N° 45 / 10.
du 24.6.2010.

Numéro 2763 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, vingt-quatre juin deux mille dix.

Composition:

Marie-Paule ENGEL, présidente de la Cour,
Léa MOUSEL, conseillère à la Cour de cassation,
Marie-Jeanne HAVÉ, conseillère à la Cour de cassation,
Jean-Claude WIWINIUS, président de chambre à la Cour d'appel,
Joséane SCHROEDER, première conseillère à la Cour d'appel,
Jeannot NIES, premier avocat général,
Marie-Paule KURT, greffière à la Cour.

E n t r e :

la société anonyme SOC1.) au capital de 2 012 800 Euros, immatriculée au RCS de (…) sous le numéro (…), ès qualité de gestionnaire des FCP (Fonds communs de placement de droit français) GAP 1 an, GAP 2 ans, GAP Euro, GAP Réactif Multi Stratégie, ainsi qu'à titre personnel, ayant son siège social (…) agissant par son Président et Directeur Général en exercice demeurant et domicilié audit siège en cette qualité,

demanderesse en cassation,

comparant par Maître Pierre REUTER, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

e t :

1) la société anonyme SOC2.), établie et ayant son siège social à L-(…), immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de (…) sous le numéro (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction,

défenderesse en cassation,

comparant par Maître Paul MOUSEL, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

2) la société d'investissement à capital variable SOC3.) (en liquidation judiciaire), établie et ayant son siège social à L-(…), inscrite au Registre de

Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro (…), déclarée en liquidation judiciaire par jugement du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg du 2 avril 2009 sur base de l'article 104 (1) de la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectifs, représentée par ses liquidateurs Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant à L-1528 Luxembourg, 10a boulevard de la Foire et Monsieur Paul LAPLUME, réviseur d'entreprises, demeurant à L-6113 Junglinster, 42 rue des Cerises,

défenderesse en cassation,

comparant par Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu.

==========

LA COUR DE CASSATION :

Sur le rapport de la conseillère Léa MOUSEL et sur les conclusions de l'avocat général Jean ENGELS ;

Vu l'arrêt attaqué rendu le 15 juillet 2009 par la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière de référé, dans la cause inscrite sous le no 34186 du rôle ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 5 octobre 2009 par la société anonyme SOC1.), à la société anonyme SOC2.), et à la société d'investissement à capital variable SOC3.) en liquidation judiciaire, déposé le 6 octobre 2009 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 30 novembre 2009 par SOC3.) à SOC1.) et à SOC2.), déposé le 2 décembre 2009 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 2 décembre 2009 par SOC2.) à SOC1.) et à SOC3.), déposé le 4 décembre 2009 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réplique signifié le 30 mars 2010 par SOC1.) à SOC2.) et à SOC3.), déposé le 12 avril 2010 au greffe de la Cour ;

Sur la recevabilité du pourvoi qui est contestée :

SOC2) oppose l'irrecevabilité du pourvoi au motif qu'il est dirigé contre un arrêt rendu en matière de référé qui n'aurait pas autorité de chose jugée au principal ;

Mais attendu que le pourvoi est dirigé contre une décision judiciaire rendue en dernier ressort qui a tranché l'objet de l'instance ;

que le moyen d'irrecevabilité est dès lors à rejeter ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le juge des référés, faisant droit à la demande de SOC1.) sur base de l'article 932, alinéa 1er, du Nouveau code de procédure civile, avait enjoint à SOC2.) d'exécuter l'ordre de paiement reçu de SOC3.), c'est-à-dire de procéder au paiement du montant réclamé au plus tard dans les 24 heures de la signification de l'ordonnance, sous peine d'une astreinte de 3.000.000.- euros par jour de retard ; que sur appel principal de SOC2.) et incident, subsidiaire, des liquidateurs de SOC3.), ayant déclaré reprendre volontairement l'instance, la Cour d'appel, par réformation, dit l'appel de SOC2.) fondé, déclara irrecevable la demande de paiement forcée et ordonna que le montant transféré par SOC2.) à la société SOC1.) le 16 janvier 2009, en exécution de l'ordonnance dont appel, doit être retransféré à SOC2.) au plus tard le premier jour ouvrable suivant la signification de l'arrêt, avec obligation pour SOC2.) de le transférer immédiatement au bénéfice de SOC3.) en liquidation judiciaire, le tout sous peine d'une astreinte de 3.000.000.- euros par jour de retard ;

