

Arrêt N°193/16 – II-CIV.

Arrêt civil.

Audience publique du vingt-et-un décembre deux mille seize.

Numéro 41086 du registre.

Composition:

Gilbert HOFFMANN, premier conseiller, président ;
Karin GUILLAUME, premier conseiller;
Marie-Paule BILDORFF, conseiller, et
Chris ANTONY, greffier assumé.

E n t r e :

- 1.) **A**, veuve de G, avocat honoraire, demeurant à L-(...),
- 2.) **B**, épouse F, sans profession, demeurant à D- (...),
- 3.) **C**, juriste-économiste, demeurant à L- (...),

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg en date du 6 mars 2014,

comparant par Maître Yves PRUSSEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

- 1.) **D**, demeurant à L-(...),
- 2.) **E**, demeurant à L- (...),

intimés aux fins du susdit exploit SCHAAL,

comparant par Maître Gaston VOGEL, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

LA COUR D'APPEL:

Par exploit d'huissier du 14.08.2012, A, veuve de G, B et C ont régulièrement fait donner assignation à D et E à comparaître devant le Tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg ,siégeant en matière civile, pour s'entendre condamner solidairement, sinon in solidum, à leur payer, à raison d'un tiers par demandeur, un montant de 515.000 EUR, correspondant au prix de souscription payé par feu G pour la souscription de 50 parts de la Soc.1 LTD avec les intérêts au taux légal à partir du 13.06.2008, jour du paiement du prix de souscription jusqu'à solde.

Au soutien de leurs prétentions, les parties requérantes exposaient :

- qu'en date du 21.03.2008, feu G avait acquis 50 parts de la catégorie C de la Soc.1 LTD pour un prix de souscription total de 525.000 EUR, comprenant une commission de placement de 25.000 EUR en faveur des assignés D et E, tous deux promoteurs, distributeurs de parts et administrateurs de ladite société ;
- que ce placement avait été effectué par les assignés moyennant un prospectus qualifié de « Offering Memorandum » et un document publicitaire contenant un « Term Sheet » ;
- que ces documents décrivaient le rôle des assignés comme celui d'administrateurs (directors) de Soc.1 LTD, société constituée aux Îles Vierges Britanniques, et affirmait que l'objet de la société serait d'investir dans des immeubles à Dubai et que la gestion serait surveillée par la Soc.2 en qualité de banque dépositaire ;
- qu'après le décès de G, en date du 15.12.2008, la famille n'avait plus eu de nouvelles de cet investissement et avait tenté d'obtenir des renseignements complémentaires sur cette société, et qu'il se serait avéré que l'intégralité de l'argent investi a été perdue.

Les parties requérantes faisaient valoir que tant le prospectus que le document publicitaire contenaient des affirmations fausses sur la société, les parties intervenantes et la politique d'investissement à mettre en œuvre, qui ont induit les investisseurs en erreur sur la sécurité de leur placement.

Ainsi, la gestion du fonds ne se faisait pas à partir de son administration centrale aux Îles Vierges Britanniques, mais à partir du Luxembourg par les assignés, la Soc.2 aurait faussement été indiquée comme banque dépositaire, que les documents se référaient à un listing auprès Soc.3 qui n'existe pas, et que la politique d'investissement était faussement qualifiée de prudente.

Suivant le prospectus, les investissements devaient se faire dans l'immobilier résidentiel, commercial « *to maximise total return, being rental income plus capital appreciation* », alors qu'il résulterait des aveux faits à certains investisseurs que les assignés se sont livrés à des paris sur des contrats de construction avec effet levier multiple de la mise initiale plutôt que d'investir dans le pierre, comme cela ressortirait dans le rapport fait à

l'occasion d'une réunion informelle des actionnaires en date du 26.11.2009.

Au vu de ces faits, les requérants recherchaient la responsabilité des assignés sur base du placement frauduleux des actions de classe C de Soc.1 LTD sur base contractuelle, sinon délictuelle.

