

Jugement commercial II No515/17

Audience publique du vendredi, sept avril deux mille dix-sept.

Numéro 178 052 du rôle

Composition :

Jean-Paul HOFFMANN, 1^{er} vice-président;
Nathalie HILGERT, 1^{er} juge;
Carole ERR, 1^{er} juge;
Paul BRACHMOND, greffier.

E n t r e :

Maître Laurence JACQUES, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, agissant en sa qualité de curateur de la société anonyme ESPIRITO SANTO FINANCIAL GROUP SA, en faillite, déclarée en état de faillite par jugement du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg en date du 10 octobre 2014,

élisant domicile en sa propre étude,

demanderesse, comparant en personne, assistée de Maître Sylvie DENAYER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

- 1) La société de droit portugais **BANCO ESPIRITO SANTO SA**, en liquidation judiciaire, établie et ayant son siège social au Portugal, Rua Barata Salgueiro, n°28, 6° piso, 1250 044 Lisbonne, représentée par son représentant actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce de Lisbonne/NIPC sous le numéro 500 852 367,

défenderesse, comparant par la société en commandite simple CLIFFORD CHANCE, établie et ayant son siège social à L-1330 Luxembourg, 10, boulevard Grande-Duchesse Charlotte, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Marc MEHLEN et comparant à l'audience par Maître Olivier POELMANS, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg,

- 2) La société de droit portugais **SOC.1.) SA, anciennement SOC.1'.) SA**, établie et ayant son siège social au Portugal, (...), représentée par son représentant actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce de Lisbonne/NIPC sous le numéro (...),

défenderesse, comparant par Maître Alexanne BOUVIGNIES, avocat, en remplacement de Maître Paulo LOPES DA SILVA, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg,

- 3) La société anonyme **SOC.2.) SA**, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

défenderesse, comparant par Maître Max DI BARTOLOMEO, avocat, en remplacement de Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg,

- 4) La société à responsabilité limitée **SOC.3.) SARL**, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son ou ses gérant(s) actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

défenderesse, comparant par Maître Emmanuel GLOCK, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Marianne GOEBEL, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg.

F a i t s :

Par exploits de l'huissier de justice suppléant Cathérine NILLES, en remplacement de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg, en date des 22 et 25 avril 2016, la demanderesse a fait donner assignation aux défenderesses à comparaître le 8 juillet 2016 à 9.00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire, Plateau du Saint-Esprit, 1^{er} étage, salle CO.1.01, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit exploit d'huissier ci-après reproduit :

L'affaire fut inscrite sous le numéro 178 052 du rôle pour l'audience publique du 8 juillet 2016 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, et, après une refixation, a été utilement retenue à l'audience publique du 22 février 2017, lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

Maître Laurence JACQUES, assistée de Maître Sylvie DENAYER, donna lecture de l'assignation et exposa ses moyens.

Maître Olivier POELMANS, en remplacement de Maître Marc MEHLEN, répliqua et exposa ses moyens.

Maître Alexanne BOUVIGNIES, en remplacement de Maître Paulo LOPES DA SILVA, répliqua et exposa ses moyens.

Maître Max DI BARTOLOMEO, en remplacement de Maître Alain RUKAVINA, répliqua et exposa ses moyens.

Maître Emmanuel GLOCK, en remplacement de Maître Marianne GOEBEL, répliqua et exposa ses moyens.

Sur ce, le tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour le

j u g e m e n t q u i s u i t :

Faits

La société anonyme ESPIRITO SANTO FINANCIAL GROUP SA (ci-après « ESFG ») fait partie du groupe de sociétés ESPIRITO SANTO ayant développé des activités dans le domaine bancaire et financier ainsi que dans des domaines non financiers.

ESFG est une filiale à 50% de la société ESPIRITO SANTO INTERNATIONAL SA. ESFG était la holding de tête du groupe bancaire et financier du groupe. Elle détient à hauteur de 25 % la société de droit portugais BANCO ESPIRITO SANTO SA (ci-après « BES »).

