REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 10

ARRET DU 10 OCTOBRE 2022

(n° , 7 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 21/12989 - N° Portalis 35L7-V-B7F-CEA5Q

Décision déférée à la Cour : Jugement du 10 Mars 2021 -Tribunal de Commerce de PARIS RG n° 2018039999

APPELANTE

SA MUTUAL COLORS FINANCIAL ADVISOR

RCS du LUXEMBOURG sous le numéro B199681,

Ayant son siége social

[Adresse 2]

L1251 LUXEMBOURG

Prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège

Représentée par Me Nicolas DUVAL de la SELEURL NOUAL DUVAL, avocat au barreau de PARIS, toque : P0493

INTIMEE

Fondation FONDATION [4] La FONDATION [4],

Ayant son siége social [Adresse 1]

[Localité 3]

Prise agissant poursuites et diligences en la personne de son Président en exercice domicilié en cette qualité audit siège,

Représentée par Me Morgane GRÉVELLEC, avocat au barreau de PARIS, toque : E2122

Représentée par M. Philippe PRESSECQ (Avocat au barreau d'albi),

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 27 Juin 2022, en audience publique, devant la Cour composée de :

Monsieur Edouard LOOS, Président

Madame Sylvie CASTERMANS, Conseillère

Monsieur Stanislas de CHERGÉ, Conseiller

qui en ont délibéré, un rapport a été présenté à l'audience par Madame Sylvie CASTERMANS dans les conditions prévues par l'article 804 du code de procédure civile.

Greffier, lors des débats : Madame Sylvie MOLLÉ

ARRÊT :

- contradictoire

- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par Edouard LOOS, Président et par Sylvie MOLLÉ, Greffier présent lors du prononcé.

FAITS ET PROCÉDURE

La fondation [4] est une fondation reconnue d'utilité publique par décret du 7 juin 1982.

Au fil des années, la fondation a reçu de nombreux dons en nature d'immeubles ou de terrains et a progressivement accumulé immeubles et numéraire.

Dans le cadre de sa gestion patrimoniale, la fondation [4] a souscrit avec la société Mutual Colors Financial Advisor deux emprunts obligataires simples réservés et une convention de prestation de services.

Aux termes de cette convention, signée le 8 Septembre 2017, la fondation a ouvert un compte bancaire auprès de la société Cm-Cic Market Solutions.

De son côté, la société Mutual Colors Financial Advisor s'est engagée à orchestrer la constitution, à mettre à la disposition exclusive de la fondation et gérer un fonds d'investissement de droit luxembourgeois, de type fonds d'investissement alternatif réservé (FIAR), destiné notamment à investir dans des supports financiers et à souscrire à des émissions obligataires réalisées par des entités du groupe Mutual Colors.

Il a été stipulé qu'en contrepartie la fondation [4] investirait dans ledit fonds à un montant minimum de 450.000.000

euros, soit un versement de 10.000.000 euros dans les quinze jours de la signature de la Convention de Prestation de Services en vue du lancement du fonds, puis des investissements mensuels de 37.000.000 euros pendant douze mois.

La rémunération de la société Mutual Colors Financial Advisor était constituée de frais de gestion annuelle d'un montant de 1,20 % HT calculés sur la base des encours investis et de frais promoteurs annuels d'un montant de 1,20% HT calculés sur la base du différentiel d'encours.

Le 12 février 2018, un avenant à la convention a été conclu modifiant les modalités de l'investissement comme suit :

- Le montant minimum investi par le fonds était réduit à 225.000.000 euros et la somme initiale de 10.000.000 euros devait être versée dans les trente jours à compter de la signature.

- La fondation était tenue de fournir tous les documents administratifs et comptables nécessaires à l'apport d'actifs immobiliers dont elle était propriétaire à hauteur d'un montant minimum de 165.000.000 euros.