Comme ils n'avaient aucun droit de placer des actions, et comme la révélation de la vérité aurait empêché la souscription de feu G, leur responsabilité serait engagée pour l'intégralité de la perte subie par ce dernier.

A, B et C invoquent à cet égard l'article 164 de la loi sur les sociétés commerciales de 1915, qui dispose que seront considérés coupables d'escroquerie et punis des peines pénales portées par le Code Pénal, ceux qui auront provoqué soit des souscriptions ou des versements, soit des achats d'actions, d'obligations ou d'autres titres de sociétés: [...] par la publication de noms de personnes désignées comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque, alors qu'ils savent ces désignations contraires à la vérité; par la publication de tous autres faits qu'ils savent être faux. », infraction qui bien que prescrite, n'engagerait pas moins la responsabilité de ses auteurs à l'égard de ceux qu'ils ont trompés.

Comme il s'agirait d'une société qui, au moment du placement des actions de classe C du Soc.1 LTD, était gérée et administrée à partir du Luxembourg, l'article 159 de la loi de 1915 devrait s'appliquer et la société serait à considérer comme luxembourgeoise. En conséquence, l'article 72 de la loi sur les organismes de placement collectif de 2002 serait d'application.

Les requérants font valoir que les assignés auraient dû demander l'inscription de Soc.1 LTD à la liste officielle des organismes de placement collectif et qu'à défaut de cette inscription, les actions de classe C n'auraient jamais dû être placées au Luxembourg.

Le placement sans agrément constitue lui aussi un délit correctionnel.

Les requérants estimaient encore que la responsabilité des assignés était engagée en raison des infractions continues à la loi sur les sociétés commerciales qui ont mis les actionnaires dans l'impossibilité d'exercer leurs droits.

Sous prétexte que le Soc.1 LTD serait établi aux Îles Vierges Britanniques, aucune assemblée n'aurait été convoquée pour rendre compte de la gestion et des comptes sociaux.

Comme la société était gérée à partir du Luxembourg, ces formalités auraient été prescrites par la loi sur les sociétés commerciales et le défaut de s'y conformer serait constitutif de plusieurs délits réprimés par les articles 163, alinéa 2, et 166, alinéa 2, de la loi modifiée de 1915.

Le défaut de rendre compte constituerait une faute civile et serait l'une des causes du préjudice dans la mesure où toute action collective des actionnaires a été rendue impossible.

Enfin, les requérants recherchaient la responsabilité des assignés en raison de leur gestion fautive. Ils faisaient valoir que, lorsque l'action collective est empêchée par des actes des administrateurs, les actionnaires sont habilités à poursuivre une action individuelle pour engager la responsabilité des administrateurs du chef de simples fautes de gestion, ici des fautes lourdes, puisqu'on serait en présence d'un abus de droit des administrateurs qui a été assimilé par la jurisprudence à un abus de majorité.

Les défendeurs résistaient à la demande en soulevant en ordre principal, l'incompétence territoriale du tribunal saisi, sur base d'une clause attributive de juridiction à la Cour suprême des Îles Vierges Britanniques, et contestaient les faits allégués par les parties adverses, ainsi que toute faute de leur part en relation causale avec le préjudice allégué. Pour autant que besoin, ils formulaient une offre de preuve par témoins, pour établir certains faits contestés par les demandeurs.

Le tribunal, après avoir rejeté le moyen d'incompétence territoriale, a, par jugement du 31.01.2014, déclaré la demande irrecevable dans le chef des requérants pour autant qu'elle était dirigée à l'encontre des assignés sur la base contractuelle en tant qu'administrateurs de Soc.1 LTD et recevable, mais non fondée, pour autant qu'elle était dirigée à l'encontre des assignés en tant qu'intermédiaires financiers.

Le tribunal a débouté les requérants de leur demande et les deux parties de leur demandes en allocation d'une indemnité de procédure.

Appel a régulièrement été relevé contre ce jugement par A, B et C en date du 06.03.2014.

