

**N° 67 / 15.
du 2.7.2015.**

Numéro 3509 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, deux juillet deux mille quinze.

Composition:

Georges SANTER, président de la Cour,
Edmée CONZEMIUS, conseiller à la Cour de cassation,
Irène FOLSCHEID, conseiller à la Cour de cassation,
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,
Gilbert HOFFMANN, premier conseiller à la Cour d'appel,
Simone FLAMMANG, avocat général,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

Entre:

l'Institution de retraite complémentaire A), anciennement B), B), portant le numéro de Siret (...), établie et ayant son siège social à (...), représentée par son Directeur Général actuellement en fonction,

demanderesse en cassation,

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

et:

1)la société anonyme SOC1), établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...),

2)la société anonyme SOC2), établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...),

3)la société anonyme SOC3), établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...),

4)la société anonyme de droit suisse SOC4), établie et ayant son siège social à (...), et à (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce de Bâle et de Zürich sous le numéro (...),

défenderesses en cassation,

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

5)la société anonyme SOC5, en liquidation volontaire, établie et ayant eu son siège social à (...), établie et ayant son siège social actuellement à (...), représentée par son liquidateur, Monsieur Fernand ENTRINGER, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...),

6)C, (...), pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société anonyme SOC6), demeurant à (...),

défendeurs en cassation,

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

7)la société anonyme SOC7, établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, 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,

8)la société d'investissement à capital variable SOC6, en liquidation judiciaire, établie et ayant son siège social à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...), représentée par ses liquidateurs judiciaires Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt, et D), (...), demeurant à (...),

9)Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt, pris en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société d'investissement à capital variable SOC6), en liquidation, préqualifiée,

10)D, (...), demeurant à (...), pris en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société d'investissement à capital variable SOC6), en liquidation, préqualifiée,

défendeurs en cassation,

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

11)E, pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société anonyme SOC6), demeurant à (...),

12)F, pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société anonyme SOC6), demeurant à (...),

13)G), pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société anonyme SOC6), demeurant à (...),

14)H), pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société anonyme SOC6), demeurant à (...),

15)I), pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société anonyme SOC6), demeurant à (...),

16)J), pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société anonyme SOC6), demeurant à (...),

défendeurs en cassation.

=====

LA COUR DE CASSATION :

Vu l'arrêt attaqué rendu le 15 juillet 2014 sous le numéro 36516 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 3 novembre 2014 par l'institution de retraite complémentaire A) à la société anonyme SOC1), à la société anonyme SOC2), à la société anonyme SOC5), en liquidation volontaire, à la société anonyme SOC3), à la société anonyme de droit suisse SOC4) AG, à la société anonyme SOC7), à E), à F), à G), à H), à C), à I), à J), à la société d'investissement à capital variable SOC6), en liquidation judiciaire, à Maître Alain RUKAVINA et à D), déposé au greffe de la Cour le 4 novembre 2014 ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 18 décembre 2014 par à la société anonyme SOC7) à l'institution de retraite complémentaire A), à la société anonyme SOC1), à la société anonyme SOC2), à la société anonyme SOC3), à la société anonyme de droit suisse SOC4) AG, à la société anonyme SOC5), en liquidation volontaire, à par C), à E), à F), à G), à H), à I), à J), à la société d'investissement à capital variable SOC6), en liquidation judiciaire, à Maître Alain RUKAVINA et à D), déposé au greffe de la Cour le 19 décembre 2014 ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 23 décembre 2014 par la société d'investissement à capital variable SOC6), en liquidation judiciaire, Maître Alain RUKAVINA et D) à l'institution de retraite complémentaire A), à la société anonyme SOC1), à la société anonyme SOC2), à la société anonyme SOC3), à la société anonyme de droit suisse SOC4) AG, à la société anonyme SOC7), à la