- Le montant des frais de gestion annuelle était également modifié, avenant stipulant que ces frais seraient d'un montant de 2,50% HT jusqu'à 150.000.000 euros d'encours investis, de 2,30% HT de 150.000.000 à 225.000.000 euros et de 1,20% HT de 225.000.000 euros à 450.000.000 euros d'encours investis,

- Suppression de la rémunération du différentiel d'encours.

L'ensemble des contrats a été validé par le conseil d'administration de la fondation [4].

Alléguant de plusieurs retards dans l'exécution des obligations de la fondation [4], la société Mutual Colors Financial Advisor lui a alors notifié par lettre recommandée en date du 30 mai 2018 la résolution de plein droit de la convention de prestation de services et de son avenant.

La fondation [4], soucieuse de se voir restituer les sommes versées au titre du Contrat de Prestation de Services a engagé la présente instance.

Les faits exposés ont fait l'objet de plusieurs procédures.

Par acte d'huissier de justice en date du 2 juillet 2018, la fondation [4] a fait assigner la société Mutual Colors.

Par jugement rendu le 10 mars 2021, le tribunal de commerce de Paris a statué comme suit

- Donne acte à la société Mutual Colors Financial Advisor de son désistement de sa demande d'incompétence ;

- Déboute la fondation [4] de sa demande de sursis à statuer ;

- Prononce la nullité de la convention de prestation ;

- Condamne la société Mutual Colors Financial Advisor à la restitution à la fondation [4] de la somme de 1.346.301,34 euros, avec intérêts au taux légal à compter du 2 juillet 2018

- Condamne la société Mutual Colors Financial Advisor à payer à la fondation [4] la somme de 30.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

- Rejette les demandes autres, plus amples ou contraires ;

- Ordonne l'exécution provisoire ;

- Condamne la société Mutual Colors Financial Advisor aux dépens, dont ceux à recouvrer par le greffe, liquidés à la somme de 139,14 euros dont 22,76 euros de TVA.

Par déclaration du 8 juillet 2021, la société Mutual Colors Financial Advisor a interjeté appel du jugement.

Par dernières conclusions signifiées le 16 juin 2022, la société Mutual Colors Financial Advisor demande à la cour de :

- Recevoir la société Mutual Colors Financial Advisor en l'intégralité de ses demandes, fins et conclusions ;

Y faisant droit :

Débouter la fondation [4] de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions ;

Infirmer le jugement rendu par le tribunal de Commerce de PARIS en date du 10 mars 2021 en ce qu'il a :

- Prononcé la nullité de la Convention de Prestation ;

- Condamné Mutual Colors Financial Advisor à la restitution à la fondation [4] de la somme de 1.346.301,34 euros, avec intérêts au taux légal à compter du 2 juillet 2018 ;

- Condamné Mutual Colors Financial Advisor à payer à la fondation [4] la somme de 30.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

- Rejeté les demandes autres, plus amples ou contraires ;

- Ordonné l'exécution provisoire ;

- Condamné Mutual Colors Financial Advisor aux dépens, dont ceux à recouvrer par le greffe, liquidés à la somme de

139,14 euros dont 22,76 euros de TVA.

Statuant de nouveau :

- Constater l'existence d'un aveu judiciaire effectué par la fondation [4] relatif à la réalité et l'étendue de la mission confiée à la société Mutual Colors Financial Advisor ; - Dire que la convention de prestation de services régularisée entre la fondation [4] et la société Mutual Colors Financial Advisor en date du 8 septembre 2017 et l'avenant à ladite convention régularisé en date du 12 février 2018 a été résolu de plein droit à la date du 30 mai 2018 ;

- Condamner la fondation [4] à payer à la société Mutual Colors Financial Advisor la somme de 50.775.000 euros, outre intérêts au taux légal à compter du 20 avril 2018 ;

- Condamner la fondation [4] à payer à la société Mutual Colors Financial Advisor la somme de 70.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

- Condamner la fondation [4] aux entiers dépens.