Confronté à une situation financière critique du groupe, le conseil d'administration d'ESFG s'est réuni le 24 juin 2014 en présence des seize administrateurs d'ESFG et de **A.**), administrateur de BES. Un des points à l'ordre du jour était « l'approbation d'un gage de 3,4% d'**SOC.1'**) ainsi que de 17,74% d'**SOC.2.)** en faveur de BES ». Aucun des points à l'ordre du jour n'a cependant été soumis au vote et une nouvelle réunion a été fixée au 30 juin 2014 pour rediscuter de ces points et pour passer au vote.

Suivant contrat de gage du 27 juin 2014 (ci-après le « Contrat ») signé entre ESFG et BES, il a été convenu d'accorder un gage en faveur de BES sur 3.225.283 actions ordinaires de la société de droit portugais **SOC.1'.**) SA (actuellement **SOC.1.)** SA) (ci-après « **SOC.1.)** ») ainsi que 550 actions ordinaires de la société de droit portugais **SOC.2.)** SA (ci-après « **SOC.2.)** »).

Aux termes des considérants, « BES a mis à la disposition d'ESFG une ligne de crédit en vertu de laquelle, soit ESFG, soit les sociétés affiliées directement ou indirectement, y compris **SOC.4.) SA** prennent des fonds auprès du BES en fonction des respectives nécessités de trésorerie ». Le Contrat servirait à garantir cette ligne de crédit.

Le Contrat a été signé par les administrateurs **B.)** et **C.)** pour ESFG et par les administrateurs **A.)** et **D.)** pour BES. Le Contrat est soumis à la loi portugaise et prévoit une clause attributive de juridiction en faveur des juridictions de Lisbonne.

Lors de la réunion du conseil d'administration d'ESFG du 1er juillet 2014, lors de laquelle tous les administrateurs (sauf un) d'ESFG et notamment **A.)** de BES étaient présents, il a été demandé aux administrateurs d'exprimer leur vote en relation avec les garanties et gages à accorder à BES, bien que le résultat de ce vote n'ait pas été formellement repris sous forme de résolution. Sept administrateurs ont voté en faveur sans réserves, cinq ont voté en faveur avec des observations ou réserves et trois administrateurs ont voté contre la proposition. Il a été acté comme première résolution que les administrateurs ont voté et, avec une majorité de voix avec trois votes négatifs, ont décidé d'approuver la proposition de continuer les négociations avec la Banque du Portugal pour accorder des garanties et gages sur certains actifs.

Lors de la réunion du conseil d'administration d'ESFG du 14 juillet 2014, il a été décidé de demander le régime de la gestion contrôlée. En relation avec les gages et garanties en faveur de BES, il a été décidé de ne pas approuver les extensions demandées et d'annuler immédiatement toutes les garanties et gages en faveur de BES et de contester tout acte qui aurait pu être passé entretemps pour les approuver.

ESFG a été déclarée en état de faillite le 10 octobre 2014 et Maître Laurence JACQUES en a été nommée curateur.

En octobre 2014, BES s'est appropriée les avoirs gagés. Elle a perçu le montant de 16.158.667,83 EUR suite à la vente des actions de **SOC.1.)**.

Par courrier du 30 octobre 2015, le curateur d'ESFG a informé BES qu'il conteste la validité du Contrat ainsi que la réalisation du gage. BES a réfuté ces arguments par courrier du 23 novembre 2015.

BES a été mise en liquidation judiciaire par décision du tribunal de commerce de Lisbonne le 21 juillet 2016.

Procédure

Par exploits d'huissier des 22 et 25 avril 2016, Maître Laurence JACQUES, agissant en sa qualité de curateur de la faillite d'ESFG, a assigné BES, **SOC.1.)**, **SOC.2.)** et **SOC.3.)** à comparaître devant le tribunal de ce siège, siégeant en matière commerciale.

Prétentions et moyens des parties

Le curateur

Le curateur demande au tribunal de déclarer nul, sinon inopposable le Contrat de gage du 27 juin 2014 et le gage constitué via ce contrat sur 550 actions ordinaires émises par **SOC.2.)** ainsi que sur 3.225.283 actions ordinaires émises par **SOC.1.)** et de dire qu'il y a lieu de remettre les choses en pristin état.