société anonyme SOC5), en liquidation volontaire, à C), à E), à F), à G), à H), à I) et à J), déposé au greffe de la Cour le 30 décembre 2014 ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 29 décembre 2014 par la société anonyme SOC1), la société anonyme SOC2), la société anonyme SOC3) et la société anonyme de droit suisse SOC4) AG à l'institution de retraite complémentaire A), à la société anonyme SOC5), en liquidation volontaire, à la société anonyme SOC7), à E), à F), à G), à H), à C), à D), à J), à la société d'investissement à capital variable SOC6), en liquidation judiciaire, à Maître Alain RUKAVINA et à D), déposé au greffe de la Cour le 2 janvier 2015 ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 29 décembre 2014 par la société anonyme SOC5), en liquidation volontaire, et par C) à l'institution de retraite complémentaire A), à la société anonyme SOC1), à la société anonyme SOC2), à la société anonyme SOC3), à la société anonyme de droit suisse SOC4) AG, à la société anonyme SOC7), à E), à F), à G), à H), à I), à J), à la société d'investissement à capital variable SOC6), en liquidation judiciaire, à Maître Alain RUKAVINA et à D), déposé au greffe de la Cour le 2 janvier 2015 ;

Vu le nouveau mémoire intitulé « mémoire en réplique en cassation » signifié le 8 mai 2015 par l'institution de retraite complémentaire A) à la société anonyme SOC1), à la société anonyme SOC2), à la société anonyme SOC5), en liquidation volontaire, à la société anonyme SOC3), à la société anonyme de droit suisse SOC4) AG, à la société anonyme SOC7), à E), à F), à G), à H), à C), à D), à J), à la société d'investissement à capital variable SOC6), en liquidation judiciaire, à Maître Alain RUKAVINA et à D), déposé au greffe de la Cour le 13 mai 2015 ;

Sur le rapport du conseiller Irène FOLSCHEID et sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint Georges WIVENES ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, avait déclaré irrecevable la demande dirigée par l'Institution de retraite complémentaire A), anciennement B), contre les défendeurs en cassation et tendant à l'allocation de dommages et intérêts du fait que sa demande de rachat de ses parts dans la SOC6), mise par la suite en liquidation judiciaire, n'avait pas été exécutée ; que sur appel, la Cour d'appel a confirmé le jugement ;

Sur la recevabilité du pourvoi qui est contestée :

Attendu que les sociétés SOC4) soulèvent l'irrecevabilité du pourvoi au motif que l'unique moyen de cassation serait irrecevable au regard de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation ;

Mais attendu que l'éventuelle irrecevabilité, au regard de l'article 10 précité, d'un moyen de cassation, même unique, n'entraîne pas l'irrecevabilité du pourvoi ;

Que le moyen d'irrecevabilité n'est pas fondé ;

Attendu que la société anonyme SOC7), ainsi que la société anonyme SOC5) et C) concluent à l'irrecevabilité du pourvoi en tant que dirigé contre eux en faisant valoir que l'unique moyen de cassation vise l'article 36 de la loi du 20 décembre 2002, ensemble l'article 16 de la Directive 85/611/CEE, qui avaient été invoqués à l'encontre de la seule banque dépositaire SOC4), l'action de droit commun dirigée contre les autres parties intimées, actuelles défenderesses en cassation, déclarée irrecevable par l'arrêt attaqué, ne faisant pas l'objet du moyen de cassation, ni partant du pourvoi ;

Attendu que l'unique moyen de cassation ne remettant pas en cause l'action de droit commun dirigée contre les susdites parties, la demanderesse en cassation est sans intérêt à diriger son pourvoi contre ces parties, le litige n'étant par ailleurs pas indivisible ;

Qu'il s'ensuit que le pourvoi en cassation est irrecevable en tant que dirigé contre les sociétés anonymes SOC7) et SOC5) ainsi que contre C) ;

Sur l'unique moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 36 de la loi du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif, de la violation de l'article 16 de la Directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires, administratives concernant certains organismes de placements collectifs en valeurs mobilières (OPCVM), ainsi que la violation du principe de la protection juridictionnelle effective tel que prévu à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne.