Les appelants reprochent au jugement entrepris d'avoir retenu qu'on ne saurait reprocher aux intimés de ne pas avoir correctement informé les souscripteurs sur ce qu'ils allaient faire en qualité d'administrateurs et que les informations sur les risques étaient suffisantes, et d'avoir déclaré irrecevable l'action introduite en ordre subsidiaire contre les assignés en leur qualité d'administrateurs de Soc.1 LTD.

D et E ont relevé appel incident du jugement entrepris, en ce qu'il n'a pas fait droit à leur moyen d'incompétence tiré de l'existence d'une clause attributive de compétence figurant à l'article 5.4 du contrat, ni dit la demande irrecevable pour défaut de qualité dans leur chef, les demandeurs n'ayant d'autres qualités que d'être les directeurs d'une société Soc.1ALTD et n'ayant assumé aucune obligation personnelle à l'égard de feu G.

Ils font encore valoir que c'est à tort que ledit jugement aurait retenu dans leur chef la qualité d'agent de placement, et contestent avoir dispensé de fausses informations, réitérant leur offre de preuve tendant à établir la

véracité des affirmations du prospectus sur les points contestés par les requérants.

Ils reprochent au jugement entrepris d'avoir erronément fait application de la loi luxembourgeoise.

En ordre subsidiaire, ils concluent à la confirmation du jugement entrepris.

En tout état de cause, ils réclament une indemnité de procédure de 5.000 EUR pour l'instance d'appel.

Appréciation de la Cour

-Quant à la compétence des juridictions luxembourgeoises

Pas plus que le tribunal, la Cour n'a trouvé mention dans le prospectus d'une clause attributive de juridiction.

En tout état de cause, une telle disposition n'aurait vocation à s'appliquer qu'aux actions introduites par les actionnaires contre le Soc.1 LTD, or l'action des appelants est dirigée contre les deux intimés, personnes physiques, en leur qualité d'agents de placement, respectivement d'administrateurs du Fond.

C'est dès lors à juste titre, que le tribunal a écarté le moyen d'irrecevabilité tiré du fait que les intimés n'auraient pas contracté l'obligation personnelle envers le de cujus des appelants.

En l'espèce, la responsabilité des intimés est en effet recherchée, principalement en leur qualité d'agents de placement des parts du Fond de droit des Îles Vierges Britanniques, BVI Soc.1 LTD, et subsidiairement, en leur qualité d'administrateurs du Fond.

Pour ces deux qualités, ils sont susceptibles d'encourir des obligations à titre personnel envers les appelants.

C'est encore en vain que les intimés font plaider que feu G ne se serait jamais élevé contre les décisions d'investissement et aurait ainsi ratifié les décisions prises par le Fond, dès lors qu'il n'a pas été établi que feu G aurait été informé de la politique d'investissement effectivement menée par le Fond, ni qu'il aurait eu l'occasion de s'y opposer au cours d'une réunion ou assemblée d'investisseurs.

-Quant à la responsabilité des défendeurs en qualités d'agents de placement

Il résulte des pièces versées que D et E ont diffusé une invitation, destinée « aux souscripteurs et amis », à une conférence de présentation du Soc.1 se tenant à Luxembourg le 27.02.2008, dont l'objet était d'attirer des investisseurs pour investir dans l'immobilier à Dubai, et qu'ils y ont distribué un document publicitaire décrivant la stratégie du Fond ainsi qu'un « Term Sheet » mentionnant les caractéristiques de ce dernier.

Il est partant établi en cause que D et E ont offert les parts du Soc.1 LTD à la souscription.

Par ailleurs, ils ont reconnu dans leurs conclusions du 11.12.2014 que feu G a assisté à cette présentation, de sorte que leur intervention dans le cadre de la souscription des parts de ce dernier est établie.

La responsabilité encourue par les intimés en qualité d'agents de placement est cependant, par réformation du jugement entrepris, à qualifier de délictuelle, alors qu'il n'est pas établi que les frais de fonctionnement de 5% versés par feu G, aient été continués aux intimés.

La souscription litigieuse n'a dès lors pas pu faire naître de relation contractuelle entre feu G et les intimés, D et E.

