**N° 81 / 2018**
**du 10.07.2018.**
**Numéro 3994 du registre.**

**Audience publique extraordinaire de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du mardi, dix juillet deux mille dix-huit**.

**Composition:**

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,
Nico EDON, conseiller à la Cour de cassation,
Carlo HEYARD, conseiller à la Cour de cassation,
Michel REIFFERS, président de chambre à la Cour d'appel,
Simone FLAMMANG, premier avocat général,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

**Entre:**

**la société d'investissement à capital variable de droit luxembourgeois SOC1),** constituée sous la forme d'une société anonyme, établie et ayant son siège social à (…), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (…), actuellement en liquidation par décision des actionnaires prise en assemblée générale en date du (…), représentée par son conseil des liquidateurs, agissant pour les besoins de son compartiment Soc1)-Arbitrage,

**demanderesse en cassation,**

**comparant par Maître Anne-Laure JABIN,** avocat à la Cour, en l'étude de laquelle domicile est élu,

**et:**

**la société anonyme de droit luxembourgeois SOC2),** établie et ayant son siège social à (…), représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (…),

**défenderesse en cassation,**

**comparant par Maître Marc KLEYR,** avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu.

---

**LA COUR DE CASSATION :**

Vu l'arrêt attaqué, numéro 61/17, rendu le 24 mai 2017 sous le numéro 41388 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, neuvième chambre, siégeant en matière commerciale ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 9 août 2017 par la société d'investissement à capital variable de droit luxembourgeois SOC1) (ci-après *« la société SOC1) »*) à la société anonyme SOC2), déposé le 10 août 2017 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 4 octobre 2017 par la société anonyme SOC2) à la société SOC1), déposé le 5 octobre 2017 au greffe de la Cour ;

Sur le rapport du conseiller Carlo HEYARD et sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint John PETRY ;

**Sur les faits :**

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, avait été saisi par la société SOC1) d'une action en responsabilité civile contractuelle, sinon délictuelle, dirigée contre son réviseur, la société SOC2), pour avoir été, par ses agissements, à l'origine de la perte des fonds investis par elle dans différents fonds d'investissement, dénommés « *Feeder Funds* », dont la société SOC2) était également le réviseur et dont les actifs avaient été confiés en quasi-totalité à la société de droit des États-Unis d'Amérique SOC3), mise en liquidation suite à la découverte d'une fraude caractérisée par une escroquerie du type « schéma PONZI » ; que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait déclaré la demande de la société SOC1) irrecevable tant sur le plan contractuel que sur le plan délictuel ; que la Cour d'appel a confirmé le jugement entrepris ;

**Sur les premier et deuxième moyens de cassation réunis :**

tirés, **le premier,** *« de la violation de l'article 89 de la Constitution et des articles 249 alinéa 1er et 587 du Nouveau code de procédure civile ;*

*En ce que la Cour d'appel a << dit non fondé >> l'appel et << confirmé le jugement du 21 mai 2014 >>, la Cour d'appel ayant jugé en l'espèce que :*

*<< le reproche de SOC1) à l'égard d'SOC2) de s'être abstenue de dénoncer à la CSSF les violations à la loi de 2002 (et des droits étrangers applicables) dans le cadre des Feeder Funds, surtout concernant LUXALPHA et LIF, ne vise pas un manquement d'SOC2) à une obligation contractuelle envers SOC1), mais un manquement d'SOC2) à une obligation lui imposée par le législateur envers un tiers, la CSSF, et donc de nature délictuelle >>, (arrêt du 24 mai 2017, page 11, deuxième paragraphe) (pièce n°1),*

*Et que << En invoquant, toutefois, à la fois des manquements de nature contractuelle et de nature délictuelle dans chacun des deux ordres de subsidiarité, elle a cumulé les responsabilités contractuelle et délictuelle >>, (page 11 de l'arrêt du 24 mai 2017, pièce n°1)*