En ce que la Cour d'appel a dit l'appel non fondé, a confirmé le jugement entrepris en ce qu'il avait << considéré que l'article 16 de la directive 85/611 CE du Conseil du 20 décembre 1985 qui traite de la responsabilité du dépositaire à l'égard de la société d'investissement et des participants, ne parle pas d'une mise en cause directe ou indirecte du dépositaire et que le silence de l'article 16 ne saurait être analysé comme une disposition qui a imposé aux Etats membres l'obligation d'introduire en droit national une action directe au bénéfice des actionnaires, et, partant, retenu que l'actionnaire ne dispose pas d'une action directe contre la banque dépositaire sur base de l'article 36 de la loi du 20 décembre 2002 ; et concernant l'action de droit commun de l'actionnaire contre les tiers responsables, retenu que si l'actionnaire dispose d'une action individuelle en réparation d'un préjudice personnel et distinct de celui de la société et des autres actionnaires, la recevabilité d'une telle action en responsabilité est soumise à l'allégation et à la caractérisation de ce préjudice >> et en ce que la Cour d'appel a décidé qu'il n'y avait pas lieu de saisir la Cour de Justice de l'Union Européenne de la question préjudicielle suivante :

<< 1) L'article 16 de la directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires

administratives concernant certains organismes de placements collectifs en valeurs mobilières (OPCVM), JO L 375, du 31 décembre 1985, p. 3, et le principe de protection juridictionnelle effective des droits conférés aux justiciables par le droit de l'Union doivent-ils être interprétés en ce sens que les Etats membres sont tenus de prévoir les modalités par lesquelles le dépositaire est responsable à l'égard du participant et que ces modalités ne peuvent être telles qu'elles ne permettent pas une action en responsabilité par le participant lui-même à l'encontre du dépositaire? >>,

et a confirmé le jugement entrepris en ce qu'il avait déclaré irrecevable la demande introduite par l'institution A) contre le dépositaire de la Sicav sur base de l'article 36 de la loi du 20 décembre 2002, que ce soit sur base contractuelle ou délictuelle ;

aux motifs que << Concernant la responsabilité du dépositaire de la Sicav, l'article 16 de la directive renvoie au droit national de l'État où est situé le siège statutaire de la société d'investissement. L'étendue et la mise en œuvre de cette responsabilité sont donc à déterminer par les Etats en fonction de leur droit national.

Le Tribunal d'arrondissement s'est référé aux travaux parlementaires relatifs à l'article 35 de la loi de 1988 (actuellement article 36 de la loi de 2002) de la teneur suivante : << Cet article a trait au régime de la responsabilité du dépositaire des actifs d'une Sicav. Tout comme en matière de fonds commun de placement, la directive abandonne le régime de la responsabilité du dépositaire au droit national et énonce une responsabilité pour inexécution ou mauvaise exécution fautives des obligations.... Quant à la faculté pour un investisseur d'intenter, en lieu et place de la société d'investissement elle-même, une action en responsabilité à l'encontre du dépositaire : ce sont les principes du droit des sociétés qui s'appliquent en la matière. Il n'est dès lors pas nécessaire de revenir sur cette question pour les sociétés d'investissement ».

La Cour approuve les conclusions en tirées par le tribunal, à savoir que le projet de loi fait référence aux principes du droit des sociétés, que le dépositaire engage sa responsabilité selon le droit national de la société d'investissement à l'égard de cette dernière et que l'action de l'investisseur contre le dépositaire se trouve également soumise à cette loi, et plus particulièrement à la Loi sur les Sociétés Commerciales >> [...].

<< Le texte communautaire ne fait cependant pas obligation au législateur national de prévoir que tant la société que le participant auront le droit de réclamer réparation du même préjudice et ce notamment lorsque le préjudice affecte l'ensemble des participants. La latitude accordée au législateur ne lui interdit pas de limiter le droit du participant à la réparation du préjudice qui lui est personnel et direct, principe découlant du droit des sociétés, interprétation retenue par le tribunal d'arrondissement, dont il sera question ci-après [...].

Dès lors que les modalités d'exercice de l'action réservée à l'actionnaire relèvent du droit national et que le législateur pouvait partant déclarer applicables les règles tirées du droit des sociétés, prévoyant plus spécifiquement qu'il

appartient à la société d'exercer l'action en réparation affectant le patrimoine social, l'actionnaire disposant du droit d'agir contre le dépositaire en réparation du préjudice personnel et distinct de celui de la société.

*Il n'y a pas lieu dans ces conditions de saisir la CJUE de la question sub 1)
>> [...]*

<< Il s'y ajoute que l'appelante, porteuse de parts d'une Sicav mise en liquidation judiciaire est en droit de revendiquer un traitement égalitaire entre créanciers de même rang, mais doit subir les règles inhérentes gouvernant la liquidation judiciaire.

