

Audience publique du 31 janvier deux mille dix-huit

Numéro 43056 du rôle.

Composition:

Astrid MAAS, président de chambre;
Marie-Laure MEYER, premier conseiller;
Yola SCHMIT, conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

1. P),

2. F),

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISE de Luxembourg en date du 20 novembre 2015,

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

e t :

W),

intimé aux fins du susdit exploit LISE du 20 novembre 2015,

comparant par Maître Charles KAUFHOLD, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Faits et rétroactes

Par exploit d'huissier de justice du 17 juin 2009, Maître W) a fait donner assignation à P) et à F) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière civile, pour s'entendre condamner solidairement sinon *in solidum*, principalement au paiement à la date du 3 septembre 2010 de la somme de 600.000 €, à majorer des intérêts légaux en cas de retard, sinon subsidiairement au paiement de la somme de 412.000 € avec les intérêts légaux à partir du 3 mars 2008, sinon à partir du jour de la mise en demeure, sinon à partir de la demande en justice jusqu'à solde. Il a de même réclamé le paiement d'une indemnité de procédure de 10.000 € et la condamnation des défendeurs aux frais et dépens de l'instance.

Il a exposé à l'appui de sa demande avoir participé en janvier et février 2008 à des soirées d'information organisées par P) et par F) dans les locaux de la Fiduciaire BDO réservées à un public d'épargnants susceptibles d'investir dans un projet immobilier « prometteur » à Dubaï.

Deux projets ont été présentés : un projet à rendement garanti visant la construction d'immeubles par un promoteur établi à Dubaï et garantissant un rendement de 50% sur deux ans et demi. Ce pourcentage était garanti aux investisseurs par P) et F), tout excédant devant revenir au promoteur.

Le deuxième projet consistait à acheter des appartements existants ou en construction sans garantie minimum ou maximum de rendement.

La commission d'entrée pour le premier projet était de 5% et celle pour le deuxième projet de 3%.

Le 3 mars 2008, Maître W) a souscrit au premier projet en donnant ordre à sa banque de virer le montant de 400.000 € augmenté de 5%, soit 420.000 € sur le compte LU11 0360 1401 4568 9900 auprès de la BANQUE X). Il a effectué ce virement au moyen du bulletin de souscription qui lui avait été remis par P) et F).

Maître W) s'attendait donc à ce que, deux ans et demi plus tard, soit le 3 septembre 2010, il serait crédité du montant de 600.000 € ainsi que promis par P) et F).

Cependant, en septembre 2008, P) lui aurait téléphoné pour l'informer que le premier projet n'avait pas été réalisé et que les avoirs avaient été investis dans un autre projet. Dans un courriel, il l'aurait informé que les frais de souscription avaient été réduits à 3% et que la différence lui serait remboursée, ce qui fut effectivement fait.

Maître W) a protesté contre cette façon de procéder.

Il est d'avis que si le projet dans lequel il avait investi, n'avait pas été réalisé, ses avoirs auraient dû lui être restitués et il a réclamé le remboursement des avoirs qu'il avait confiés à P) et à F).

Ceux-ci refusant sous de vains prétextes de lui restituer ses avoirs, il les a assignés et recherche leur responsabilité principalement sur la base contractuelle, sinon sur la base du mandat sinon sur la base du prêt et en dernier ordre de subsidiarité sur la base quasi-délictuelle.

P) et F) ont soulevé en première instance leur défaut de qualité à être assignés en faisant valoir que le 3 mars 2008 Maître W) a signé un bulletin de souscription de 400.000 € auprès de L) LIMITED de droit BVI dans la catégorie « fonds immobiliers » de type Private Mutual Fund selon la loi « The Mutual Funds Act no 6 » de 1996 de sorte qu'ils ne sauraient être mis en cause à titre personnel.

Ils ont soulevé ensuite l'incompétence territoriale, la société L) LIMITED ayant son siège social à Road Town, Tortola aux British Virgin Islands.

Maître W) a répliqué qu'il n'a jamais traité qu'avec P) et F). Afin d'appuyer ses griefs contre ceux-ci, il a versé une attestation de témoignage de K).

P) et F) ont réagi par le dépôt, le 2 juillet 2010, d'une plainte avec constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction en faisant valoir que le contenu de cette attestation serait inventée de toutes pièces et qu'elle serait fausse.

Ils ont demandé au tribunal de surseoir à statuer en attendant l'issue de l'instance pénale.

Par jugement du 8 juin 2011, le tribunal a ordonné la surséance.