Par dernières conclusions signifiées le 17 juin 2022, la fondation [4] demande à la cour de :

Rejetant toute conclusion contraire comme injuste ou mal fondées,

- Débouter la société Mutual Colors Financial Advisor de toute ses demandes.

Au principal,

- Surseoir à statuer dans l'attente de l'issue de la procédure pénale ;

Subsidiairement,

- Confirmer la décision entreprise en toute ses dispositions ;

Y ajoutant,

- Condamner la société Mutual Colors Financial Advisor à verser à la fondation [4] la somme de 50.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Encore plus subsidiairement,

- Juger que la rémunération fixée par la société Mutual Colors Financial Advisor est excessive au regard de la mission d'accompagnement dont elle se prévaut

- Réduire à de plus justes proportions le montant de la somme dont le paiement est revendiqué par la société Mutual Colors Financial Advisor.

SUR CE, LA COUR

Sur le sursis à statuer

La fondation [4] maintient sa demande de sursis à statuer dans l'attente de l'issue de la procédure pénale qu'elle a engagée à l'encontre de la société Mutual Colors et de ses complices pour faits d'escroquerie.

La société Mutual Colors Financial Advisor, ci après MCFA s'y oppose.

Ceci étant exposé, la cour adopte les motifs du tribunal en ce qu'il a jugé que l'opportunité du sursis ne s'imposait pas en l'espèce.

Sur les obligations contractuelles,

La société Mutual Colors Financial Advisor, ci après MCFA, soutient avoir respecté ses obligations contractuelles, et s'oppose à ce que des obligations non prévues lui soient imputées. Elle prétend être intervenue en qualité de conseil en haut de bilan, et a fourni des prestations de services connexes au sens de l'article L. 321-2 du code monétaire et financier, et non en qualité de prestataire de service d'investissement. Elle fait valoir qu'aucune obligation de conseil et d'information ne peut être mise à sa charge, et que la FSM doit être considérée comme un investisseur professionnel. Elle souligne que sa mission relevait du seul conseil de haut bilan..

La société MCFA soutient avoir justifié l'existence du collège d'expert, seul tenu d'effectuer le travail de définition des besoins de la FSM, afin de parvenir à son objectif d'organisation de son patrimoine.

La fondation [4] ci-après FSM réplique que la société MCFA a imposé le contrat par des procédés dolosifs , que la mission de la société MCFA ne saurait être qualifiée de conseil en haut de bilan. Elle prétend être un client non professionnel au

sens des articles L. 533-16 et D 533-11 du code monétaire et financier, dès lors qu'une fondation, entité de droit privé à but non lucratif, ne saurait être qualifiée d'entreprise.

De plus, elle soutient que la société MCFA était tenue au respect des dispositions du code monétaire et financier et du règlement général de l'AMF relative aux obligations d'information, de conseil et de mise en garde du prestataire de service d'investissement.

La FSM oppose sur le collège d'expert, qu'il était constitué de personnes en relations d'affaires habituelles et permanentes.

Ceci étant exposé,

La société MCFA se prévaut de l'inexécution des obligations de la fondation [4], qu'elle considère comme un un investisseur professionnel. La fondation oppose que la convention de prestation de services du 8 septembre 2017 et son avenant du 12 février 2018 encourent la nullité sur le fondement des articles 1178 et 1137 du code civil. Elle conteste la qualité d'investisseur professionnel et reproche à la société MCFA un défaut de conseil, des agissements dolosifs qui ont vicié son consentement.

Aux termes de l'article L533-16 du code monétaire et financier, un client professionnel est un client qui possède l'expérience, les connaissances pour prendre ses propres décisions d'investissement et évaluer correctement les risques encourus.