En conséquence, il demande au tribunal:

- de déclarer nul sinon inopposable l'exécution du gage par BES et de constater que ESFG est le propriétaire des 550 actions ordinaires émises par **SOC.2.)**,
- de condamner BES à remettre à **SOC.3.)**, en qualité de dépositaire, les titres au porteur représentant les 550 actions ordinaires émises par **SOC.2.)** ainsi que les certificats d'inscription dans les 5 jours suivant la signification du présent jugement sous peine d'une astreinte de 1.000,- EUR par jour de retard,
- d'ordonner à **SOC.2.)** et à **SOC.3.)** de faire les inscriptions appropriées dans le registre d'actions au porteur, ou tout autre registre en vigueur,
- de condamner BES à l'indemniser du préjudice subi du chef de la perte de valeur des 550 actions émises par **SOC.2.)** entre le 27 juin 2014 et la date effective de restitution des actions et de nommer pour autant que de besoin un expert judiciaire pour évaluer cette perte de valeur,
- d'ordonner à BES de fournir un décompte des sommes par elle perçues en qualité d'actionnaire d'**SOC.2.)**,
- de dire que toutes les sommes perçues par BES en qualité d'actionnaire d'**SOC.2.)** doivent revenir à ESFG et de condamner BES à lui verser ces sommes avec les intérêts légaux à compter de la date de perception par BES, sinon du courrier de contestation du 30 octobre 2015,
- de constater que la restitution en nature par BES des 3.225.283 actions émises par **SOC.1.)** n'est plus possible et de condamner BES à lui payer le montant de 16.158.667,83 EUR correspondant au prix perçu par BES avec les intérêts légaux à compter du 27 juin 2014, sinon du 10 octobre 2014, sinon du 30 octobre 2015,
- de condamner BES à l'indemniser du préjudice subi du chef de la perte de valeur des 3.225.283 actions émises par **SOC.1.)** entre le 27 juin 2014 et la vente de ces titres en octobre 2014 et de nommer pour autant que de besoin un expert judiciaire,
- d'ordonner à BES de fournir un décompte des sommes par elle perçues en qualité d'actionnaire de **SOC.1.)** et de dire que ces sommes doivent revenir à ESFG et de condamner BES à lui verser ces sommes avec les intérêts légaux à compter de la perception par BES sinon du courrier de contestation du 30 octobre 2015.

Le curateur demande que le jugement soit déclaré commun aux défendeurs sub 2) à 4).

Il demande la condamnation de BES aux frais et dépens de l'instance ainsi qu'au paiement d'une indemnité de 5.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Le curateur fait valoir que le Contrat est vicié par des irrégularités substantielles affectant sa validité et justifiant son annulation.

A titre principal, le curateur se base sur l'article 53 alinéa 1er de la loi modifiée du 10 août 1915 relatives aux sociétés commerciales (ci-après la « Loi de 1915 »), l'article 10 des statuts d'ESFG combinés à l'adage « fraus omnia corrumpit ». Le Contrat aurait été signé par deux administrateurs d'ESFG sans cependant que la constitution d'un gage n'ait été

décidée par le conseil d'administration d'ESFG et alors même qu'une majorité de membres du conseil d'administration aurait exprimé des réticences quant à l'octroi d'une sûreté en faveur de BES. BES savait ou n'aurait pas pu ignorer que les administrateurs d'ESFG, signataires du Contrat, agissaient sans l'aval du conseil d'administration.

A titre subsidiaire, le curateur base sa demande en annulation du Contrat sur l'article 280 du Code civil portugais aux termes duquel tout contrat contraire à l'ordre public est nul est non avenu. La conclusion du Contrat constituerait un abus de pouvoir et de biens sociaux dans le chef des signataires pour ESFG dont BES se serait rendue complice.

Plus subsidiairement, le curateur fonde sa demande sur l'action paulienne, telle que prévue par l'article 448 du Code de commerce et par l'article 1167 du Code civil. Ces dispositions lui permettraient de faire annuler les actes préjudiciables à la masse de la faillite passés en fraude des droits des créanciers.

A titre ultimement subsidiaire, le curateur base sa demande sur l'article 445 du Code de commerce selon lequel sont nuls tous droits de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées.