Sur le premier moyen de cassation :

tiré *« de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation des articles 89 de la Constitution et 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme,*

en ce que les juges de la Cour d'appel, pour apprécier la qualité à agir de la société SOC2.) en instance d'appel, qui demandait la réformation de l'ordonnance de première instance du 15 janvier 2009 en ce qu'elle l'a enjointe d'exécuter l'ordre de paiement reçu de la société SOC3.) au profit de SOC1.), c'est-à-dire de procéder au paiement de la somme de 30.072.217,90 €, ont fait abstraction des conclusions de la société SOC1.) sur l'article 37 de la loi du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif et modifiant la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée, telle qu'elle a été modifiée, disposition légale qui a pour effet de mettre fin, de plein droit, à la qualité de banque dépositaire de SOC2.) de la SOC3.), qualité en

laquelle cette banque avait exclusivement agi en première instance et qu'elle avait perdu en application de ladite disposition législative,

alors que tout arrêt doit être motivé et que le fait pour la Cour de ne pas répondre aux moyens des plaideurs équivaut à un défaut de motivation » ;

Mais attendu que les juges du fond ont implicitement répondu au moyen, en disant, pour le rejeter, que *« dans la mesure où le juge de première instance a prescrit les mesures auxquelles elle (SOC2.) s'est opposée, la qualité et l'intérêt subsistent en instance d'appel ... étant donné que les condamnations qui ont été prononcées contre elle lui causent tort et grief »* ;

que le moyen manque en fait et ne saurait être accueilli ;

Sur le deuxième moyen de cassation :

tiré *« de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation des articles 50, 932, 938 et 939 du Nouveau code de procédure civile, ensemble avec l'article 37 de la loi du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif et modifiant la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée, telle qu'elle a été modifiée,*

en ce que les juges du fond ont déclaré que SOC2.) avait qualité pour interjeter et maintenir son appel contre l'ordonnance de référé du 15 janvier 2009, parce que cette décision lui avait enjoint, en sa qualité de dépositaire du fonds SOC3.), de procéder à l'exécution de l'ordre de virement reçu de ladite SICAV, sans constater que SOC2.) avait perdu de plein droit sa qualité de banque dépositaire du fait du retrait de l'agrément de la SOC3.) par la CSSF et de la mise en liquidation judiciaire de ce fonds et que SOC2.) ne disposait dès lors plus de la qualité requise pour demander la réformation de la mesure lui enjointe,

alors que la Cour d'appel, tenue de prendre en compte les circonstances de fait et de droit telles qu'elles se présentent au jour où elle rend sa décision, ne saurait reconnaître qualité à agir et à maintenir son appel à une banque, qui demande la réformation d'une mesure qui ne lui a été ordonnée en première instance que parce qu'elle était la banque dépositaire d'une SICAV, alors même que ses fonctions de dépositaire de la SICAV ont pris fin de plein droit en raison du retrait de l'agrément de la CSSF à cette même SICAV, puis de la mise en liquidation judiciaire de cette SICAV » ;

Mais attendu que la perte par SOC3.), en cours d'instance d'appel, de sa fonction de dépositaire de la Sicav n'a aucune incidence sur sa qualité et son intérêt d'agir en appel dès lors que la demanderesse en

cassation a subi des condamnations qui lui causent grief et qu'elle continue à s'opposer à la demande de SOC1.) ;

que le moyen est dès lors inopérant et ne saurait être accueilli ;

Sur le troisième moyen de cassation :

tiré *« de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 592 du Nouveau code de procédure civile,*

en ce que les juges d'appel, saisi de l'appel relevé par SOC2.) du fait de sa condamnation par les juges du premier degré de procéder au versement de la somme de 30.072.217,90 € à SOC1.), ont déclaré recevable la demande présentée pour la première fois en appel par SOC2.) dans sa note de plaidoiries du 24 juin 2009, de voir réformer la décision entreprise et de condamner SOC1.) à rembourser ladite somme à un tiers, en l'occurrence à la SOC3.) en liquidation judiciaire, malgré l'opposition de la partie SOC1.), qui avait soulevé l'irrecevabilité de cette demande en changement du bénéficiaire de la restitution par application de l'article 592 du Nouveau code de procédure civile,

alors que la partie appelante qui demande en appel la restitution d'une somme d'argent – qu'elle avait été condamnée à verser en première instance en exécution d'un ordre de paiement – au profit d'un tiers qui n'a pas été condamné à un quelconque paiement en première instance, procède à un changement de l'objet du litige duquel sont saisis les juges d'appel, changement qui constitue une demande nouvelle prohibée en appel » ;