*Alors que ce faisant, la Cour d'appel s'est ralliée au jugement de première instance du 21 mai 2014 qui avait retenu que << les troisième et quatrième fautes visent des faits reprochés à la défenderesse dans le cadre de sa mission d'audit au niveau de LUXALPHA et LIF, relation contractuelle à laquelle SOC1) est tiers, et se situent dès lors hors du champ contractuel. >> (jugement du 21 mai 2014, page 11, pièce n°3),*

*Et que ce faisant, l'arrêt entrepris manque de toute motivation requise conformément aux prescriptions de la loi ;*

*Alors que néanmoins, l'article 89 de la Constitution prévoit que << Tout jugement doit être motivé. Il est prononcé en audience publique. >>,*

*que l'article 249 alinéa 1er du Nouveau code de procédure civile prévoit que << La rédaction du jugement contiendra les noms des juges, du procureur d'Etat, s'il a été entendu, ainsi que des avoués, les noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions, l'exposition sommaire des points de fait et de droit, les motifs et le dispositif des jugements. >>,*

*et que l'article 587 du Nouveau code de procédure civile prévoit que << Les autres règles établies pour les tribunaux inférieurs sont observées en instance d'appel. >>*

*Est sanctionné sous le visa de ces articles le défaut de motivation de l'arrêt entrepris. » ;*

**et**

**le deuxième,** *« de la violation de l'article de l'article 89 de la Constitution et des articles 249 alinéa 1er et 587 du Nouveau code de procédure civile ;*

*En ce que la Cour d'appel a << dit non fondé >> l'appel et << confirmé le jugement du 21 mai 2014 >>, la Cour d'appel ayant jugé en l'espèce que :*

*<< En invoquant, toutefois, à la fois des manquements de nature contractuelle et de nature délictuelle dans chacun des deux ordres de subsidiarité, elle a cumulé les responsabilités contractuelle et délictuelle >>, (page 11 de l'arrêt du 24 mai 2017, pièce n°1)*

*Et que ce faisant, la Cour d'appel est en défaut de motiver précisément, complètement et justement son arrêt conformément aux prescriptions de la loi ;*

*Alors que néanmoins, l'article 89 de la Constitution prévoit que << Tout jugement doit être motivé. Il est prononcé en audience publique. >>,*

*que l'article 249 alinéa 1er du Nouveau code de procédure civile prévoit que << La rédaction du jugement contiendra les noms des juges, du procureur d'Etat, s'il a été entendu, ainsi que des avoués, les noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions, l'exposition sommaire des points de fait et de droit, les motifs et le dispositif des jugements. >>,*

*et que l'article 587 du Nouveau code de procédure civile prévoit que <<Les autres règles établies pour les tribunaux inférieurs sont observées en instance d'appel. >>*

*Est sanctionnée sous le visa de ces articles la motivation erronée de l'arrêt en entrepris. » ;*

Attendu que les moyens visent le défaut de motifs, qui est un vice de forme ;

Attendu qu'une décision judiciaire est régulière en la forme dès qu'elle comporte une motivation, expresse ou implicite, sur le point considéré ;

Attendu que la Cour d'appel a, par les motifs cités aux moyens, motivé sa décision ;

Qu'il en suit que les moyens ne sont pas fondés ;

**Sur les cinquième, septième, neuvième et onzième moyens de cassation réunis :**

tirés, **le cinquième,** *« de la violation de la loi par non application des dispositions de l'article 61 alinéa 1er du Nouveau code de procédure civile,*

*En ce que la Cour d'appel a << dit non fondé >> l'appel et << confirmé le jugement du 21 mai 2014 >>, la Cour d'appel ayant jugé en l'espèce que :*

*<< SOC1) a, certes, déclaré qu'elle base sa demande en ordre principal, sur la responsabilité contractuelle, et en ordre subsidiaire, sur la responsabilité délictuelle. En invoquant, toutefois, à la fois des manquements de nature contractuelle et de nature délictuelle dans chacun des deux ordres de subsidiarité, elle a cumulé les responsabilités contractuelle et délictuelle. Sa demande était donc irrecevable. >>, (page 11, deuxième paragraphe de l'arrêt du 24 mai 2017, pièce n°1),*