Par conclusions du 31 août 2011, Maître W) a déclaré vouloir retirer l'attestation testimoniale et il a demandé au tribunal de lever la surséance.

Par jugement du 21 décembre 2011, le tribunal a décidé de maintenir la surséance.

Par conclusions du 29 mai 2015, Maître W) a fait valoir que son action était restée bloquée pendant près de cinq ans par une instance pénale qu'il qualifie de dilatoire. Il a sollicité une réappréciation de la surséance dans le sens de sa levée en invoquant son droit à voir juger son affaire dans un délai raisonnable et en faisant valoir que l'attestation litigieuse n'aurait de toute façon aucune influence sur l'issue du litige.

Par jugement du 2 octobre 2015, le tribunal a levé la surséance.

Il a déclaré la demande non fondée sur la base contractuelle en tous ses chefs, mais l'a déclarée fondée sur la base délictuelle et il a condamné P) et F) *in solidum* au paiement de la somme de 412.000 € avec les intérêts légaux à partir du 3 mars 2008 jusqu'à solde ainsi qu'au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000 €.

Contre ce jugement, leur signifié le 30 octobre 2015, P) et F) ont régulièrement interjeté appel par exploit d'huissier de justice du 20 novembre 2015, demandant principalement à la Cour d'annuler le jugement du 2 octobre 2015 pour défaut de réponse à moyens, sinon subsidiairement, par réformation, dire qu'il y a lieu à maintien de la surséance à statuer, sinon dire le tribunal saisi territorialement incompétent, sinon déclarer la demande irrecevable sinon non fondée et les décharger de toutes condamnations, sinon tout à fait subsidiairement, réduire le préjudice à de plus justes proportions et en tout état de cause les décharger de la condamnation fondée sur l'article 240 du NCPC. Ils demandent une indemnité de procédure de 2.500 € pour l'instance d'appel.

Maître W) demande le rejet de l'appel et la confirmation du jugement attaqué sauf qu'il demande, par réformation, une indemnité de procédure de 2.500 € pour la première instance. Il demande de même une indemnité de procédure de 5.000 € pour l'instance d'appel.

Quant à la demande en annulation du jugement

P) et F) concluent en ordre principal à l'annulation du jugement entrepris pour défaut de réponse à des conclusions essentielles, au motif que les premiers juges auraient omis de se prononcer sur leurs moyens tirés du défaut de qualité dans leur chef, sur l'incompétence territoriale de la juridiction luxembourgeoise et sur l'acceptation des risques par Maître W).

L'omission de statuer par un tribunal de première instance est réparée par la réformation de la décision incomplète (Cour, 27 octobre 1999, Pas. 31, page 222).

Il n'y a donc pas lieu à annulation du jugement entrepris.

La Cour retient d'emblée que c'est à tort que P) et F) reprochent au tribunal de ne pas s'être exprimé sur le moyen de l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises pour connaître de la demande au motif que L) LIMITED serait domicilié aux British Virgin Islands. N'étant pas saisi d'une demande contre le fonds, Maître W) n'agissant que contre P) et F), le tribunal n'avait en effet pas à examiner le moyen de l'incompétence territoriale qui ne visait que le fonds.

P) et F) étant domiciliés au Luxembourg, les juridictions luxembourgeoises sont compétentes pour connaître de la demande.

Quant au maintien de la surséance

P) et F) demandent à la Cour de réformer le jugement et de dire qu'il y a lieu à maintien de la surséance dans l'attente qu'il soit statué sur le mérite de leur plainte avec constitution de partie civile déposée le 2 juillet 2010 contre K).

Par jugement du 8 juin 2011, le tribunal a dit qu'il y a lieu à surséance dans l'attente de l'issue de l'instance pénale en cours.

Par la suite, Maître W) a demandé acte qu'il retire des débats l'attestation de K) et il a demandé au tribunal de dire qu'il n'y a plus lieu à surséance. P) et F) se sont opposés en faisant valoir que l'attestation testimoniale ne pouvait, à ce stade, plus être retirée.

Le tribunal les a suivis dans leur argumentation et a dit que l'attestation, dont il avait cité le contenu *in extenso* dans son jugement du 8 juin 2011, était entrée dans les débats et ne saurait en ressortir à l'initiative de Maître W) par une renonciation à s'en prévaloir. Le tribunal a encore dit qu'il était dans l'intérêt de la manifestation de la vérité de connaître l'issue de l'instance pénale sur une attestation pouvant avoir une incidence sur la solution du litige et il a décidé de maintenir la surséance.