Mais attendu que la Cour d'appel a correctement retenu que la demande en restitution *« est virtuellement contenue dans la demande de réformation »* dont elle est *« le corollaire nécessaire »* ; « *que l'objet de l'appel est de mettre les parties dans la situation antérieure au paiement* » ;

que la demande de remboursement de SOC2.) au profit de SOC3.) en liquidation, compte tenu de la nouvelle situation intervenue en appel, n'a pas engendré une demande nouvelle « par changement du bénéficiaire de la restitution » dès lors que SOC2.), condamnée à exécuter l'ordre de paiement reçu de SOC3.), y a procédé par le biais du compte de cette dernière et non moyennant des fonds propres ;

que le moyen n'est dès lors pas fondé ;

Sur le quatrième moyen de cassation :

tiré *« de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation des articles 50, 935 et 939 du Nouveau code de procédure civile, ensemble avec l'article 37 de la loi du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif et modifiant la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée, telle qu'elle a été modifiée,*

en ce que les juges d'appel, après avoir retenu qu'il n'y avait pas lieu d'examiner la recevabilité de l'appel incident interjeté par SOC3.) en liquidation judiciaire contre l'ordonnance de référé du 15 janvier 2009, au motif que SOC2.) avait repris à son compte toutes les conclusions présentées par les liquidateurs de la SOC3.), ont fait droit à la demande en restitution de la somme de 30.072.217,90 € à SOC3.) en liquidation judiciaire présentée par SOC2.) dans sa note de plaidoiries du 24 juin 2009, sans constater que SOC2.)n'avait aucune qualité, ni titre pour pouvoir présenter une quelconque demande judiciaire au nom et pour le compte de la SOC3.) en liquidation judiciaire si bien qu'une telle demande en restitution à SOC3.) aurait dû dès lors être déclarée irrecevable,

alors qu'une banque dépositaire d'une SICAV, qui a été déchue de plein droit de cette qualité en raison du retrait de l'agrément de la CSSF à cette SICAV, puis de la mise en liquidation judiciaire de celle-ci, ne saurait, en application du principe que << nul ne plaide par procureur >> présenter des demandes en justice au nom et pour le compte de cette SICAV » ;

Mais attendu que SOC2.), en reprenant à son compte les conclusions présentées par SOC3.) en liquidation, n'a pas pour autant agi au nom et pour le compte de celle-ci en demandant, en cas de réformation, la restitution du montant payé et en offrant, en sa qualité d'ancien dépositaire, de continuer les sommes restituées à SOC3.) ;

que le moyen n'est dès lors pas fondé ;

Sur le cinquième moyen de cassation :

tiré *« de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation des articles 940 du Nouveau code de procédure civile et 2059 du Code civil,*

en ce que les juges de la Cour d'appel ont assorti la condamnation prononcée à l'encontre de la partie SOC1.) de voir ordonner que le montant transféré par la société SOC2.) à la société SOC1.) le 16 janvier 2009, en exécution de l'ordonnance de première instance, soit retransféré

à SOC2.) au plus tard le premier jour ouvrable suivant la signification de l'arrêt, d'une astreinte de 3 000 000 euros par jour de retard,

alors que l'astreinte ne saurait être prononcée en cas de condamnation au paiement d'une somme d'argent » ;

Mais attendu que l'exception inscrite à l'alinéa deux de l'article 2059 du Code civil vise les cas dans lesquels la condamnation principale peut être réalisée par voie d'exécution directe ;

