Arrêt commercial

Audience publique du vingt-six janvier deux mille onze.

Numéros 32196 et 32272 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, président de chambre;
Annette GANTREL, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

I)

E n t r e :

la société anonyme AAA S.A., anciennement AAA1 S.A., plus anciennement AAA2 S.A., *établie et ayant son siège social à L-…. UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 24 novembre 2006,*

comparant par Maître Tom LOESCH, avocat à Luxembourg ;

e t

la société de droit des Iles Vierges Britanniques BBB, *représentée par son administrateur unique (Sole Director) actuellement en fonctions, établie et ayant son siège social à VVV, Iles Vierges Britanniques, dûment enregistrée sous le numéro ……. auprès du IBC,*

intimée *aux fins du prédit exploit THILL,*

comparant par Maître Gerry OSCH, avocat à Luxembourg ;

I I)

E n t r e :

la société anonyme AAA S.A., anciennement AAA1 S.A., plus anciennement AAA2 S.A., *établie et ayant son siège social à L-…. UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

demanderesse en intervention *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 30 janvier 2007,*

comparant par Maître Tom LOESCH, avocat à Luxembourg ;

e t

la société CCC, *société de droit des Iles Vierges Britanniques, dont le siège est établi à WWW, British Virgin Islands, dûment enregistrée sous le numéro ……. auprès du IBC, actuellement composée de DDD, EEE et FFF, administrateurs,*

défenderesse sur intervention *aux fins du prédit exploit THILL,*

comparant par Maître Marc ELVINGER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Revu l'arrêt rendu en cause le 2 décembre 2009 qui a ordonné à la société anonyme AAA1 de produire la plainte au pénal sur base de laquelle elle demande un sursis à statuer en l'autorisant de limiter la production à ce qui est nécessaire à l'instruction de sa demande de sursis.

Cette partie a informé la Cour que suite à une opération de scission par transfert d'une partie du patrimoine de l'ancienne AAA1 sans dissolution à une nouvelle société dénommée HHH S.A. et au changement subséquent de dénomination de AAA1 en AAA2 S.A., puis en AAA S.A., la société AAA S.A. est actuellement partie au litige. La Cour en prend acte et il en est tenu compte dans le présent arrêt.

Dans sa plainte la société AAA expose qu'une fondation de droit panaméen dénommée GGG a souscrit à trois fonds, à savoir CCC, avec notamment le compartiment CCC1, CCC2 et CCC3, que des *management companies* ont été créées pour CCC2 et CCC3, à savoir CCC4 et CCC5 ou CCC6 (pour CCC n'a pas été crée de *management company).* L'exposé de la société AAA renseigne d'autre part trois sociétés écran, à savoir BBB, JJJ et KKK S.A. et enfin la succursale luxembourgeoise de la société LLL International, employeur à l'époque des faits d'un certain MMM, et qui était le broker quasiment exclusif dans la réception et l'exécution des ordres d'achat/vente des titres faisant partie des portefeuilles CCC, CCC3 et probablement CCC2.

La plaignante soutient qu'il est acquis que les bénéficiaires économiques de la société KKK sont le dénommé MMM et un certain NNN, qu'il semble encore que les mêmes personnes seraient les bénéficiaires économiques de la société JJJ. Elle déclare actuellement ignorer l'identité du bénéficiaire économique final de BBB, croit toutefois pouvoir admettre en raison de la similarité des structures sociétaires mises en place, que ce sont également MMM et NNN.

La société AAA reproche aux dénommés OOO et PPP d'avoir abusé de leurs fonctions à la fois de responsables de la gestion journalière de la Banque et d'administrateurs des fonds et des *management companies* en mettant en place, probablement avec le concours d'autres personnes, des montages sociétaires et contractuels dans le but de dissimuler l'identité réelle des différents bénéficiaires de commissions injustement encaissées entre 2001 et 2003 au préjudice de la GGG, ainsi que de la Banque.