En 2015, Maître W) a demandé une réappréciation de la surséance dans le sens de la levée en faisant valoir que son action est bloquée depuis près de cinq ans par une instance pénale qu'il qualifie de dilatoire et en invoquant son droit à voir juger son affaire dans un délai raisonnable.

Par jugement du 2 octobre 2015, le tribunal a levé la surséance tout en écartant des débats l'attestation de K).

Pour juger ainsi, les premiers juges se sont basés sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui dispose que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable. Ils ont constaté que l'instance pénale n'a pas connu d'issue, ni même un quelconque progrès notable depuis le dépôt de la plainte le 2 juillet 2010, un courrier du 20 avril 2015 du juge d'instruction en charge indiquant qu'il était toujours en attente des résultats de sa commission rogatoire internationale adressée aux Emirats Arabes Unis (EAU) en date du 29 octobre 2013. Ils ont jugé qu'il y avait lieu de faire primer le droit de Maître W) à obtenir une décision sur la demande dont il avait saisi le tribunal.

P) et F) critiquent cette décision en faisant valoir que tous les arguments invoqués par les juges pour ordonner la surséance et pour la maintenir par la suite continuent toujours d'exister. La référence à l'article 6 de la CEDH ne les convainc pas. Loin d'assurer une juste application de l'article 6 de la CEDH, la décision entreprise violerait cette disposition qui, au-delà du délai raisonnable, garantirait, à chaque justiciable, le droit à un procès équitable.

Or, les chances de prouver que Maître W) présente des faits faux auraient tout simplement être retirées à P) et F) et la recherche de la vérité, objectif pourtant rappelé par un jugement antérieur, aurait été sacrifiée, de sorte qu'aucun procès équitable ne serait plus assuré en cause.

C'est à juste titre, et sans se contredire, que les juges de première instance ont levé la surséance en retenant que Maître W) avait droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable tel que le prévoit l'article 6 de la CEDH.

Force est en effet de constater que même actuellement, soit plus de sept années après le dépôt de la plainte et plus de cinq années après le transmis de la commission rogatoire aux Emirats Arabes Unis (EAU), l'affaire pénale n'a pas progressé, un rappel adressé le 12 mai 2016 par le juge d'instruction aux Emirats Arabes Unis (EAU) étant resté sans suites. Il est dès lors à craindre que, faute d'exécution de la mesure d'instruction demandée, les juridictions pénales n'aient jamais à connaître de l'affaire.

Décider dans de pareilles circonstances à maintenir indéfiniment la surséance, favoriserait les manœuvres dilatoires alors qu'il suffirait de déposer une plainte avec constitution de partie civile contre son adversaire en arguant de fausse une pièce ou une attestation de témoignage pour bloquer une instance civile.

A cela s'ajoute qu'en l'espèce et afin de débloquent l'affaire, Maître W) renonce à se prévaloir du contenu de l'attestation de témoignage arguée de fausseté par P) et F).

P) et F) n'étaient d'ailleurs pas opposés à ce qu'il renonce à l'attestation de témoignage puisque dans leurs conclusions de première instance du 3 décembre 2010, donc postérieurement à leur plainte, leur mandataire écrit à la page 2 « si la partie de Me KAUFHOLD considère elle-même qu'il n'y a aucune interdépendance entre les affaires et qu'elle désire faire avancer les choses, il lui appartient de retirer cette pièce litigieuse des débats ; que la partie concluante demande acte que la partie adverse reconnaisse elle-même, si l'on suit son raisonnement à la lettre, que le résultat de la plainte, qu'il soit positif ou négatif, n'aura aucune influence sur la décision civile à venir ; que partant, la partie de Me KAUFHOLD n'a qu'à retirer cette pièce qui causerait, semble-t-il, des ralentissements considérables (...) ».

A la page 2 de ses conclusions de première instance du 1^{er} juillet 2010, le mandataire de P) et de F) avait déjà écrit que l'attestation testimoniale « n'est par ailleurs pas pertinente, alors qu'elle ne touche pas aux problèmes essentiels ».

Le juge civil peut trancher tout ou partie du litige dont il est saisi s'il est en mesure de le faire sans tenir compte de la pièce ou des faits qui font l'objet des poursuites pénales, si sa décision est justifiée par d'autres éléments que ceux concernés par l'action publique (JurisClasseur procédure pénale, Art. 4 à 5-1, Fasc. 20 n° 37 et les décisions y citées).

La Cour fera donc abstraction de l'attestation de témoignage pour se prononcer sur la demande de Maître W).

Le jugement est dès lors à confirmer en ce qu'il a ordonné la levée de la surséance.

