Arrêt commercial

Audience publique du vingt-six janvier deux mille onze.

Numéros 32197 et 32271 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 panaméen BBB S.A., *établie et ayant son siège social à Panama, VVV, inscrite auprès du Directorate General of the Public Registry sous le numéro ……., représentée par son Administrateur-Président actuellement en fonctions,*

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 de droit des British Virgin Islands CCC, *établie et ayant son siège social à WWW (British Virgin Islands), immatriculée au registre des sociétés des British Virgin Islands sous le numéro ……., représentée par son conseil d'administration composé de DDD et EEE,*

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

comparant par Maître Patrick KINSCH, 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 FFF, III et CCC, que des *management companies* ont été créées pour III et CCC, à savoir III2 et CCC2 ou CCC3. L'exposé de la société AAA renseigne d'autre part trois sociétés écran, à savoir BBB, HHH et BBB S.A. et enfin la succursale luxembourgeoise de la société JJJ International, employeur à l'époque des faits d'un certain KKK, et qui était le broker quasiment exclusif dans la réception et l'exécution des ordres d'achat/vente des titres faisant partie des portefeuilles FFF, CCC et probablement GGG.

La plaignante soutient qu'il est acquis que les bénéficiaires économiques de la société BBB sont le dénommé KKK et un certain LLL, qu'il semble encore que les mêmes personnes seraient les bénéficiaires économiques de la société HHH. 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 KKK et LLL.

La société AAA reproche aux dénommés MMM et NNN 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.

Concernant le fonds CCC la société AAA expose que le 19 septembre 2001 a été créée une société de droit BVI dénommée III2, qu'il existe cependant un mystère quant à l'identité exacte de cette société, la Banque étant en possession d'un *Share Certificate* d'une société dénommée III2, alors que plusieurs contrats, portant la signature de MMM et de NNN, se réfèrent à une société CCC2 et que c'est encore au nom d'une société CCC2 qu'un compte a été ouvert dans les livres de la Banque par les mêmes MMM et NNN (la société CCC écrit dans ses conclusions du 30 janvier 2008 qu'une société de droit BVI CCC2 n'a jamais existé).

La société AAA, qui remplissait les fonctions d'agent administratif, payeur et de transfert, ainsi que de banque sous-dépositaire du fonds, fait valoir que le 4 septembre 2001, donc 15 jours avant la constitution de la société III2 est signé un *Investment Management Agreement* entre la société CCC et la société CCC2, que le contrat est signé pour les deux sociétés par MMM et NNN, que le 1er octobre 2001 est conclu entre la société CCC2, sous la signature des mêmes MMM et NNN, et la société BBB un *Sub-Investment Management Agreement* aux mêmes conditions de rémunération. La société AAA invoque d'autre part une lettre du 5 novembre 2001 à l'adresse de BBB, signee pour la Banque par MMM et de NNN, dans laquelle il est dit: *"Reference made*

to our different meetings, we are pleased to confirm that our Bank will retrocede to your Company 66.6% (2/3) of all brokerage fees, over EUR 100 per transaction, charged by the Bank on the different transactions concerning the CCC".

La société AAA soutient qu'en réalité les décisions d'investissement concernant le FFF n'ont pas été prises par BBB, mais par la GGG elle-même à travers ses représentants en les personnes de OOO et PPP. 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 MMM et NNN et qui doit entraîner la nullité de ces actes pour défaut de cause.

La société BBB s'oppose au sursis demandé par AAA. Elle soutient en premier lieu que cette plainte se heurte à l'adage *non bis in idem*, reposant sur des faits déjà invoqués dans une plainte déposée le 5 mars 2005 et qui fut toisée par une décision de non lieu, confirmée en appel.

Il résulte de ces décisions, versées en cause, que la plainte du 7 mars 2007 a été déposée non pas par la société AAA mais par les sociétés CCC et III, ainsi que leurs actionnaires respectifs. L'adage invoqué ne trouve donc pas application.

La société BBB fait ensuite valoir que les affirmations de AAA concernant le caractère suspect des montages reprochés aux dénommés MMM et NNN et sa contestation d'une gestion du fonds par BBB ne changent rien à son droit de créance renseigné dans la lettre de rétrocession du 5 novembre 2001 émanant de la Banque, qui est le seul instrument régissant les relations entre parties et justifiant la demande de BBB, ainsi que l'ont constaté les premiers juges.

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 OOO et PPP dans le cadre d'une affaire intentée par les sociétés III2 Company et III2 contre un certain nombre de défendeurs, dont OOO et PPP, ainsi que les fonds CCC et III.

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 OOO et PPP. Dans cet accord PPP déclare savoir qu'au cours des années 2001 à 2003 les sociétés demanderesses et/ou KKK et LLL ont géré les placements des avoirs de CCC et de III, ainsi que ceux d'une société dénommée FFF. OOO 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 LLL ne concorde pas avec le contenu d'un courrier du 27 janvier 2005 émanant de QQQ, dépositaire du fonds III, 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.

La société CCC verse une attestation testimoniale de OOO, datée du 2 mars 2006, dans laquelle celui-ci déclare que les relations entre le fonds et la Banque se sont déroulées sans aucun intermédiaire et qu'il n'a eu connaissance de l'existence d'une société BBB qu'en mai 2005.

Les attestations testimoniales versées par la société BBB restent dans le vague, comme celle de RRR, respectivement ne coïncident pas avec les pièces versées, comme celle de SSS qui affirme que OOO "ne passait jamais d'ordre de bourse à la banque", alors que de tels ordres de bourse signés par OOO 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 30 janvier 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 ni par III2 Company, ni par BBB, mais par des représentants des investisseurs.

En ce qui concerne la promesse de rétrocession de commissions du 5 novembre 2001 sur laquelle la société BBB base sa demande, la société AAA verse parmi ses pièces une deuxième lettre de rétrocession de commissions datée du 1er octobre 2001, soit le jour de la signature du *Sub Investment Management Agreement* entre CCC2 et BBB. Dans cette lettre, dans laquelle est promis le même pourcentage de commissions, il est fait référence à ce *Sub Investment Management Agreement,* référence qui est omise dans la lettre du 5 novembre 2001. La Cour se demande pour quelle raison MMM et NNN, signataires des deux lettres, ont pu juger indiqué de rédiger la deuxième lettre pour y faire abstraction de cette référence.

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 de la plainte déposée en 2007 par les sociétés CCC et III contre les mêmes

MMM et NNN 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 MMM et NNN 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 III et CCC 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.