIPA, ne fait pas, par définition, de ce bénéficiaire effectif un « client » aux fins de l'Exchange Act Rule 15c3-3. Ni non plus le fait que SOCIETE1.) ait obtenu une plainte SIPA dans sa transaction avec le Trustee de SOCIETE7.), en tant que bénéficiaire effectif du compte dont SOCIETE3.) était le propriétaire légal, n'annule la relation contractuelle de client entre SOCIETE4.) et SOCIETE3.) » (pièce « 179, point 6 » de SOCIETE1.)).

La Cour en déduit que face à l'immobilisme de SOCIETE3.), SOCIETE1.) a été obligé de remplir le formulaire pourtant envoyé par le Trustee à SOCIETE3.), en lieu et place de cette dernière : ce faisant, SOCIETE1.) a essuyé un premier échec, avant que le Trustee ne revienne sur sa position de refus : le Trustee n'a néanmoins pas purement et simplement accepté ladite « *customer claim* » par la suite : il a fallu passer par un « *settlement agreement* », soit une transaction, pour permettre à SOCIETE1.) de percevoir des sommes de la part du Trustee, sommes que ce dernier a pu récupérer dans le cadre de sa mission. De plus, cette transaction a été approuvée par la « Grand Court of the Cayman Islands » et par la « United States Bankruptcy Court, Southern District of New York ». Il s'ensuit que rien ne permet de conclure à un changement des relations contractuelles établies avant la liquidation de SOCIETE4.) : SOCIETE3.) a ouvert le compte « NUMERO7.) » auprès de SOCIETE4.) en sa qualité de dépositaire de SOCIETE1.) : ce faisant, SOCIETE4.) est devenu le sous-dépositaire de SOCIETE28.)'est donc bien SOCIETE4.) qui inscrivait les Titres, soit des biens fongibles, en ses comptes, en sa qualité de dépositaire de SOCIETE3.) et de sous-dépositaire de SOCIETE1.), avant de les faire remonter vers SOCIETE3.), tel que confirmé par celle-ci. SOCIETE3.) ne peut ainsi pas alléguer qu'aucun Titre ne lui a été remis et qu'elle n'en aurait pas remis à SOCIETE4.) : le contraire est vrai.

Comme il a été décidé ci-dessus que SOCIETE3.) a reconnu avoir en ses comptes les Titres repris sur les relevés envoyés par SOCIETE4.) et que SOCIETE3.) s'est montrée négligente, il lui appartient toujours de payer les pertes causées par SOCIETE4.). La signature avec le Trustee du susdit accord transactionnel n'y change rien.

SOCIETE3.) est effectivement un dépositaire au sens de l'article 1915 du Code civil.

Cet article dispose : « *le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature* ». S'agissant, comme en l'espèce, en présence de biens dématérialisés, non plus de biens mobiliers déposés, mais de biens fongibles, le conservateur doit être en mesure de répondre à une demande de son client de transférer, par virement de compte à compte, les titres inscrits à son compte (Droit des marchés financiers,

PERSONNE30.) et PERSONNE31.), éditions Litec, 1998, numéroNUMERO11.)).

Par application du contrat entre parties (*custodian agreement*) et du Code civil luxembourgeois, il appartient à SOCIETE3.) de rendre, par équivalent, les Titres requis par SOCIETE1.). Comme ce dernier a d'ores et déjà reçu, par des transferts de la part du Trustee, une partie des sommes par lui réclamées, il ne peut plus que réclamer le surplus à SOCIETE3.), à savoir la partie non encore remboursée par le Trustee. Il ne peut en effet pas recevoir deux fois le prix des Titres réclamés.

La Cour rappelle que de nombreux mois se sont écoulés entre les dernières conclusions récapitulatives de SOCIETE1.) et le prononcé du présent arrêt : il convient de demander à SOCIETE1.) d'établir non seulement un état actualisé des sommes actuellement déjà perçues par lui mais encore d'établir un nouveau décompte de sa demande, qui tient compte de ce dernier état et du cours des intérêts requis. La Cour ne s'oppose pas à ce que SOCIETE1.) lui verse deux versions dudit décompte : l'une qui part du principe que seul le solde non encore reçu reste dû par SOCIETE3.) ; l'autre qui se base sur le scénario proposé par SOCIETE1.), de continuer toutes les sommes à lui payées par le Trustee à SOCIETE3.), qui elle devra la totalité de la somme requise à SOCIETE1.), sans aucune déduction, mais à augmenter des intérêts. La Cour l'invite à ce faire et procède, par application de l'article 225 du Nouveau Code de procédure civile, à la révocation de l'ordonnance de clôture.

En attendant, il convient de réserver les droits des parties quant à ce volet à cette ultime précision de décomptes ainsi que les frais. Il en ressort néanmoins qu'il est superfétatoire de s'attarder aux questions soulevées par SOCIETE3.), à propos de l'enrichissement sans cause ou de l'absence d'objet de la demande de SOCIETE1.).