Quant au fond

P) et F) sont actionnés sur « la base contractuelle, sinon sur base du mandat, sinon sur base du contrat de prêt, sinon encore plus subsidiairement sur la base délictuelle ».

Quant à la base contractuelle

biais du prospectus *Offering Memorandum*, de sorte qu'ils devaient réparer le préjudice subi de ce fait par Maître W), préjudice qui a été chiffré par le tribunal au montant de la mise initiale non récupérée, soit 412.000 €.

Les appelants critiquent la décision en donnant à considérer qu'aux termes-mêmes de l'*Offering Memorandum* (page 13, certain risks § 5) « The Company's portfolio of investments is subject to market fluctuations. There can be no assurance that appreciation will occur or that losses will not be realized and that the value of shares may be subject to volatile movements.

The Company is intended for professional and sophisticated investors who can afford the risks inherent in this type of investment including the loss of the entire amount invested. Past performance of the Underlying Assets cannot be considered as an indication of future results for the Company ».

Le même document stipulerait à la page 15: « In rendering services to the Fund, the Investment Manager shall exercise its best judgment and efforts on behalf of the Fund. The Fund agrees that to the fullest extent permitted under applicable law, the Investment Manager shall not be liable in damages or otherwise to the Fund for any act, omission or error in judgment, or for any loss suffered by the Fund, in connection with matters to which this agreement relates, if the Investment Manager acted in good faith and in a manner it reasonably believed to be within the scope of the Offering Memorandum. However the Investment Manager shall not be relieved of liability in respect of any claim, issue or matter arising out of its gross negligence or willful misconduct in the performance of its duties to the Fund ».

P) et F) s'emparent encore de la mention imprimée en caractères gras à la page 14 de l'*Offering Memorandum* stipulant THERE CAN BE NO ASSURANCES THAT THE L)LIMITED – C SHARE CLASS FUND WILL ACHIEVE ITS INVESTMENT OBJECTIVE.

Ils font valoir que Maître W) est avocat à la Cour, associé chez _____, qu'il dispose de 32 ans d'expérience, qu'il est spécialisé en droit des sociétés, économiste de formation dans un cabinet d'avocats qui revendiquerait : « La création de Fonds représente une part importante dans notre gamme complète de services de gestion d'investissement » et que l'*Offering Memorandum* prévoit en outre « If you are in any doubt about the contents of this Offering Memorandum, you should consult your stockbroker, bank manager, counsel and attorney, accountant or other financial advisor ».

Toute responsabilité en leur chef serait donc d'emblée exclue.

Par ailleurs, en apposant sa signature sous la mention du bulletin de souscription « Le soussigné déclare avoir pris connaissance du niveau élevé des risques inhérents à ce type de placement (...) » Maître W), pourvu des qualités ci-avant rappelées et qui feraient de lui une personne particulièrement avisée, aurait reconnu et accepté le degré élevé des risques inhérents à ce type de placement ce qui exonérerait P) et F) de toute responsabilité.

Maître W) pour sa part estime que les manquements de P) et F) au contenu de l'*Offering Memorandum* sont d'une gravité telle qu'ils engagent leur responsabilité délictuelle.

Les règles applicables

Il est un fait que Maître W) a contracté avec L) LIMITED de sorte qu'il convient en premier lieu de déterminer les règles applicables à une mise en œuvre de la responsabilité personnelle de P) et de F).

Sous cet aspect il faut d'abord examiner le rôle qu'ils jouent à l'intérieur de L)LIMITED.

Il découle du prospectus dit *Offering Memorandum* qui décrit le fonctionnement, la politique d'investissement et les objectifs poursuivis par L) LIMITED que P) et F) sont les directeurs du fonds et qu'en cette qualité ils sont « responsible for the overall management and control of the Fund » (page 11 du document).

Maître W) verse une farde de pièces desquelles il résulte que toute la correspondance entre parties s'est faite par échange d'e-mails entre lui-même et P) ainsi que F) (pièces 1 à 5, 13 et 19).

Dans une demande de crédit, ceux-ci se sont qualifiés eux-mêmes de respectivement *Director* et *General Manager* de L) LIMITED (pièce 12).

C'étaient encore eux qui avaient invité personnellement un public susceptible de s'intéresser aux investissements immobiliers à Dubaï pour la présentation du fonds dans les locaux de BDO le 27 février 2008 lors de laquelle, selon l'ordre du jour, P) devait introduire le sujet et F) devait présenter Dubaï et le développement de l'immobilier ainsi que le bilan et les performances de L) LIMITED et les stratégies d'avenir du fonds (pièce 10).