Ayant offert les parts du Fond Soc.1 LTD à la souscription au Luxembourg, D et E sont soumis à la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales et, en particulier, à l'article 164 de cette loi qui sanctionne pénalement toute personne qui provoque des souscriptions ou des versements par des informations fausses, notamment sur les personnes désignées comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque, alors qu'elle sait que ces désignations sont contraires à la réalité.

Ces faits sont évidemment susceptibles d'engager en outre la responsabilité civile de leurs auteurs.

La responsabilité délictuelle des intimés, du fait de la diffusion de fausses informations, découle encore de leur qualité de « directors » du fond sur base de l'alinéa deux de « l'Offering Memorandum », lequel est de la teneur suivante :

“The directors of the Fund, whose name appear on page 8 accept responsibility for the information contained in this document. To the best of the knowledge and belief of the Director (who have taken all reasonable care to ensure that such is the case) the information contained herein is in accordance with the facts and does not omit anything likely to affect the importance of such information.”

Il est, par ailleurs, établi par les pièces versées en cause que le document, vantant les mérites du Soc.1 LTD, contient des affirmations fausses sur des points essentiels présentés comme arguments d'investissement dans le Fond, à savoir que le Fond serait une structure organisée et contrôlée par différents acteurs, comme les gérants, la banque dépositaire, l'administrateur et son auditeur.

Ainsi, le « Term Sheet » renseigne comme banque dépositaire la Soc.2 et comme auditeur la société Soc.4Ltd.

Or, il résulte de la pièce 12 de Maître Prussen qu'il n'avait jamais été question que la Soc.2 assume les fonctions de banque dépositaire, mais qu'elle tenait simplement les comptes bancaires pour compte du Fond.

De même, la Soc.5 dont il est fait état dans l'*Offering memorandum* sous la rubrique « *Banker* » et dont il est dit « *The Banker will provide banking and Custody service for the Fund's investments* » n'a jamais été banque dépositaire, mais n'a été, elle aussi, qu'un simple teneur de comptes.

Les intimés sont encore restés en défaut d'établir que la société Soc.4 aurait effectué la moindre prestation d'audit pour compte du Fond. Au contraire, ils soutiennent actuellement dans leurs conclusions du 28 août 2014, qu'un fond relevant des Îles Vierges Britanniques n'était pas soumis à une obligation d'audit en 2008. Cette affirmation rend d'autant plus surprenante la mention d'un contrôle des comptes par la société Soc.4 dans le prospectus du Fond.

Enfin, et surtout la stratégie du Fond, telle qu'elle a été décrite, ne correspond nullement à celle qui a été mise en œuvre.

La politique d'investissement est décrite dans le prospectus du Fond comme suit :

*"The fund will acquire a diversified portfolio of properties in the residential, retail, hotel, retail warehouse, office and industrial warehouse sector enabling shareholders to enjoy the attractive rental yields available in those markets as well as any future rental and capital value growth"**

"Soc.1 LTD seeks to achieve long term gains through investments in property projects"

ou encore à propos des investissements avec effet de levier :

« The Company has the power to borrow and /or otherwise leverage its investments and to borrow to enable it to redeem Investor Shares. Such borrowing and /or leverage will in aggregate (net of any cash and short-dated monetary instruments) not exceed 80 % of the net assets of the Company.

« Borrowing /or leverage will not exceed 80 % of the assets of the Company ».

Or, il se dégage des pièces versées qu'au lieu de servir à l'acquisition d'un portefeuille diversifié de propriétés immobilières, l'argent des investisseurs a été investi dans deux contrats de construction pour un multiple des fonds propres (cf. pièce 8 de Maître Prussen, coût total du projet : USD 28.219.178.-, montant disponible : USD 9.041.096.-), sans que le Fond ne dispose des ressources propres ou d'un emprunt pour financer le solde du projet.

Le Fond n'ayant pas été en mesure de financer les tranches échues, le contrat de construction a été résilié et le constructeur a gardé les acomptes perçus.