La demande principale de SOCIETE1.) ayant abouti en son principe, il n'y a partant pas lieu d'analyser la demande formulée à titre subsidiaire par rapport à la restitution des fonds continués à SOCIETE4.), et de tous les développements des parties en lien avec cette demande subsidiaire.

B) La restitution des espèces à hauteur de la somme de 521.918.349,08 US\$.

SOCIETE1.) fait plaider que les juges de premier degré auraient à tort retenu le sursis à statuer sur la restitution des fonds dont la conservation n'avait pas été déléguée à un tiers, au vu du principe de la restitution immédiate de l'obligation de restitution qui pèserait sur SOCIETE3.).

SOCIETE3.) s'oppose à cette demande, qui, selon elle, serait du ressort de la première instance, devant laquelle les parties auraient été invitées à conclure sur le terme de « *termination* » se trouvant inscrit dans le « *custodian agreement* ». Elle conteste toute reconnaissance dans son chef du montant réclamé et explique encore que suite à la clôture des comptes de SOCIETE1.) dans ses livres, les fonds seraient sous séquestre, ce qu'elle appelle « *retained monies* » : en effet, suite à la suspension de la VNI depuis le 12 décembre 2008,

SOCIETE1.) resterait avec des demandes de rachat non honorées. Cette demande en restitution demeurerait prématurée.

La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 1944 du Code civil : *« le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution ; à moins qu'il n'existe, entre les mains du dépositaire, une saisie-arrêt ou opposition à la restitution et au déplacement de la chose déposée »*.

Il ressort de cet article, qui s'applique aux relations entre parties, sur base de leur « *custodian agreement* », qu'indépendamment de la « *termination* » prévue à sa clause 19.2, SOCIETE1.) pourrait obtenir la restitution immédiate de ses avoirs qui se trouvent encore auprès de SOCIETE3.), si aucune « saisie-arrêt ou opposition » ne s'y oppose.

SOCIETE3.) avance une telle opposition. SOCIETE1.) n'ayant pas pris position quant à cette opposition, développée dans les dernières conclusions de SOCIETE3.), postérieures aux dernières conclusions de SOCIETE1.), il convient de l'y inviter. En même temps, il sera demandé à SOCIETE3.) de préciser par qui et sur base de quelle procédure ce séquestre qu'elle plaide, lui aurait été imposé. La Cour procède ici encore, par application de l'article 225 du Nouveau Code de procédure civile, à la révocation de l'ordonnance de clôture.

Au vu de ce qui précède, il convient de réserver les demandes accessoires.

PAR CES MOTIFS

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

vu les arrêts rendus en cause en date des 6 mai 2015 et 11 novembre 2015 ;

dit l'appel principal recevable ;

dit l'appel incident irrecevable ;

dit l'appel principal fondé ;

réformant ;

dit fondée en son principe la demande principale de SOCIETE1.) SPS (in official liquidation), une « *exempted segregated portfolio company* » constituée sous les lois des Cayman Islands à l'égard de la société anonyme SOCIETE3.) SA tendant à l'obtention en équivalent des Titres requis en restitution ;

dit fondée en son principe la demande principale de SOCIETE1.) SPS (in official liquidation), une « *exempted segregated portfolio company* » constituée sous

les lois des Cayman Islands à l'égard de la société anonyme SOCIETE3.) SA tendant à la restitution des espèces à hauteur de 521.918.349,08 US\$;

avant tout autre progrès en cause, révoque l'ordonnance de clôture du 2 septembre 2022 pour permettre aux parties de verser les pièces et documents requis ainsi que de conclure quant aux points soulevés dans la motivation du présent arrêt, à savoir ;

- d'établir non seulement un état actualisé des sommes d'ores et déjà perçues par SOCIETE1.) SPS (in official liquidation) mais encore d'établir un nouveau décompte de sa demande, qui tient compte de ce dernier état et du cours des intérêts requis. La Cour ne s'oppose pas à ce que SOCIETE1.) SPS (in official liquidation) lui verse deux versions dudit décompte : l'une qui part du principe que seul le solde non encore reçu reste dû par la société anonyme SOCIETE3.) SA ; l'autre qui se base sur le scénario proposé par SOCIETE1.) SPS (in official liquidation), de continuer toutes les sommes à lui payées par le Trustee à la société anonyme SOCIETE3.) SA , qui elle devra la totalité de la somme requise à SOCIETE1.) (in official liquidation), sans aucune déduction, mais augmentée des intérêts :
- de préciser l'auteur et la procédure à l'origine d'un séquestre existant (retained monies) sur les comptes de SOCIETE1.) (in official liquidation) auprès de la société anonyme SOCIETE3.) SA, en lien avec la clause « 19.2 » du « *custodian agreement* » ;

réserve le surplus et 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.