Il ne fait dès lors aucun doute que P) et F) sont bien les dirigeants de L) LIMITED et les forces motrices du projet immobilier « prometteur » à Dubaï.

L'action en responsabilité engagée par des tiers victimes des agissements des dirigeants est de nature délictuelle et relève des articles 1382 et 1383 du code civil (Georges Ravarani : La responsabilité civile des personnes privées et publiques, 3^e édition, n° 632).

Alors que, traditionnellement, la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers était appréciée de la même manière que celle encourue à l'égard de la société, un courant jurisprudentiel exige désormais non seulement une faute quelconque, celle du « bon père de famille », mais une faute personnelle, séparable ou détachable de ses fonctions. Par référence à la jurisprudence belge et française, il est désormais exigé que le dirigeant ait commis « des fautes d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales » reprenant ainsi la formule utilisée par la Cour de cassation française (Cass. fr. com. 10 février 2009, n° 07-20.445 : Bull.civ., IV, n° 21, R.T.D.C. 2009, p. 538 ; Cass. b. 7 novembre 1997 R.C.J.B. 1999, P.730 ; Revue pratique des sociétés 2005, mp.215 ; Cass.fr. com.,20 mai 2003. n° 99-17.092, Bull. civ., IV, n° 84, D.2003, p. 2623).

Ainsi, pour que la responsabilité personnelle du dirigeant soit engagée, « il faut un manquement à une obligation générale de prudence d'une certaine gravité ou à tout le moins volontaire et consciente et un dommage distinct de celui résultant de la mauvaise exécution de cette obligation » (L.BIHAIN, Responsabilité des dirigeants de sociétés à l'égard des tiers, J.T. belge, 2006, p.421 s.). Il en est ainsi « lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales » (observations P. JOURDAIN sub) arrêt précité du 20 mai 2003).

C'est aussi la solution adoptée par L) LIMITED dans la mesure où l'*Offering Memorandum* stipule à la page 15 : « However the Investment Manager shall not be relieved of liability in respect of any claim, issue or matter arising out of its gross negligence or willful misconduct in the performance of its duties to the Fund ».

Appréciation

Il convient dès lors d'apprécier si les éventuelles informations incorrectes fournies par P) et F) par le biais du prospectus *Offering Memorandum* voire l'éventuel non-respect par eux de ces informations constituent des fautes de nature que ci-avant précisée.

Au vu des éléments du dossier, il ne saurait plus être contesté que l'*Offering Memorandum* fût à la disposition des investisseurs potentiels lors de la réunion d'information du 27 février 2008.

Ainsi, Maître W) a-t-il apposé sa signature sur le bulletin de souscription sous la mention « *Le soussigné déclare avoir pris connaissance du contenu du prospectus et y donner son accord* ».

D'un autre côté, le mandataire de P) et de F) affirme lui-même dans ses conclusions de première instance du 19 février 2010 : « l'*Offering Memorandum* de L) LTD C SHARE CLASS fut préparé en janvier 2008 et était disponible lors de la présentation dans les locaux de BDO à laquelle assistait Maître WINANDY. Un *fact sheet* remis lors de cette présentation reprenait les conditions principales de L) LTD ».

Le fait que le prospectus porte la date du 1^{er} juin 2008 est irrelevant dans la mesure où P) et F) ont expliqué qu'il n'a été procédé à sa régularisation qu'au moment où le nombre de souscripteurs était connu.

La Cour juge d'ailleurs que la question de savoir si Maître W) a ou non connu jusque dans ses derniers détails l'*Offering Memorandum* au moment de souscrire au fonds n'est pas relevant, ce qui importe c'est de déterminer en quoi les garanties et promesses offertes par l'*Offering Memorandum* n'ont pas été respectées et en quoi P) et F) ont engagé leur responsabilité délictuelle du fait d'une éventuelle méconnaissance de ce document qui formait pourtant la base déterminante de la souscription au fonds.

L'*Offering Memorandum* stipule en première page: « The Directors of the Fund, whose names appear on page 8 (il s'agit en fait de la page 9), accept responsibility for the information contained in this document. To the best of knowledge and belief of the Directors (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 ».

Dans ses conclusions du 8 mars 2016, le mandataire de Maître W) a dressé la liste de tous les manquements qu'il reproche à P) et F).

La Cour ne reprend que les manquements qu'elle considère comme les plus graves et décisifs pour la solution du litige.

- l'absence de *custodian*

A la page 4 de l'*Offering Memorandum*, la Banque X) S.A. figure comme *custodian* c'est-à-dire comme banque dépositaire du fonds.