Lors de l'audience des plaidoiries, et face aux moyens d'incompétence et d'irrecevabilités développés par BES, le curateur, faisant état de la collusion frauduleuse entre les administrateurs d'ESFG, signataires du Contrat et BES, a précisé que sa demande serait en réalité basée sur la responsabilité délictuelle. En effet, BES serait à considérer comme tiers complice de la violation par les administrateurs d'ESFG des obligations découlant de leur mandat social. La responsabilité encourue par un tiers complice serait de nature délictuelle. Le caractère délictuel de la responsabilité encourue résulterait encore du fait que la collusion frauduleuse entre parties se serait manifestée dans la phase précontractuelle (*culpa in contrahendo*). La signature du Contrat ne serait que la conséquence dommageable de cette faute délictuelle.

La responsabilité recherchée de BES serait délictuelle, de sorte que la clause attributive de juridiction de nature contractuelle serait inapplicable.

BES

Au vu de la clause attributive de juridiction contenue dans le Contrat, BES soulève in limine litis l'incompétence des tribunaux luxembourgeois pour connaître de la demande tendant à l'annulation du Contrat conformément à l'article 25 du Règlement 1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après « Règlement Bruxelles I bis »).

La prorogation de compétence jouerait même si la demande en justice tendrait à l'annulation du contrat qui la contient.

Dans la mesure où les demandes, basées sur l'article 53 de la Loi de 1915, la cause illicite, l'article 280 du Code civil portugais et l'article 1167 du Code civil, ne seraient pas à qualifier d'actions nées de la faillite, le tribunal saisi serait territorialement incompétent pour en connaître.

Le tribunal saisi serait par contre territorialement compétent pour connaître de la demande en ce qu'elle est basée sur les articles 448 et 445 du Code de commerce en application des règles édictées par le Règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Le curateur serait néanmoins à débouter de sa demande basée sur ces dispositions au vu de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garanties financières (ci-après la « Loi de 2005 »).

En application de l'article 20 (4) de la Loi de 2005, le curateur ne saurait remettre en cause la validité d'un gage sur instrument financier sur base des articles 445 et 448 du Code de commerce et cela nonobstant le fait que le Contrat est soumis au droit portugais. En effet, l'article 24 de la Loi de 2005 prévoirait que le livre III du Code de commerce (contenant les articles 445 et 448) serait inapplicable au Contrat au cas où le constituant de la garantie financière, à laquelle une loi étrangère s'applique, est établi à Luxembourg ou y réside.

A titre subsidiaire, BES prend position comme suit quant au fond. En relation avec l'article 53 de la Loi de 1915, BES invoque l'alinéa 4 de cet article aux termes duquel les statuts peuvent donner qualité à un ou plusieurs administrateurs pour représenter la société. Les statuts d'ESFG prévoiraient que la société est engagée à l'égard des tiers par la signature conjointe de deux administrateurs. Dans la mesure où le Contrat a été signé par deux administrateurs, la société aurait été valablement engagée.

De plus, dans sa réunion du 1er juillet 2014, le conseil d'administration d'ESFG aurait pris la décision de mettre en gage les actions en question à la majorité de 12 administrateurs sur les 15 présents, ce qui devrait à tout le moins être considéré comme ratification.

BES conteste encore toute collusion frauduleuse dans son chef.

Le Contrat ne serait pas non plus contraire à l'ordre public selon le droit portugais et n'aurait pas de cause illicite.

BES fait encore plaider que l'action paulienne de droit commun prévue à l'article 1167 du Code civil devrait être régie par la loi régissant la créance contestée (article 10 du Règlement 593/2008 concernant la loi applicable aux obligations contractuelles). La créance contestée serait régie par le droit portugais et ce droit devrait également s'appliquer à une éventuelle action paulienne.

Une action paulienne intentée par le curateur d'une faillite serait nécessairement régie par l'article 448 du Code de commerce.

BES conteste finalement que les conditions de fond d'une action paulienne soient remplies en l'espèce.

Quant à l'article 445 alinéa 4 du Code de commerce, le curateur ne prouverait pas que le gage ait garanti une dette antérieure à sa constitution.

