

Audience publique du premier juin deux mille vingt-deux

Numéro CAL-2021-01138 du rôle.

Composition:

Thierry HOSCHEIT, président de chambre ;
Nadine WALCH, conseiller ;
Françoise SCHANEN, conseiller ;
André WEBER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme L., établie et ayant son siège social à L- (...), immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son liquidateur, Maître Christian STEINMETZ,

partie appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg en date du 23 novembre 2021 et d'un exploit de réassignation de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 15 décembre 2021,

comparant par Maître Donald VENKATAPEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1) la société anonyme D., établie et ayant son siège social à L-(...), immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie intimée aux fins du susdit exploit BIEL du 23 novembre 2021,

comparant par Maître Flavien CARBONE, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Raphaël COLLIN, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg,

2) l'établissement public de droit luxembourgeois COMMISSION DE SURVEILLANCE DU SECTEUR FINANCIER, établi à L-1150 Luxembourg, 283, route d'Arlon, immatriculé au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro J26, représenté par sa direction et/ou son directeur général et/ou ses directeurs actuellement en fonctions,

partie intimée aux fins du susdit exploit BIEL du 23 novembre 2021,

comparant par Maître Stéphane SUNNEN, avocat à la Cour, en remplacement de Maître Albert RODESCH, avocat à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg,

3) J., demeurant à L- (...),

partie intimée aux fins des susdits exploits BIEL du 23 novembre 2021 et du 15 décembre 2021,

ne comparant pas,

4) S., demeurant à L- (...),

partie intimée aux fins des susdits exploits BIEL du 23 novembre 2021 et du 15 décembre 2021,

comparant en personne.

LA COUR D'APPEL :

Saisi par le fonds d'investissement spécialisé revêtant la forme juridique d'une société d'investissement à capital variable constituée sous la forme d'une société anonyme L. (ci-après la société L.)

- d'une demande de production forcée de pièces dirigée contre la société anonyme D. (ci-après la société D.) basée en ordre principal sur l'article 933, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile, en ordre subsidiaire sur l'article 350 du même code et en ordre tout à fait subsidiaire sur l'article 932 alinéa 1^{er} du même code,

- d'une demande en intervention contre la Commission de Surveillance du Secteur financier (ci-après la CSSF) et
- d'une requête en intervention volontaire de J. et de S.,

un vice-président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en remplacement du président dudit tribunal, par ordonnance du 23 juillet 2021,

- a reçu la demande en la forme
- a ordonné la jonction des affaires inscrites sous les numéros TAL-2019-00071 et TAL-2019-01050 du rôle
- a déclaré la demande irrecevable pour autant que dirigée contre la CSSF
- a déclaré irrecevable la requête en intervention de J. et de S. en représentation de :

1. A.
2. B.
3. C.
4. E.
5. F.
6. G.
7. H.
8. K.
9. M.
10. N.
11. P.
12. Q.
13. R.
14. T.
15. la société V.

- s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande sur toutes les bases légales invoquées
- a débouté la société L. de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile
- a condamné la société L. à payer à la société D. une indemnité de procédure de 1.000,- euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile
- a laissé les frais et dépens de l'instance de référé à charge de la société L.
- a ordonné l'exécution provisoire de l'ordonnance nonobstant toute voie de recours et sans caution.

Pour statuer ainsi, le juge des référés a retenu en substance que

- J. et S. ne peuvent pas, au vu de l'article 935 du Nouveau Code de Procédure Civile, agir au nom des quinze personnes qu'ils entendent représenter
- la CSSF n'a pas à intervenir dans un litige opposant des intérêts privés
- suivant exploit d'huissier du 16 avril 2019, la société L. a assigné la société D. à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, pour voir condamner cette dernière, entre autres, à la production forcée des mêmes documents et pièces que ceux réclamés dans le cadre de l'instance en référé
- que selon les dispositions d'ordre public de l'article 212 du Nouveau Code de Procédure Civile, le juge de la mise en état est seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal, partant également à l'exclusion du juge des référés qui en est une émanation, pour connaître d'une demande formée postérieurement à sa désignation et tendant à voir instituer une mesure d'instruction trouvant en l'occurrence son expression dans la production de pièces
- en raison de la compétence exclusive du juge de la mise en état, le juge des référés doit se déclarer incompétent pour connaître de la demande et ce sur toutes les bases légales invoquées.