Dans le *fact sheet (Class C Shares)*, distribué lors de la présentation du projet, la BANQUE X) S.A. figure également comme banque dépositaire.

Cette information est fausse.

Dans son courrier du 9 novembre 2009 adressée à Maître Charles KAUFHOLD, la BANQUE X) écrit : « Nous nous référons à votre lettre du 14 septembre dernier concernant l'affaire opposant M. W) aux Messieurs P) et F) et relative à une souscription au fonds L) Limited (BVI). Nous avons reçu entretemps par vos soins un *Offering Memorandum* daté du 1^{er} juin 2008 dans lequel la Banque X) S.A. apparaît en tant que « Banker » et « Custodian ». Un tel document ne figurait pas dans nos dossiers et notre banque n'avait pas donné son accord pour y être publiée dans ces deux capacités et rôles. Nous avons demandé des explications aux Messieurs P) et F). Les explications fournies ne nous amènent pas à devoir conclure être ou avoir été désignée ou enregistrée en tant que banque dépositaire au sens conféré à ce rôle et terme par la législation luxembourgeoise ou étrangère (Iles Vierges Britanniques) relative aux organismes de placement commun. Nous faisons également parvenir une copie de ce courrier à la Commission de Surveillance du Secteur Financier ».

A la page 16 de l'*Offering Memorandum* il est affirmé: « The Custodian will provide principal brokerage services to the Fund under the terms of the agreements, dated 30th April 2007, entered into between the Fund and the Custodian. These services may include the provision to the Fund of margin financing, clearing, settlement, stock borrowing and foreign exchange facilities ».

Savoir que la BANQUE X) assume le rôle de banque dépositaire du fonds est de nature à inspirer confiance aux investisseurs potentiels.

Mentir délibérément à ce sujet et tromper les investisseurs potentiels est à qualifier de faute particulièrement grave.

- l'auditeur ou organe de révision

A la page 9 de l'*Offering Memorandum* figure comme *Auditors* la société Z) Ltd, société de révision internationale, de bonne réputation.

Cette information est reprise au *fact sheet*.

A la page 15 sous le titre *Administrator* il est dit : « Pursuant to the Administration Agreement, the Administrator provides services to the Fund (...) calculation of the net asset value, maintenance of accounting reports, preparation of financial statements for audit purposes and liaison with auditors ».

L'administrateur du fonds était ainsi tenu de tenir la comptabilité, d'établir les comptes annuels à des fins d'audit et d'assurer les liens avec le réviseur externe.

En septembre 2009, F) a déclaré que l'auditeur du fonds est A) AG.

Or, il découle des pages 4, 9 et 15 de l'*Offering Memorandum* que l'*Administrator* du fonds est également A) AG.

A) AG en sa qualité d'*administrator* assure donc la liaison avec l'auditeur A) AG et A) AG se contrôle donc soi-même, de sorte qu'il n'y a plus d'auditeur externe.

Cette façon d'agir ouvre la porte à tous les abus, plus aucun contrôle externe du fonds n'étant exercé.

- valuation report

A la page 23 de l'*Offering Memorandum* il est dit : « A valuation report will be issued to all Shareholders at the end of each calendar month and will state the Net Asset Value per Share and the number of Shares held by a Shareholder ».

Chaque investisseur aurait donc dû recevoir chaque mois depuis juillet 2008 un rapport individualisé concernant le nombre des actions qu'il détient ainsi que l'évaluation des titres à ce jour.

Selon les affirmations de Maître W), non contredites par P) et F), il n'a jamais vu un tel rapport d'évaluation ni sur une périodicité mensuelle, ni trimestrielle, ni annuelle et cela depuis fin juillet 2008 jusqu'à la fin de 2015 de sorte que la stipulation aurait été violée en tout six fois en 2008 et 12 fois au courant des années suivantes, soit au total 99 fois.

Ce manquement doit encore été considéré de particulièrement grave alors qu'il est impossible à l'investisseur de suivre l'évolution de sa mise.

- politique d'investissement et risques

Sous la rubrique *Investment Management* à la page 12 de l'*Offering Memorandum*, il est indiqué : « The Fund enables investors to spread their risk over a broad range of properties ».

A la même page sous *Investment Strategy* il est affirmé : « ... To invest in a diversified portfolio of mixed properties, worldwide, and more specifically in emerging regions like the United Arab Emirates ».

La même stratégie est reprise à la page 13 où sont abordés *Certain Risks* et où il est dit : « The directors have identified risk within the Company as falling into four areas : manager risk, market risk, strategy risk and event risk. Manager, market and strategy risk will be limited through the use of a diversified number of property holdings ».