En ce qui concerne le fonds CCC la société AAA, qui était par ailleurs banque dépositaire, ainsi qu'agent administratif, payeur et de transfert du fonds, fait valoir que le 5 février 2001 a été conclu entre elle et la société CCC un *Investment Management Agreement* lequel a été amendé le 15 juin 2001 expressément pour le compartiment CCC1, le seul intéressé par le présent litige, que le 18 juin 2001 a été conclu entre la Banque, sous la signature de OOO et d'un certain QQQ, et la société BBB un *Sub-Investment Management Agreement* en vertu duquel la Banque a délégué à BBB la gestion des avoirs de CCC aux mêmes conditions de rémunération tout en restant cependant responsable vis-à-vis de CCC sur base de l'*Investment Management Agreement.* Elle invoque d'autre part une lettre du même 18 juin 2001 à l'adresse de BBB, signée pour la Banque par OOO et PPP, dans laquelle, par référence aux entrevues entre parties et au *Sub-Investment Management Agreement* concernant CCC1, il est dit: *"Our Bank will retrocede to your Company 50% (fifty) of all brokerage fees, over EUR 100 per transaction, charged by the Bank on the investment transactions".*

La société AAA soutient qu'en réalité les décisions d'investissement concernant le fonds CCC n'ont pas été prises par BBB, ni d'ailleurs par

la Banque, mais par la GGG elle-même à travers ses représentants en les personnes de RRR et SSS. Elle en déduit que tant le *Sub Investment Management Agreement* que la lettre de rétrocession de commissions du 18 juin 2001 sont les éléments d'un abus de bien sociaux ainsi que d'un abus de confiance commis par les dénommés OOO et PPP et qui doit entraîner la nullité de ces actes pour défaut de cause.

Dans la plainte de la société AAA, du moins dans la partie non occultée, il n'est pas question d'une deuxième lettre de rétrocession de commissions à l'adresse de BBB, portant la date du 5 novembre 2001 et les mêmes signatures, laquelle ne fait plus référence au *Sub Investments Management Agreement* tout en portant à 66,6% le pourcentage des rétrocessions de commissions promises à BBB. C'est uniquement sur cette dernière lettre que la société BBB base sa demande, après avoir en première instance renoncé au *Sub Investment Management Agreement* également invoqué à l'appui de la demande.

La société BBB s'oppose au sursis demandé par AAA. Elle fait valoir que les affirmations de AAA concernant le caractère suspect des montages reprochés aux dénommés OOO et PPP ne changent rien à son droit de créance renseigné dans la lettre de rétrocession du 5 novembre 2001 qui se suffit à elle-même.

Elle soutient d'autre part que la gestion du fonds par ses soins se trouve d'ores et déjà établie tant par les attestations testimoniales versées que par un aveu fait devant les juridictions israéliennes par RRR et SSS dans le cadre d'une affaire intentée par les sociétés CCC5 et CCC4 contre un certain nombre de défendeurs, dont RRR et SSS, ainsi que les fonds CCC3 et CCC2.

Par un jugement du 23 novembre 2008 le tribunal de grande instance de Jérusalem valide un accord amiable intervenu entre les demanderesses et les défendeurs RRR et SSS. Dans cet accord SSS déclare savoir qu'au cours des années 2001 à 2003 les sociétés demanderesses et/ou MMM et NNN ont géré les placements des avoirs de CCC3 et de CCC2, ainsi que ceux d'une société dénommée CCC. RRR fait la même déclaration concernant la gestion des trois fonds pendant les années 2004 et 2005.

La société AAA fait valoir que la déclaration de NNN ne concorde pas avec le contenu d'un courrier du 27 janvier 2005 émanant de TTT, dépositaire du fonds CCC2, dans lequel il est dit qu'à partir du 28 janvier 2004 jusqu'au jour de l'envoi du courrier aucun acte de gestion n'a été réalisé sur le fonds en question.