Par exploit d'huissier du 23 novembre 2021, la société L. a relevé appel de l'ordonnance du 23 juillet 2021, laquelle n'a, selon les informations des parties, pas fait l'objet d'une signification.

Par réformation de l'ordonnance entreprise, la société L. demande à la Cour de dire que c'est à tort que le juge des référés s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande dirigée à l'encontre de la société D. et elle sollicite la condamnation de la société D. à lui communiquer, endéans un délai de huit jours à partir de l'arrêt à intervenir, sous peine d'une astreinte non plafonnée de 10.000,- euros par jour de retard, les pièces énumérées au dispositif de l'acte d'appel et ce sur les mêmes bases légales que celles invoquées en première instance.

Elle reproche encore au premier juge d'avoir déclaré la demande en intervention dirigée contre la CSSF irrecevable et elle demande, par réformation de l'ordonnance entreprise, à déclarer le présent arrêt commun à la CSSF.

Elle requiert finalement la condamnation de la société D. au paiement d'une indemnité de procédure de 10.000,- euros pour la première instance et de 15.000,- euros pour les besoins de l'instance d'appel, ainsi que la condamnation de cette dernière aux frais et dépens des deux instances, avec distraction au profit de Maître Donald VENKATAPEN, affirmant en avoir fait l'avance. A l'audience des plaidoiries du 10 mai 2022, la société L. a augmenté ses demandes et a requis l'allocation d'une indemnité de procédure

de 20.000,- euros pour la première instance et de 30.000,- euros pour l'instance d'appel.

Par exploit d'huissier du 15 décembre 2021, la société L. a régulièrement fait réassigner J. et S. sur base de l'article 84 du Nouveau Code de Procédure Civile.

La société D. demande la confirmation de l'ordonnance entreprise.

Elle requiert la condamnation de la société L. au paiement d'une indemnité de procédure de 20.000,- euros pour la première instance et d'une indemnité de procédure du même montant pour les besoins de l'instance d'appel.

La CSSF demande la confirmation de l'ordonnance du 23 juillet 2021.

S. demande à ce qu'il soit fait droit aux prétentions de la société L..

Prétentions des parties

La société L.

La partie appelante reproche au premier juge d'avoir fait une application injustifiée de l'article 212 du Nouveau Code de Procédure Civile. Elle considère que l'introduction d'une assignation au fond postérieurement à la saisine du juge des référés ne ferait pas obstacle à la recevabilité d'une demande en référé. Dès lors, ce serait à la date de saisine du juge des référés qu'il faudrait se placer pour apprécier quelle juridiction serait compétente.

Eu égard au fait que le juge des référés aurait été saisi par assignation du 21 décembre 2018 et que l'assignation au fond n'aurait été introduite que par exploit d'huissier du 16 avril 2019, la nomination éventuelle d'un juge de la mise en état serait manifestement postérieure à la saisine du juge des référés.

La partie appelante en déduit que le juge des référés est compétent pour connaître de la demande de communication de pièces et ce sur toutes les bases légales invoquées.

La société L. demande à la Cour d'évoquer l'affaire et elle s'oppose au renvoi de l'affaire en première instance.

Quant au bien-fondé de sa demande, la société L. soutient avoir chargé la société D. de la gestion des actifs du Fonds et de ses compartiments suivant deux contrats intitulés « Alternative Investment Fund Management Agreement » signés en date des 17 décembre 2014 et 29 janvier 2016. En qualité de mandataire du Fonds, la société D. aurait été chargée de prendre des décisions d'investissement jusqu'au 19 février 2019, date de la résiliation

avec effet immédiat de son mandat. Depuis lors, le Fonds aurait été autogéré et se trouverait en état de liquidation depuis un jugement rendu le 5 mai 2022 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale.

Malgré d'itératives demandes, la société D. refuserait de communiquer les documents relatifs à la gestion du Fonds et elle n'aurait remis « que des documents partiels, de son choix, ne permettant pas de déterminer les actes de gestion réalisés par ses soins ».