BES sollicite finalement une indemnité de 5.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

SOC.1.) et SOC.2.)

SOC.1.) et **SOC.2.)**, assignées en déclaration de jugement commun, se remettent à prudence de justice.

SOC.3.)

SOC.3.) fait valoir que le contrat l'ayant nommée dépositaire des actions **SOC.2.)** aurait été résilié avec effet immédiat le 20 janvier 2016, ce qui aurait été publié au Registre de commerce et des sociétés.

Le 20 janvier 2016, les 550 actions **SOC.2.)** au porteur auraient été converties en actions nominatives.

Sur base de ces faits, **SOC.3.)** demande à être mise hors cause. En effet, la cessation de sa qualité de dépositaire aurait été opposable au curateur en raison de la publication au Registre de commerce et des sociétés et la seule qualité de domiciliataire ne lui donnerait pas qualité de tenir et gérer le registre des actions nominatives.

Elle demande une indemnité de 1.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Motifs de la décision

L'article 53 de la Loi de 1915 en relation avec le concept « fraus omnia corrumpit »

La demande principale du curateur est basée, selon les termes de son assignation, sur l'article 53 de la Loi de 1915, ensemble avec l'article 10 des statuts et combiné à l'adage « fraus omnia corrumpit ». Elle tend à l'annulation du Contrat, sinon à son inopposabilité à ESFG et ses créanciers. Dans le cadre de cette demande, le curateur agit nécessairement comme représentant la société faillie et non comme représentant de la masse des créanciers. Cette demande n'est pas une action née de la faillite. La compétence territoriale internationale est déterminée en application des règles prévues par le Règlement Bruxelles I bis.

En présence du moyen d'incompétence territoriale en raison de la clause attributive de juridiction contenue dans le Contrat, il convient d'apprécier si la demande telle que présentée tombe dans le champ d'application de ladite clause. Selon la traduction fournie, elle est libellée comme suit : « en cas de litige concernant le Contrat, qui sera jugée conformément à la législation portugaise, notamment concernant sa validité, l'interprétation ou l'application, le tribunal compétent est la juridiction de Lisbonne avec renonciation expresse à toute autre compétence ».

La clause attributive s'applique donc également quant aux questions de validité du Contrat.

En cela, elle est en ligne avec la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne selon laquelle une convention attributive de juridiction d'applique même si la demande tend à l'annulation du contrat qui la contient (C.J.U.E., 3 juillet 1997, C-269/95).

Aux termes de l'article 25 du Règlement Bruxelles I bis, la compétence convenue par une convention attributive de juridiction est exclusive. Elle prévaut sur tout autre chef de compétence.

Le curateur fait plaider qu'ESFG n'aurait pas pu être engagée valablement par la seule signature de deux administrateurs. Par ce moyen, il plaide qu'en raison d'une absence de consentement, le Contrat n'aurait pas pu être valablement conclu. Le défaut de consentement a, comme les vices du consentement, pour effet de rendre le contrat annulable et non inopposable.

La nullité pour absence de consentement valable est une nullité relative et ne peut être invoquée que par la partie dont le consentement a été absent ou vicié. Pareille demande, en ce qu'elle tend à annuler le Contrat, tombe dans le champ d'application de la clause attributive de juridiction.

Le curateur invoque encore le caractère frauduleux de l'acte, empêchant, le cas échéant, la théorie de l'organe de trouver application. La fraude constitue un détournement de la finalité de la loi, d'une règle contraignante. Le détournement de pouvoirs est le fait d'utiliser ses pouvoirs dans un but autre que celui pour lequel ils ont été conférés (Jurisclasseur, Civil Code, art. 1119, Fasc. unique : Contrats et obligations, Représentation dans les actes juridiques, n°42 à 44).

L'illicéité des mobiles est constitutive d'un vice qui affecte la validité ou la portée de l'acte.