En l'espèce, la fondation [4], fondation à but non lucratif, reconnue d'utilité publique, dont l'objet est l'aide à l'enfance dans le besoin et aux démunis, dont les ressources proviennent de dons, ne saurait être qualifiée d'investisseur professionnel au sens de l'article précité, dès lors que la fondation est totalement étrangère aux règles de la finance. Elle doit être considérée comme étant un investisseur non professionnel.

La société MCFA se présente comme une société de conseil en haut de bilan. Elle expose que dans le cadre contractuel liant les parties, elle n'est pas intervenue en qualité de prestataire de services d'investissement, ce que conteste la fondation [4] dans la mesure où la MCFA lui a proposé une souscription de parts de FIA (Fonds d'investissements alternatifs) en contradiction avec ses statuts.

Il résulte des pièces du dossier que la convention de prestations de services portait sur la constitution d'un fonds d'investissement dédié (FIAR) or la fondation étant un investisseur non professionnel, la préconisation d'un FIA (fonds d'investissement alternatif) était soumise à agrément, ce dont il n'est pas justifié.

Il sera relevé également que l'emprunt obligataire proposé en septembre 2017, par la société MCFA , portait sur un montant de 450 000 000 d'euros, puis était réduit en février 2018, à 225 000 000 d'euros, alors que la loi

luxembourgeoise prévoit que le montant du capital souscrit dans un FIAR, soit au minimum de 1 250 000 d'euros.Le montant souscrit par la fondation [4] apparaît au regard du seuil légalement prévu, extrèmement élevé.

De plus, si, comme l'affirme la société MCFA, la mission qui lui avait été confiée se limitait au suivi de la création d'un FIAR, le barème de sa rémunération, d'un montant de 1 346 301, 37 euros, apparait également excessif.

En toute hypothèse, dans le cadre d'une opération d'une telle envergure, la société MCFA ne peut s'exonérer de toute obligation. C'est ce qu'elle tente de faire en se qualifiant de promoteur, et en s'appuyant sur la lettre d'engagement de la fondation, qui formerait le cadre contractuel.

En l'espèce, la convention de prestation de service mentionne que : l'investisseur a sollicité le promoteur pour qu'il orchestre la constitution et mise à disposition d'un fonds d'investissement de droit luxembourgeois de type FIAR' (..).

Ainsi que l'a analysé le tribunal, il ressort des termes de la lettre qu'il s'agit plutôt d'une attestation au seul profit de la société MCFA et non d'une lettre d'engagement. Il apparaît que la société MCFA n'est débitrice d'aucune obligation et il est manifeste qu'elle a entendu se prémunir contre toute réclamation en prévoyant que la lettre : ' emporte régularisation de la convention, qui lui est annexée dès le 29 août 2017. ' date à laquelle ,la convention n'avait pas été autorisée par le conseil d'administration de la fondation [4].

La thèse soutenue par la société MFCA, selon laquelle la fondation aurait conçu et choisi délibérément de transférer plusieurs centaines de millions d'euros dans un fonds alternatif, en violation de ses statuts, sans autorisation administrative, n'est pas concevable au regard de son profil d'investisseur non professionnel et de son historique.

Par ailleurs, la directive 2011/61/UE du 8 juin 2011 (dite AIFM) relative à la gestion des fonds alternatifs, transposée dans le code monétaire et financier à l'article L 214-24-1 définit la commercialisation comme :'une offre de placement, direct ou indirect à l'initiative du gestionnaire ou pour son compte, de parts ou d'actions d'un FIA qu'il gère, à destination d'investisseurs domiciliés ou ayant leur siège social dans l'Union.'

Selon l'AMF, la proposition faite par la société MCFA de souscrire à un FIAR constitue donc une offre au sens de la directive AIFM. Dès lors, la société MCFA devait disposer d'un agrément pour proposer l'investissement ce dont elle ne justifie pas. A défaut de respecter les dispositions du code monétaire et financier et du règlement général de l'AMF, la convention encourt la nullité de ce chef.