*Alors qu'en procédant ainsi, la Cour d'appel a omis de considérer les manquements de nature contractuelle commis par SOC2) S.A. qui étaient de nature à voir dire l'action en responsabilité civile contractuelle initiée par SOC1) Sicav recevable et que la Cour d'appel avait elle-même constatés comme suit :*

*<< les deux premières fautes reprochées par SOC1) à SOC2), celle d'avoir erronément vérifié l'existence et la valeur des actifs de compartiment SOC1) Arbitrage et celle d'avoir manqué à ses obligations de diligence en réalisant ses missions d'audit auprès de SOC1) se situent, ainsi que l'a dit le tribunal, dans le*

*champ contractuel de la mission d'SOC2). >> (arrêt du 24 mai 2017, page 10, pièce n° 1) ;*

*Que néanmoins, l'article 61 alinéa 1er du Nouveau code de procédure civile dispose que << Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. >>.*

*Partant la Cour d'appel a violé les dispositions de l'article 61 alinéa 1er du Nouveau code de procédure civile par la non application de la règle de droit applicable.*

*Est sanctionnée sous le visa de cet article la non application correcte de la règle de droit applicable au litige. » ;*

**le septième,** *« de la violation de l'article 61 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile,*

*En ce que la Cour d'appel a << dit non fondé >> l'appel et << confirmé le jugement du 21 mai 2014 >>, la Cour d'appel ayant jugé en l'espèce que :*

*<< En invoquant, toutefois, à la fois des manquements de nature contractuelle et de nature délictuelle dans chacun des deux ordres de subsidiarité, elle a cumulé les responsabilités contractuelle et délictuelle. Sa demande était donc irrecevable. >>, (page 11, deuxième paragraphe de l'arrêt du 24 mai 2017, pièce n°1),*

*Que néanmoins, l'article 61 alinéa 2 du Nouveau code de procédure civile dispose que << Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. >>,*

*Dont la Cour d'appel a fait une fausse interprétation.*

*Est sanctionnée sous le visa de cet article la non application de la règle de droit, par fausse interprétation de la règle de droit. » ;*

**le neuvième,** *« de la violation des articles 1147 du Code civil ensemble avec l'article 1382 du Code civil,*

*En ce que la Cour d'appel a << dit non fondé >> l'appel et << confirmé le jugement du 21 mai 2014 >>, la Cour d'appel ayant jugé en l'espèce que :*

*<< SOC1) a, certes, déclaré qu'elle base sa demande en ordre principal, sur la responsabilité contractuelle, et en ordre subsidiaire, sur la responsabilité délictuelle. En invoquant, toutefois, à la fois des manquements de nature contractuelle et de nature délictuelle dans chacun des deux ordres de subsidiarité, elle a cumulé les responsabilités contractuelle et délictuelle. Sa demande était donc irrecevable. >>, (page 11, deuxième paragraphe de l'arrêt du 24 mai 2017, pièce n°1)*

*Alors qu'en procédant ainsi, la Cour d'appel s'est ralliée au jugement de première instance qui avait retenu que << au vu de l'exposé des faits, la majorité des fautes alléguées et partant la cause des dommages invoqués par la requérante ne se rattache pas par un lien nécessaire à l'exécution du contrat incriminé, c'est-à-dire le contrat de révision des comptes liant SOC1) et la société SOC2) >> (page 12 dernier paragraphe du jugement du 21 mai 2014), que dès lors << il n'est pas possible de permettre à la victime de demander une seule réparation du préjudice subi à l'aide d'une action hybride, à la fois contractuelle et délictuelle [...]. Ce sont ou bien les règles de la responsabilité contractuelle qui jouent, ou bien celles de la responsabilité délictuelle >> (page 12, troisième paragraphe du jugement du 21 mai 2014, pièce n°3).*

*Que néanmoins, l'article 1147 du Code civil prévoit que << Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.>>.*

*Que l'article 1382 du Code civil dispose que << Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. >>*

*Est sanctionnée sous le visa de cet article la violation de la loi. » ;*

**et**

**le onzième,** *« de la violation de la loi par non application des dispositions de l'article 61 alinéa 1er du Nouveau code de procédure civile*