Attendu qu'il est admis que SOC2.), en sa qualité d'ancien dépositaire, n'est pas le créancier de SOC1.) ; que SOC3.) en liquidation est, d'après le dispositif de l'arrêt attaqué, le bénéficiaire des sommes à restituer ; que celle-ci ne dispose cependant pas de voie d'exécution à l'encontre du condamné SOC1.) ;

que les juges du fond en ordonnant à SOC1.) de restituer sous astreinte les sommes reçues à SOC2.) avec obligation pour cette dernière de les continuer à SOC3.), n'ont pas violé les textes visés au moyen ;

que le moyen n'est pas fondé et ne saurait être accueilli ;

Sur le sixième moyen de cassation :

tiré *« de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation des articles 50, 54, 55 et 61 du Nouveau code de procédure civile, sinon de l'article 1134 du Code civil,*

en ce que les juges d'appel ont retenu qu'aucun élément n'accréditait la thèse défendue par SOC1.) d'après laquelle elle serait bénéficiaire économique de toutes les parts pour lesquelles le rachat a été demandé,

alors qu'en statuant ainsi, les juges de la Cour d'appel ont manifestement dénaturé le sens clair et précis des pièces versées aux débats par SOC1.), qui prouvaient à suffisance de droit sa qualité de bénéficiaire économique de toutes les parts de la SOC3.) dont elle avait demandé le rachat, et qui partant justifiaient le bien-fondé de la demande en exécution forcée relative au paiement du rachat de ses parts » ;

Mais attendu que le moyen tend à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond des pièces à eux soumises et dont ils ont déduit leur raisonnement juridique ; que cette appréciation échappe au contrôle de la Cour de cassation ;

d'où il suit que le moyen ne saurait être accueilli ;

Sur le septième moyen de cassation :

tiré *« de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation des articles 932 et 939 du Nouveau code de procédure civile, ensemble avec les articles 50, 53, 54 et 61 du Nouveau code de procédure civile,*

en ce que les juges de la Cour d'appel ont conclu au fait que la demande d'exécution forcée au profit de la société SOC1.) ne présentait aucun caractère certain, d'une part parce qu'il subsistait une contestation sérieuse sur la qualité pour SOC1.) a formulé une telle demande et d'autre part parce qu'aucun élément ne prouvait l'existence d'une stipulation à son profit ou que SOC1.)et Cie avait la capacité à agir au regard du droit français ou encore qu'il y aurait une quelconque confusion de la part de SOC2.) ou de SOC3.) quant à l'inscription des sociétés détentrices de parts dans leurs livres,

alors que les juges de la Cour d'appel doivent précisément apprécier la question de l'existence d'une contestation sérieuse au regard de l'objet de la demande initiale et ne sauraient dès lors retenir, pour fonder leur décision, des motifs qui sont hors de cet objet et qui sont ainsi inopérants au regard de la condition relative à l'absence de contestation sérieuse » ;

Mais attendu que le moyen tend à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond quant à l'existence d'une contestation sérieuse s'opposant à la recevabilité de la demande de SOC1.) sur la base de l'article 932 alinéa premier du Nouveau code de procédure civile ;

Sur le huitième moyen de cassation :

tiré *« de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation des articles 932 et 939 du Nouveau code de procédure civile,*

en ce que les juges de la Cour d'appel ont ordonné que le montant transféré par la société SOC2.) à la société SOC1.) en exécution de l'ordonnance du 15 janvier 2009, soit retransféré à SOC2.) au plus tard le premier jour ouvrable suivant la signification de l'arrêt, avec obligation pour cette dernière de le transférer immédiatement au bénéfice de SOC3.) en liquidation judiciaire,

alors qu'en ordonnant une telle mesure, les juges de la Cour d'appel ont dénaturé les termes de l'ordonnance de première instance et ont méconnu les règles régissant la restitution, applicables en cas de

réformation en instance d'appel d'une décision exécutoire par provision » ;

Mais attendu que le moyen est inopérant dès lors que SOC3.) en liquidation ne s'est pas opposée à faire transiter les fonds à restituer par les livres de SOC2.) ;

que le moyen ne saurait dès lors être accueilli ;

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

condamne la demanderesse en cassation aux frais et dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de Maître Paul MOUSEL et de Maître Alain RUKAVINA, avocats à la Cour, sur leurs affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame la présidente Marie-Paule ENGEL, en présence de Monsieur Jeannot NIES, premier avocat général et de Madame Marie-Paule KURT, greffière à la Cour.