La société MCFA maintient sa contestation en se prévalant de sa qualité de conseil en haut de bilan pour échapper à tout examen de ses propres obligations en qualité de conseil en investissements. Or, précisément, la société MCFA fait état, dans la lettre querellée, d'une mission de conseil et d'accompagnement. Il s'en déduit que la convention devait contenir a minima l'engagement de la société MCFA de fournir des informations loyales et de conseil.

S'agissant des obligations incombant à la société MCFA, aucun document ne vient attester d'une information exhaustive et loyale sur le bien fondé de l'investissement, sa raison stratégique et au regard de la gestion de haut bilan la conduisant à une telle option.

La société MCFA ne justifie pas d'une lettre de mission, d'une étude d'adéquation, de document d'information sur le FIAR, qui pourtant constitue un produit financier risqué.

Aucune explication n'est fournie sur le fait que le FIAR retenait une commission de 2, 5 % à concurrence de 150 000 000 d'euros tandis que le rendement financier n'était que de 0, 5% soit de 852 000 euros.

En septembre 2017, l'expert comptable Exco émettait des doutes sur l'opportunité de la création du FIAR en indiquant que la notion juridique de fonds patrimonial dédié n'était pas définie. Le projet ne donnait aucune information sur l'encaisse de sécurité nécessaire au fonctionnement de la fondation. Ces alertes sont restées lettre morte.

De plus, la pertinence du projet reposait sur un projet de donation qui n'était pas étayé, le tribunal relevant que le cabinet comptable Exco indiquait à ce sujet que :' un projet de donation, non documenté, une identité de donateur non complètement définie (...).'

Cette donation s'avérait être le fruit d'une tentative d'escroquerie montée par l'ancien directeur général de la fondation, M. [M]. Le caractère illusoire de la donation a été confirmé par la suite. Il est enfin établi que la société MCFA ne s'était pas assurée de l'approbation de l'opération par l'autorité administrative de tutelle.

La société MCFA oppose que tout le travail avait été effectué par un collège d'expert désigné par la fondation, mais là encore, cette affirmation n'est étayée par aucun document,attestant de réunions préparatoires et surtout, l'indépendance des membres du collège n'est pas démontrée. Il est établi au contraire que des membres du collège, dont messieurs [B], [M] et [O], représentant la société MCFA, entretenaient des relations d'affaires habituelles. Par ailleurs, le collège d'experts ne s'était aucunement préoccupé de vérifier l'existence des fonds dont la société MCFA attendait le versement.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, il est indéniable que la société MCFA a failli à sa mission de conseil et qu'elle a agi pour le moins déloyalement à l'égard de son client.

Ces agissements peuvent être qualifiés de réticences dolosives dans la mesure où il est établi que la société MCFA a incité la fondation [4] à souscrire des emprunts en lui dissimulant des informations essentielles et qu'elle a obtenu son consentement par des manoeuvres et des mensonges intentionnels, de sorte que la fondation Saint- Martin est fondée à voir prononcer la nullité de la convention, en application de l'article 1137 du code civil.

Il suit de la solution que les demandes de la société MCFA seront rejetées et que le jugement déféré sera confirmé en

toutes ses dispositions.

La société MCFA, partie perdante, au sens de l'article 696 du code de procédure civile, sera condamnée aux dépens.

Il paraît équitable d'allouer à la fondation [4] la somme de 10 000 euros au titre des frais irrépétibles qui ont été exposés.

PAR CES MOTIFS

La cour,

CONFIRME le jugement déféré en toutes ses dispositions ;

Y ajoutant ,

REJETTE toutes les demandes de la société Mutual Colors Financial Advisor (MCFA)

CONDAMNE la société Mutual Colors Financial Advisor à payer à la fondation [4] la somme 10 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

CONDAMNE la société Mutual Colors Financial Advisor aux dépens.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

S.MOLLÉ E.LOOS