*En ce que la Cour d'appel a << dit non fondé >> l'appel et << confirmé le jugement du 21 mai 2014 >>, la Cour d'appel ayant jugé en l'espèce que :*

*<< SOC1) a, certes, déclaré qu'elle base sa demande en ordre principal, sur la responsabilité contractuelle, et en ordre subsidiaire, sur la responsabilité délictuelle. En invoquant, toutefois, à la fois des manquements de nature contractuelle et de nature délictuelle dans chacun des deux ordres de subsidiarité, elle a cumulé les responsabilités contractuelle et délictuelle. Sa demande était donc irrecevable. >>, (page 11, deuxième paragraphe de l'arrêt du 24 mai 2017, pièce n°1),*

*Alors qu'en procédant ainsi, la Cour d'appel a omis de considérer les manquements de nature délictuelle commis par SOC2) S.A. qui étaient de nature à voir dire l'action en responsabilité civile délictuelle initiée par SOC1) Sicav à titre subsidiaire recevable et que la Cour d'appel avait elle-même constatés comme suit :*

*<< le reproche de SOC1) à l'égard d'SOC2) de s'être abstenue de dénoncer à la CSSF les violations à la loi de 2002 (et des droits étrangers applicables) dans le cadre des Feeder Funds, surtout concernant LUXALPHA et LIF, ne vise pas un*

*manquement d'SOC2) à une obligation contractuelle envers SOC1), mais un manquement d'SOC2) à une obligation lui imposée par le législateur envers un tiers, la CSSF, et donc de nature délictuelle >>, (arrêt du 24 mai 2017, page 11, deuxième paragraphe) (pièce n°1) ;*

*Que néanmoins, l'article 61 alinéa 1er du Nouveau code de procédure civile dispose que << Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. >>.*

*Partant la Cour d'appel a violé les dispositions de l'article 61 alinéa 1er du Nouveau code de procédure civile par la non application de la règle de droit applicable.*

*Est sanctionnée sous le visa de cet article la non-application correcte de la règle de droit applicable au litige.*

*Ce moyen de cassation est soulevé à titre subsidiaire aux moyens de cassation précédemment soulevés en cause. » ;*

Attendu que la société SOC2) conclut à l'irrecevabilité des cinquième, septième et onzième moyens de cassation pour ne pas être, conformément à l'article 10, alinéa 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, divisés en plusieurs branches en fonction du nombre de griefs invoqués, ainsi qu'à l'irrecevabilité du septième moyen de cassation pour contenir dans sa discussion un autre cas d'ouverture que celui qui a été invoqué dans le moyen même ;

Attendu que les moyens mêmes ne contiennent pas une pluralité de griefs ni de cas d'ouverture ;

Qu'il en suit que les moyens d'irrecevabilité ne sont pas fondés ;

Attendu que la société SOC2) conclut encore à l'irrecevabilité des cinquième, neuvième et onzième moyens de cassation pour manquer en fait au motif que la demanderesse en cassation a reproché au juge d'appel, saisi de la seule question de la recevabilité, de ne pas avoir procédé à un examen au fond du litige ;

Attendu qu'un moyen manque en fait lorsqu'il fait dire à une décision judiciaire une chose qu'elle n'a pas dite ;

Attendu que le reproche fait en droit au juge d'appel de ne pas avoir procédé à un examen du fond ne constitue pas un manque en fait ;

Qu'il en suit que les moyens d'irrecevabilité sont à rejeter ;

Attendu que la société SOC2) soulève finalement l'irrecevabilité du neuvième moyen de cassation pour manquer en fait au motif qu'il n'a pas été demandé à la Cour d'appel de trancher le litige au regard des articles 1147 et 1382 du Code civil ;

Attendu que le neuvième moyen ne fait pas dire à l'arrêt entrepris, relativement à la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, une chose qu'il n'a pas dite ;

Qu'il en suit que le moyen d'irrecevabilité est à rejeter ;

Vu l'article 61, alinéas 1 et 2, du Nouveau code de procédure civile et les articles 1147 et 1382 du Code civil ;