S'il est vrai, ainsi que le soutient la société BBB, que ce courrier vise un fonds qui n'est pas concerné par la procédure actuellement pendante, il n'en demeure pas moins qu'il existe une certaine contradiction.

Les attestations testimoniales versées par la société BBB restent dans le vague, comme celle de III, respectivement ne coïncident pas avec les pièces versées, comme celle de ZZZ qui affirme que RRR "ne passait jamais d'ordre de bourse à la banque", alors que de tels ordres de bourse signés par RRR sont versés par la société AAA.

La société BBB verse de son côté un certain nombre de relevés d'ordres de gestion qui, selon la société AAA, ne constituent qu'une anonyme liste d'opérations, sans aucune paternité.

La question de la gestion effective du fonds CCC reste donc au demeurant ouverte. La société CCC a d'ailleurs, ainsi qu'elle en a informé la Cour par conclusions du 5 mai 2008, assigné la société AAA devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg en restitution de commissions prélevées par elle pour une prétendue gestion du fonds, laquelle n'aurait jamais été effectuée par AAA, ni par ailleurs par BBB, mais par des représentants des investisseurs.

Il est vrai que la demande de la société BBB procède uniquement de la lettre de rétrocession du 5 novembre 2001 qui, contrairement à celle du 18 juin 2001, ne se réfère plus au *Sub Investment Management Agreement*, et qui, selon BBB, se suffit donc à elle-même. La Cour se pose toutefois la question pour quelle raison les signataires de la lettre du 5 novembre 2001, soit OOO et PPP, ont pu juger indiqué de faire abstraction de la référence au *Sub Investment Management Agreement.*

La société BBB soutient que les faits invoqués dans la plainte de la société AAA ne diffèrent pas autrement de ceux ayant fait l'objet d'une plainte déposée en 2007 par les sociétés CCC3 et CCC2 contre les mêmes OOO et PPP et qui s'est soldée par un non lieu. Elle estime que la plainte actuelle ne saurait donc justifier un sursis à statuer.

Abstraction faite de ce que la Cour ne peut vérifier les affirmations de la société BBB, ne disposant pas de la plainte déposée en 2007, il ne lui appartient pas d'anticiper les décisions des juridictions répressives.

La Cour ne s'arrêtera pas à la discussion entre parties sur la provenance des sommes ayant servi à alimenter les fonds énumérés dans la plainte de la société AAA, une provenance même criminelle de ces sommes, telle qu'affirmée par la société BBB, n'ayant pas d'incidence sur la question de la gestion de ces fonds et n'étant par ailleurs pas de nature à justifier d'éventuels agissement répréhensibles qui ont pu entourer cette gestion.

Dans sa plainte la société AAA reproche encore à OOO et PPP d'avoir commis des faux et usages de faux en rapport avec les *voting shares* de CCC. S'il est vrai que la question des *voting shares* ne présente pas un intérêt direct pour la solution du litige soumis à la Cour,

il n'en demeure pas moins, ainsi que le fait valoir la société AAA, que les faits décrits à ce sujet dans la plainte peuvent s'inscrire dans une éventuelle tentative de mainmise générale sur le fonds et le paiement des commissions.

La Cour ne recherchera pas si les conditions d'une surséance obligatoire au sens de l'article 3 du code d'instruction criminelle sont remplies en l'espèce. Au vu de la plainte déposée par la société AAA et des pièces versées à son appui la Cour estime qu'il est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de surseoir à statuer en attendant l'issue de l'action publique déclenchée par la plainte.

La demande de la société AAA en révocation de l'ordonnance de clôture pour lui permettre de verser à l'appui de sa demande en surséance une autre plainte entretemps déposée au nom des sociétés CCC2 et CCC3 est devenue sans objet.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, en continuation de l'arrêt du 9 décembre 2009 et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

surseoit à statuer sur le présent appel jusqu'à ce qu'il ait été définitivement statué sur l'action publique intentée suite à la plainte déposée le 7 mai 2008 par la société anonyme AAA S.A.;

réserve les droits des parties et les frais.