En matière d'usage de pouvoirs, la fraude n'est qu'une hypothèse parmi d'autres du détournement de pouvoirs. Dans les hypothèses où le recoupement se produit, la sanction applicable est celle qui découle du détournement de pouvoirs ou de la fraude : le premier de ces vices n'étant pas sanctionné par une disposition générale du droit privé, c'est l'inopposabilité aux tiers ou la nullité pour fraude qui pourra être prononcée par application de l'adage *fraus omnia corrumpit* (Jurisclasseur, Civil Code, art. 1119, Fasc. unique : Contrats et obligations, Représentation dans les actes juridiques, n°44).

Le détournement frauduleux de pouvoirs est une cause de nullité de l'acte si celui-ci est unilatéral ou s'il est multilatéral et qu'il y eu concert frauduleux entre les parties à l'opération : l'engagement pris par un mandataire n'oblige le mandant que vis-à-vis des tiers de bonne foi, le contrat intervenu à la suite d'un concert frauduleux entre le mandataire et le tiers doit être annulé (Jurisclasseur, Civil Code, art. 1119, Fasc. unique : Contrats et obligations, Représentation dans les actes juridiques, n°44). Ainsi, l'éventuelle collusion frauduleuse entre les administrateurs d'ESFG, signataires du Contrat, et BES serait-elle sanctionnée par la nullité du Contrat. Or, toute demande en annulation du Contrat tombe dans le champ d'application de la clause attributive de juridiction.

Il découle de ce qui précède que, quelque soient les bases juridiques sur lesquelles est fondée la demande en annulation du Contrat, le tribunal saisi est territorialement incompétent pour en connaître.

Lors de l'audience des plaidoiries, le curateur a fait plaider que sa demande tendrait en réalité à mettre en œuvre la responsabilité délictuelle de BES et que l'annulation du Contrat ne serait que la réparation en nature de l'acte fautif.

Il résulte de l'article 61 du Nouveau Code de procédure civile que le tribunal doit appliquer au litige qui lui est soumis la règle de droit qui convient en opérant les qualifications juridiques appropriées. Il faut logiquement déduire de cette disposition que si la juridiction n'est pas liée par les qualifications juridiques données par le demandeur à son action et peut y substituer un autre cadre, le demandeur doit de même pouvoir changer de base légale, à condition bien entendu de ne pas modifier l'objet et les faits à la base de la demande, et pouvoir fournir ultérieurement des précisions sur les moyens invoqués (Th. HOSCHEIT, *Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg*, éd. Paul Bauler, 2012, n° 321 et 1008).

Il en découle que la partie demanderesse peut valablement se situer actuellement sur le terrain de la responsabilité délictuelle, les faits invoqués à la base de sa demande n'ayant pas été modifiés.

Le curateur invoque d'abord la responsabilité de BES comme tiers complice de la violation par les administrateurs d'ESFG, signataires du Contrat, de leurs obligations en tant que mandataires sociaux.

Il est admis que les tiers complices à la violation d'un engagement contractuel ne manquent pas à un devoir contractuel. Ils manquent au devoir général de ne pas nuire à autrui, sanctionné par les règles de la responsabilité délictuelle (G. RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, 2^e édition, n°449, p. 375).

Le tribunal saisi serait territorialement compétent pour connaître de cette demande sur base de l'article 7. 2 du Règlement Bruxelles I bis. Il est en effet admis que la notion « lieu où le fait dommageable s'est produit » recouvre tant le lieu de l'événement causal qui est à l'origine du dommage que le lieu où le dommage est survenu (J.-C. WIWINIUS, *Le droit international privé au Grand-Duché de Luxembourg*, 3^e éd., n°1290). Le lieu où le dommage est survenu se situerait en l'espèce au siège social d'ESFG.

Au fond, et selon la jurisprudence, est tiers complice, toute personne qui, avec connaissance, aide autrui à enfreindre les obligations contractuelles pesant sur lui. Le tiers complice commet une faute délictuelle à l'égard de la victime.

Selon la partie demanderesse, la tierce complicité de BES, ayant connu la situation financière compromise d'ESFG, aurait consisté à aider les administrateurs d'ESFG à violer les obligations découlant de leur qualité de mandataires d'ESFG.