Il résulte, dès lors, des pièces versées, que la perte des avoirs investis est liée à la politique menée qui n'est en rien conforme à celle relativement prudente décrite dans le prospectus.

L'inexactitude des mentions essentielles du prospectus étant établie, il y a lieu de rejeter l'offre de preuve des parties intimées, d'ores et déjà contredite par les éléments du dossier.

C'est en vain que les intimés font plaider qu'il aurait appartenu à feu G de prendre des renseignements supplémentaires sur le Fond avant de s'engager.

L'obligation de s'informer qui pèse sur les investisseurs ne saurait en effet porter que sur les risques liés à leur investissement, mais on ne peut exiger d'eux qu'ils vérifient la véracité des mentions du prospectus ou des documents publicitaires.

De même, l'information dispensée aux souscripteurs sur les risques encourus en relation avec leurs investissements ne dispense pas les personnes offrant des titres à la souscription de leur obligation de diffuser des informations correspondant à la vérité.

En l'espèce, les intimés, qui sont également les « directors » du Fond, sont malvenus de soutenir qu'ils n'auraient pas été au fait de ces inexactitudes.

Il résulte, en effet, des pièces versées, relativement aux investissements réalisés, qu'ils ont eux-mêmes agi pour compte du Soc.1 .

Les documents versés par Maître Prussen ne mentionnent à aucun moment un « Investment manager Soc.1ALTD», société du Delaware, pourtant en charge de la gestion des actifs du Fond suivant les termes de l'« Offering Memorandum ».

On conçoit mal que les Directors après avoir créé le Fond et défini sa stratégie d'investissement auraient changé d'idée, une fois les souscriptions recueillies.

De même, D et E ne sauraient se prévaloir des dispositions mettant les investisseurs en garde contre l'existence de risque de perte de capital et soulignant l'absence de garantie des performances futures. Les dispositions destinées à souligner l'aléa lié à toutes opérations d'investissement ne sauraient autoriser les gestionnaires à se livrer à une politique hautement spéculative et distincte de celle annoncée.

Il se dégage de l'ensemble de ces constatations que les intimés ont engagé leur responsabilité délictuelle.

S'agissant du préjudice, il n'est pas contesté que l'argent investi par feu G a été entièrement perdu. Même si, d'après les pièces versées, le Soc.1 LTD existe toujours, il n'a pas été établi ni même allégué que les parts acquises par feu G auraient encore une quelconque valeur ou seraient susceptibles d'en retrouver une.

Le lien de causalité entre la faute des intimés et le préjudice subi est donné puisqu'on peut raisonnablement admettre qu'un investisseur, même moyennement prudent, ne risquerait pas sa mise dans une

entreprise hasardeuse consistant à investir dans des contrats de construction pour un multiple des avoirs disponibles, dans l'espoir de revendre ces contrats avant d'avoir à déboursier les fonds.

Par réformation du jugement entrepris, la demande est partant à déclarer fondée et les intimés sont à condamner, in solidum, à payer aux appelants le montant de 515.000 EUR.

Il échet encore d'allouer aux appelants une indemnité de procédure de 1.500 EUR, alors qu'il serait inéquitable de laisser à leur charge l'entièreté des frais exposés, non compris dans les dépens.

Ayant succombé à leur demande, les intimés sont à débouter de leur demande formulée sur base de l'article 240 du NCPC.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le magistrat de la mise en état entend en son rapport,

reçoit les appels principal et incident en la forme,

dit l'appel principal fondé,

dit l'appel incident non fondé,

réformant,

condamne D et E in solidum à payer à A, B et C le montant de 515.000 EUR, à raison d'un tiers par demandeur, avec les intérêts légaux à dater du 13 juin 2008 jusqu'à solde,

condamne D et E in solidum à payer à A, B et C une indemnité de procédure de 1.500 EUR,

déboute D et E de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne D et E in solidum aux frais et dépens des deux instances avec distraction au profit de Maître Yves PRUSSEN sur ses affirmations de droit.