Attendu qu'il résulte des constatations souveraines de la Cour d'appel que la demanderesse en cassation a fondé sa demande en responsabilité civile à titre principal sur le régime de la responsabilité contractuelle et à titre subsidiaire sur celui de la responsabilité délictuelle, mais qu'elle a cumulativement invoqué dans le cadre de chacun de ces deux ordres de subsidiarité des griefs susceptibles d'être réparés sous le régime de la responsabilité contractuelle et d'autres griefs susceptibles d'être réparés sous le régime de la responsabilité délictuelle ;

Attendu que du fait d'invoquer dans le cadre de la demande principale en responsabilité contractuelle, outre des griefs susceptibles d'être réparés sous ce régime, d'autres griefs relevant de la responsabilité délictuelle et d'invoquer dans le cadre de la demande subsidiaire en responsabilité délictuelle, outre des griefs susceptibles d'être réparés sous ce régime, d'autres griefs relevant de la responsabilité contractuelle, la Cour d'appel a déduit l'irrecevabilité de la demande au motif que la demanderesse en cassation aurait ainsi *« cumulé les responsabilités contractuelle et délictuelle »* ;

Attendu que le principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, encore appelé principe de non-option, interdit l'utilisation des règles délictuelles dans le domaine réservé à la responsabilité contractuelle, de sorte que lorsque les griefs invoqués en vue d'engager la responsabilité civile sont de nature contractuelle, la victime ne peut agir en réparation contre le débiteur défaillant que sur le fondement contractuel ;

Attendu que ce principe qui interdit seulement au créancier d'une obligation contractuelle de se prévaloir, contre le débiteur de cette obligation, des règles de la responsabilité délictuelle n'exclut, en revanche, pas les demandes fondées sur un autre ordre de responsabilité que celui invoqué au soutien de la demande principale, donc ne prohibe pas, en cas d'hésitation sur l'étendue de l'obligation contractuelle, d'invoquer les deux régimes de responsabilité civile, l'un à titre principal, l'autre à titre subsidiaire ;

Attendu que le juge, tenu en vertu de l'article 61, alinéas 1 et 2, du Nouveau code de procédure civile de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables et de déterminer lequel des régimes de responsabilité civile est applicable, doit tout d'abord, sans pouvoir panacher les deux régimes de responsabilité civile, rechercher si les griefs invoqués en vue d'engager la responsabilité civile sont de nature contractuelle ; que ce n'est que s'il constate que tel n'est pas le cas qu'il pourra appliquer la responsabilité délictuelle ;

Attendu qu'il appartenait à la Cour d'appel, saisie de la question d'examiner si la demande en responsabilité civile était recevable au regard du principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, d'examiner d'abord, à propos de chacun des griefs de la demande basée principalement sur la responsabilité contractuelle, si la nature contractuelle était donnée ;

Attendu qu'en se limitant à dire que la société SOC1) avait invoqué *« à la fois des manquements de nature contractuelle et de nature délictuelle dans chacun des deux ordres de subsidiarité »* et en déduisant de ce fait qu'il y avait violation du principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, la Cour d'appel a violé les dispositions visées aux moyens ;

Qu'il en suit que l'arrêt encourt la cassation ;

**Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure :**

Attendu que la défenderesse en cassation étant à condamner aux dépens de l'instance en cassation, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter ;

**Par ces motifs,**
**et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres moyens de cassation,**

casse et annule l'arrêt numéro 61/17, rendu le 24 mai 2017 sous le numéro 41388 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, neuvième chambre, siégeant en matière commerciale ;

déclare nuls et de nul effet ladite décision judiciaire et les actes qui s'en sont suivis, remet les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel, autrement composée ;

rejette la demande de la défenderesse en cassation en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne la défenderesse en cassation aux dépens de l'instance en cassation ;

ordonne qu'à la diligence du procureur général d'Etat, le présent arrêt sera transcrit sur le registre de la Cour d'appel et qu'une mention renvoyant à la transcription de l'arrêt sera consignée en marge de la minute de l'arrêt annulé.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Jean-Claude WIWINIUS, en présence de Madame Simone FLAMMANG, premier avocat général, et de Madame Viviane PROBST, greffier à la Cour.