Or, en signant le Contrat, les administrateurs visés n'ont pas agi en leur nom personnel mais en leur qualité d'administrateurs d'ESFG, de sorte que les relations contractuelles se sont nouées, en vertu de la théorie de l'organe et sauf collusion frauduleuse, entre ESFG et BES. En présence d'une telle constellation, la théorie de la tierce complicité n'a aucune vocation à s'appliquer. En effet, le prétendu tiers complice n'est pas tiers par rapport à la victime de la tierce complicité mais cocontractant. Il a par ailleurs été retenu ci-dessus que l'éventuelle collusion frauduleuse entre les administrateurs et BES, empêchant la théorie de l'organe de jouer, serait sanctionnée par la nullité du Contrat.

Le curateur tend en réalité à établir que les deux administrateurs n'ont pas pu valablement engager la société ou qu'ils ont agi de manière frauduleuse en dehors de l'objet social. Or, il a déjà été retenu ci-dessus qu'une telle demande, en ce qu'elle tend à établir l'absence

de consentement ou le consentement vicié d'ESFG ou à prouver la collusion frauduleuse entre les parties signataires du Contrat, se résume en une demande en nullité du Contrat et tombe dans le champ d'application de la clause attributive de juridiction.

Le curateur fait encore plaider la responsabilité délictuelle de BES en raison de la collusion frauduleuse entre BES et les administrateurs d'ESFG dans la phase pré-contractuelle. La signature du Contrat ne serait que la conséquence dommageable de cette faute délictuelle.

Or, l'éventuelle collusion frauduleuse entre les administrateurs d'ESFG et BES ne se matérialise que par la conclusion du Contrat et aucun manquement concret n'est reproché à BES antérieurement à la conclusion du Contrat. En cela le reproche requalifié, formulé à l'audience, rejoint celui développé dans le corps de l'assignation, à savoir celui de la fraude. Or, en relation avec la théorie « *fraus omnia corrumpit* », il a été retenu ci-dessus qu'il s'agit d'une cause de nullité de contrat et que, de ce fait, le tribunal saisi est territorialement incompétent pour en connaître.

La requalification de la demande et l'invocation de nouvelles bases légales n'a donc pas permis de dissimuler que le véritable objet de la demande tend à l'annulation du Contrat pour absence de consentement valable dans le chef d'ESFG.

L'article 280 du Code civil portugais

Dans la mesure où il résulte de l'article 280 du Code civil portugais que tout contrat contraire à l'ordre public est nul et non avenu, la demande basée sur cette disposition et tendant à l'annulation du Contrat relève également de la compétence exclusive des juridictions de Lisbonne, conformément à la clause attributive de juridiction.

Le tribunal saisi est partant territorialement incompétent pour en connaître.

L'action paulienne prévue aux articles 448 du Code de commerce et 1167 du Code civil

BES reconnaît que le tribunal saisi est territorialement compétent pour connaître de la demande basée sur l'article 448 du Code de commerce.

En vertu de cet article, tous actes ou paiements faits en fraude des créanciers sont nuls, quelle que soit la date à laquelle ils ont eu lieu.

L'article 448 du Code de commerce est l'application en matière de faillite de l'action paulienne classique prévue par l'article 1167 du Code civil (TAL, 2^e section, 18 février 2005, n°85 433 du rôle, confirmée par Cour d'appel, 17 décembre 2008, n°30708 du rôle).

L'action paulienne intentée par le curateur s'analyse dès lors uniquement sur base de l'article 448 du Code de commerce, renfermant les mêmes conditions que celles prévues par l'article 1167 du Code civil. Il s'agit en fait d'une seule base légale.

Il convient de déterminer si, au vu de la Loi de 2005, le curateur est en droit de demander l'annulation du Contrat.

L'article 20 (1) de la Loi de 2005 prévoit que les contrats de garantie financière d'avoirs ainsi que les faits entraînant l'exécution de la garantie et les modalités d'évaluation et d'exécution convenues entre les parties conformément à cette loi sont valables et opposables aux tiers et curateurs.

De même, l'article 20 (4) dispose que les dispositions du Livre III (ayant trait aux faillites) du Code de commerce ne sont pas applicables aux contrats de garantie financière et ne font pas obstacle à l'exécution de ces contrats.