Selon les promesses de l'*Offering Memorandum*, la politique d'investissement devait donc être celle d'une très grande diversification à la fois géographique (worldwide) et économique (mixed properties) donc dans différents types d'immeubles (résidentiel, bureau, shopping centers, hôtels etc.).

Il découle pourtant d'un document daté du 9 décembre 2009 établi suite à une réunion du 26 novembre 2009 des C-shareholders du Fonds qu' « en 2008, le 2^{ème} compartiment (C-Shares) de L) Limited a investi dans l'acquisition de deux étages de 7 appartements (14 appartements au total) dans un immeuble résidentiel appelé D1, en début de construction (fondations) à l'époque ».

Maître W) critique à juste titre que loin de procéder à une diversification, le fonds a procédé à une concentration extrême des investissements, tout le capital ayant été investi dans une seule catégorie d'immeubles, à savoir le résidentiel et au surplus dans un seul immeuble. Il donne encore à considérer que l'opération était d'autant plus risquée qu'au moment de l'achat de l'immeuble, celui-ci n'existait pas encore mais était en début de construction à l'époque. Ce risque s'est révélé réel alors qu'on lit dans le compte rendu de la réunion du 26 novembre 2009 : « puisque la construction de D1 avait pris un énorme retard ... ».

Ici encore, P) et F) ont trompé les attentes légitimes des investisseurs en n'investissant pas comme promis dans l'*Offering Memorandum*.

La Cour retient que les fausses informations voire les manquements ci-avant décrits de P) et de F) constituent des « fautes d'une particulière

gravité » et permettent de les retenir dans les liens de la responsabilité délictuelle.

La faute la plus grave consiste cependant dans le fait que les fonds investis par Maître W) n'ont pas été utilisés aux fins prévues.

Celui-ci avait expressément souscrit au premier projet visant la construction d'immeubles par un promoteur établi à Dubaï et garantissant un rendement de 50% sur deux ans et demi.

Or, suivant e-mail du 26 septembre 2008 adressé par P) à Maître W), il est dit : « Vous avez versé 422.000 €. Les frais de souscription ont été réduits à 3% ce qui fait dans votre cas 12.000 €. Donc on vous remboursera 10.000 € ».

Il devait s'avérer que le projet dans lequel Maître W) avait investi avait été abandonné au profit du deuxième projet consistant à acheter des appartements existants ou en construction sans garantie minimum ou maximum de rendement, dont les frais de souscription n'ont été que de 3%, d'où le remboursement de 10.000 €.

Maître W) n'a pas accepté cette façon de procéder et il a écrit le 13 novembre 2008 à P) qu'il souhaitait récupérer les fonds mis à disposition pour investir à Dubaï.

Il est revenu à charge dans un e-mail adressé le 24 novembre 2008 à P) dans lequel il écrit : « Sauf erreur de ma part, je ne crois pas avoir souscrit à ce fonds. J'ai souscrit à un projet qui ne s'est pas réalisé. Je vous demande donc de bien vouloir me repayer mes fonds ».

Le 8 janvier 2009, il lui a été répondu par F) : « Ech hun mer graad d'Ennerlaagen vun dem Fong erausgeholl an och aeren Bon de Souscription fond wou ech gesin hun dat dir am 2. Compartiment vum Fong (C-Shares) 400 k investiert hut. (...) Mir haaten all eisen Clienten enn Mee 2008 dei en bon de souscription ausgefellt hun informiert dat mir den Projet deem mir zu Letzebuerg am Februar présenteiert haaten aus diversen Grenn net geifen machen an hun hinnen proposeiert entweder hiert Geld remzekreien oder awer no genau dem nemlechten Modell an desem neien Compartiment ze loosen wie och schon data aalt Compartiment fonctionneiert huet. Et as keen vun den Clienten oofgesprong an mir hun also dei nemmelecht Stratégie bei den C-Shares Compartiment ferfollegt wei och schons data Joer fir drun mat dem B-Shares Compartiment. Situation économique as zu Dubaï net top wie iwerall soss op der Welt och ! (...) ».

Le 14 janvier 2009, P) a écrit un e-mail similaire à Maître W) dans lequel il confirme qu'ils avaient pris la décision de ne pas participer au projet immobilier qui avait été présenté à Luxembourg.

Il a soutenu que les souscripteurs avaient été informés et qu'ils auraient eu un temps de réflexion jusqu'au 30 juin 2008 pour solliciter le retour des fonds.