L'assignation que l'appelante a lancée durant la liquidation judiciaire contre les parties défenderesses est partant irrecevable pour autant qu'elle vise la réparation du préjudice social, même si cette demande a précédé celle des liquidateurs du 16 décembre 2009 >>.

Alors que, selon la jurisprudence Marleasing de la Cour de Justice de l'Union Européenne (arrêt du 13 novembre 1990, affaire C-106/89), 'l'obligation des Etats membres découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci ainsi que leur devoir, en vertu de l'article 5 du traité, de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation s'imposent à toutes les autorités des États membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles . Il s'ensuit qu'en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive, pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 189, troisième alinéa, du traité [actuellement, l'article 288, alinéa 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne]'; que par ailleurs, le droit de l'Union exige que la législation nationale, mettant en œuvre le droit de l'Union Européenne, ne porte pas atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective (article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne) et qu'en conséquence, l'article 36 de la loi de la Loi de 2002 doit être interprétée à la lumière du texte de l'article 16 de la Directive qu'il transpose, qui doit lui-même être interprété conformément à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, en ce sens qu'il reconnaît au participant une action individuelle à l'encontre du dépositaire ; que dès lors, en décidant de faire application de la loi sur les sociétés commerciales du 10 août 1915 pour arrêter les modalités de la mise en œuvre de la responsabilité des dépositaires et en interprétant l'article 36 de la Loi de 2002 de manière à empêcher toute action en responsabilité directement introduite par les participants contre le dépositaire pour tout préjudice subi par eux, action qui leur était néanmoins ouverte conformément à la Directive et partant aussi conformément à la loi correctement interprétée, la Cour d'appel a violé les textes précités de l'article 36 de la loi du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif, de l'article 16 de la Directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.>> ;

Attendu que dans son moyen la demanderesse en cassation reproche aux juges du fond d'avoir déclaré son action individuelle irrecevable, alors que, selon elle, l'article 36 de la loi du 20 décembre 2002 doit être interprété à la lumière du texte et de la finalité de l'article 16 de la directive 85/611/CEE, qui doit lui-même être interprété conformément à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, et elle conclut à voir poser à la Cour de justice de l'Union Européenne la question si une interprétation correcte de ces dispositions ne doit pas conduire à permettre l'action individuelle des participants ;

Attendu que ce reproche et la question préjudicielle peuvent figurer dans un seul moyen, qui est dès lors recevable au regard de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 ;

Attendu qu'en se déterminant par les motifs repris dans le moyen, les juges du fond ont correctement interprété tant l'article 36 de la loi du 20 décembre 2002 que l'article 16 de la directive 85/611/CEE, et ceci à la lumière des droits fondamentaux protégés par le droit communautaire, en l'occurrence le droit à une protection juridique effective visé par l'article 47 de la Charte, qu'ils ont à bon droit considéré comme respecté par le législateur déclarant applicables les règles tirées du droit des sociétés qui prévoient qu'il appartient à la société d'exercer l'action en réparation affectant le patrimoine social, l'actionnaire disposant du droit d'agir contre le dépositaire en réparation du préjudice personnel et distinct de celui de la société ;

Que c'est encore à bon droit qu'ils ont déduit de ces développements qu'il n'est pas nécessaire de saisir la Cour de justice de l'Union Européenne de la question préjudicielle formulée par la demanderesse en cassation, question dont la Cour de cassation n'a pour les mêmes raisons pas besoin de saisir la juridiction communautaire ;

Que le moyen n'est dès lors pas fondé ;

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

Attendu que cette demande de la société anonyme SOC7) est à rejeter, la condition d'iniquité n'étant pas remplie en l'espèce ;

Par ces motifs :

dit le pourvoi irrecevable en tant que dirigé contre la société anonyme SOC7), la société anonyme SOC5) et C) ;

le rejette pour le surplus ;

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

condamne la demanderesse en cassation aux dépens de l'instance en cassation, dont distraction au profit de Maître Marc KLEYR, Maître Alain RUKAVINA, Maître Jean-Paul NOESEN et Maître Marc ELVINGER, sur leurs affirmations de droit.

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