Aux termes de l'article 24 de la Loi de 2005 « les dispositions nationales visées à l'article 20 (4) sont inapplicables, au cas où le constituant d'une garantie financière ou de toute autre garantie similaire à laquelle une loi étrangère s'applique (...) est établi à Luxembourg ou y réside ». Le constituant du gage étant établi au Luxembourg, les dispositions nationales visées, dont notamment l'article 448 du Code de commerce, sont dès lors inapplicables au contrat de garantie financière.

Il en découle que le Contrat existe et est opposable aux tiers et le curateur ne saurait en demander l'annulation sur base de l'article 448 du Code de commerce dont l'application a été expressément exclue par l'article 20 (4) de la Loi.

Il découle par ailleurs très clairement des travaux parlementaires que l'intention des rédacteurs du projet de loi a été d'immuniser l'exécution des garanties financières contre tous incidents et de ne renvoyer qu'à la responsabilité des bénéficiaires après réalisation (P. SCHLEIMER, « Réalisation des garanties financières et pratiques des prêteurs bancaires », J.T.L., n°7, p. 15, n°30).

Ainsi, y est-il exposé que « l'ambition de mettre les contrats de prises de garantie financière à l'abri d'une possible remise en cause et d'offrir ainsi aux organismes prêteurs un cadre dans lequel ils peuvent opérer en toute sécurité, doit se lire dans le contexte du récent Règlement 1346/2000/CE du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Ce Règlement, qui prévoit un système aménagé de l'effet universel de la lex concursus, dispose en son article 5.1 que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel dont bénéficie un créancier sur certains biens de son débiteur failli, si les biens en question se trouvent dans un pays autre que celui de l'ouverture de la faillite. Cette exception est limitée par l'article 5.4 du même Règlement qui dispose que les actions particulières en nullité ou inopposabilité restent néanmoins régies par la lex concursus, sauf si l'acte constitutif du droit réel est soumis à une loi autre que celle de l'Etat d'ouverture de la faillite et si cette autre loi ne permet aucun moyen d'attaquer l'acte (article 13). Le but du projet de loi est de rendre le contrat de garantie financière inattaquable afin de bénéficier de l'exception décrite ci-dessus. Ceci ne signifie cependant pas qu'il n'existe aucune sanction. En cas de concert frauduleux entre parties, ces dernières pourront toujours être sanctionnées au niveau de la responsabilité civile » (doc. parl., n°5251, p. 21).

Il en découle que les contrats de garantie financière ne peuvent plus être remis en cause et qu'aucun tiers, en ce compris le curateur, ne peut demander leur annulation.

Le curateur n'est dès lors pas légalement investi du droit d'agir en nullité du Contrat, de sorte que la demande tendant à son annulation est à déclarer irrecevable.

L'article 445 du Code de commerce

Par référence aux développements faits ci-dessus en relation avec la Loi de 2005, il convient de déclarer la demande, en ce qu'elle est basée sur l'article 445 du Code de commerce, dont l'application aux contrats de garantie financière a également été exclue, irrecevable.

Les demandes basées sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile

Au vu du sort réservé à sa demande, Maître Laurence JACQUES est à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, alors qu'il est de principe que la partie qui succombe ne saurait bénéficier des dispositions de cet article.

Les demandes de BES et de **SOC.3.)** en allocation d'une indemnité sur cette même base ne sont pas fondées alors que ces parties ne justifient pas en quoi il serait inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à leur charge.

Par ces motifs :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

se déclare territorialement incompétent pour connaître de la demande sauf en ce qu'elle est basée sur les articles 445 et 448 du Code de commerce;

dit la demande irrecevable en ce qu'elle est basée sur les articles 445 et 448 du Code de commerce ;

déboute Maître Laurence JACQUES, la société de droit portugais BANCO ESPIRITO SANTO SA et la société à responsabilité limitée **SOC.3.)** SARL de leurs demandes basées sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

déclare le jugement commun à la société de droit portugais **SOC.1.)** SA, la société anonyme **SOC.2.)** SA et la société à responsabilité limitée **SOC.3.)** SARL ;

laisse les frais et dépens à charge de la partie demanderesse.