Maître W) conteste de la façon la plus formelle avoir été informé de l'abandon du projet et de l'investissement de ses fonds dans un autre projet.

P) et F) ne versent aucune pièce prouvant que Maître W) ait à un quelconque moment été informé du changement d'affectation de ses fonds, ni forcément que celui-ci ait été d'accord avec ce changement d'affectation.

Comme Maître W) avait expressément souscrit au premier projet qui lui garantissait un rendement de 50% sur deux ans et demi tandis que le deuxième projet était sans garantie minimum ou maximum de rendement, P) et F) n'étaient pas autorisés à affecter son investissement à l'autre projet sans en avoir pris son consentement ce qu'ils restent en défaut de prouver.

Il découle de l'ensemble des développements qui précèdent que P) et F) ont commis de façon consciente et délibérée une pluralité de fautes très graves de sorte qu'ils ont engagé leur responsabilité délictuelle. Il en découle qu'ils ont bien qualité pour se défendre dans la présente espèce.

Quant au moyen de l'acceptation des risques, c'est à tort que P) et F) font valoir, pour se délier de leur responsabilité, que Maître W) serait un homme « averti » du fait de ses qualifications professionnelles et que celui-ci aurait accepté en connaissance de cause les risques d'un tel investissement pour avoir signé la clause « Le soussigné déclare avoir pris connaissance du niveau élevé des risques inhérents à ce type de placement » et que par ailleurs l'*Offering Memorandum* préciserait à plusieurs endroits en caractères gras « THERE CAN BE NO ASSURANCES THAT THE L)LIMITED – C SHARE CLASS FUND WILL ACHIEVE ITS INVESTMENT OBJECTIVE ».

L'action de Maître W) ne constitue en effet pas une demande en responsabilité du fait de rendement espéré mais non accompli de son investissement.

Son action a pour seul et unique but de se faire rembourser sa mise pour avoir été délibérément trompé par les directeurs du fonds.

Dans un tel contexte, il ne saurait être question d'acceptation de risques.

En ce qui concerne le préjudice, Maître W) n'a pas interjeté appel incident contre le jugement en ce que sa demande principale, à savoir le paiement de la somme de 600.000 € a été rejetée. Il ne demande donc plus que le remboursement de sa mise initiale de 422.000 € diminuée du montant de 10.000 € qui lui a été remboursé du chef de frais de souscription, soit 412.000 €.

P) et F) concluent en ordre subsidiaire à une réduction du préjudice à de plus justes proportions.

Le préjudice subi par Maître W) équivalant à sa mise non récupérée de 412.000 €, il n'y a pas lieu à réduction du montant réclamé à de plus justes proportions.

Le lien de causalité entre les fautes commises et le préjudice subi ne fait en l'espèce pas de doute.

Il y a partant lieu à confirmation du jugement entrepris.

Les indemnités de procédure

Maître W) sollicite, par réformation, une indemnité de procédure de 2.500 € pour la première instance. Il interjette donc appel incident contre le jugement sur ce point. En première instance il avait sollicité une indemnité de procédure de 10.000 € et le tribunal lui avait alloué 1.000 € de ce chef.

Au vu de l'envergure de l'affaire, qui a donné lieu à trois jugements en première instance, la Cour décide de faire droit à la demande et de fixer à 2.500 € l'indemnité de procédure pour la première instance.

Au vue de l'issue du litige, il est encore inéquitable que Maître W) supporte seul l'intégralité des frais irrépétibles qu'il a dû exposer pour se défendre contre l'appel. Compte tenu de l'envergure du litige, sa demande en paiement d'une indemnité de procédure de 5.000 € pour l'instance d'appel est fondée.

P) et F) réclament une indemnité de procédure de 2.500 € pour l'instance d'appel. Ceux-ci restant, au vu de l'issue du litige, en défaut de justifier l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC, leur demande requiert un rejet.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le magistrat chargé de la mise en état entendu en son rapport oral,

reçoit les appel principal et incident en la forme ;

dit l'appel principal non fondé ;

dit l'appel incident fondé ;

réformant :

condamne P) et F) in solidum à payer à Maître W) une indemnité de procédure de 2.500 € pour la première instance ;

confirme pour le surplus le jugement du 2 octobre 2015 ;

dit la demande de P) et de F) basée sur l'article 240 du NCPC non fondée et en déboute ;

condamne P) et F) in solidum à payer à Maître W) une indemnité de procédure de 5.000 € pour l'instance d'appel ;

condamne P) et F) in solidum aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Charles KAUFHOLD, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.