Ainsi la communication de l'intégralité de la documentation dont disposerait la société D. serait indispensable

- pour comprendre la gestion opérée par cette dernière et de déterminer les circonstances ayant mené aux pertes d'actifs
- pour donner des explications détaillées aux investisseurs lésés
- pour mettre les documents utiles et pertinents à disposition du liquidateur et des juridictions saisies
- pour recouvrer les actifs dissipés.

La partie appelante soutient qu'en refusant de lui remettre la documentation concernant la gestion du Fonds, la société D. contreviendrait gravement à son obligation de rendre compte de sa gestion.

Or la communication des pièces sollicitées lui permettrait de rechercher la responsabilité de la société D. pour mauvaise exécution de son mandat de gestion.

La société D.

Quant à l'applicabilité de l'article 212 du Nouveau Code de Procédure Civile, la société D. expose que l'assignation au fond du 16 avril 2019 aurait été enrôlée devant la deuxième section du tribunal d'arrondissement de Luxembourg et qu'un échéancier aurait été communiqué le 30 mars 2021 aux litis-mandataires des parties, de sorte qu'il conviendrait d'admettre qu'un juge de la mise en état aurait été nommé au plus tard le 30 mars 2021.

Elle se réfère à un arrêt n°102/2019 rendu par la Cour de cassation aux termes duquel la juridiction de référé doit apprécier la réalité du trouble manifestement illicite à la date à laquelle elle statue.

En l'espèce, le juge des référés aurait statué postérieurement à la nomination du juge de la mise en état, de sorte que ce serait à bon droit qu'il se serait déclaré incompétent pour connaître de la demande.

La société D. s'oppose à une évocation de l'affaire au motif qu'elle serait alors privée du double degré de juridiction.

En ordre subsidiaire, la société D. soulève l'irrecevabilité de la demande pour défaut de motif légitime eu égard au fait qu'un litige au fond serait déjà pendant entre parties.

En ordre tout à fait subsidiaire, la société D. considère que la demande de la société L. est devenue sans objet au motif que l'intégralité de la documentation concernant la société L. et ses sous-fonds aurait été transmise au mandataire de la partie appelante en date des 12, 18, 25 et 28 mars 2019. Pour le surplus, la société L. ne disposerait pas de droit de communication des documents mais exclusivement d'un droit de consultation. Elle affirme que la société L. aurait fait usage de son droit de consultation en date du 24 janvier 2019.

En dernier ordre de subsidiarité, la société D. conteste le bien-fondé de la demande. Elle conteste que les conditions des articles 933, alinéa 1^{er}, sinon 350, sinon 932, alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure Civile soient réunies en l'espèce. Elle soutient que la demande de la société L. équivaudrait à une mesure d'investigation générale ou « fishing expedition » qui ne saurait en aucun cas être admise.

Elle conteste plus précisément que l'obligation de rendre compte prévue à l'article 1993 du Code civil puisse constituer la base légale à une demande de communication forcée de documents.

En ordre infiniment subsidiaire, elle demande de ne pas prononcer de condamnation sous peine d'astreinte, sinon de réduire l'astreinte journalière au montant de 1.000,- euros et de la plafonner au montant de 10.000,- euros.

La CSSF

La CSSF demande la confirmation de l'ordonnance entreprise au motif que ce serait à bon droit que le juge des référés a décidé qu'il s'agit en l'espèce d'un litige privé concernant deux personnes morales et le fait que les parties seraient supervisées par la CSSF n'importerait pas.

S.

S. demande à ce qu'il soit fait droit aux prétentions de la société L. et il se rallie à la position exprimée par la partie appelante.

Appréciation

Recevabilité de la demande dirigée contre la CSSF

Pour déclarer la demande irrecevable à l'encontre de la CSSF, le juge des référés s'est prononcé comme suit :

La CSSF est l'autorité de surveillance du secteur financier luxembourgeois, ses missions et son champ de compétence étant définis par la loi organique du 23 décembre 1998, telle qu'elle a été modifiée.

Au titre de l'article 2 de la loi précitée « La CSSF est l'autorité compétente pour la surveillance prudentielle des établissements de crédit, des PSF au sens de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, « des gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs agréés au titre de la loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs, » des organismes de placement collectif, des fonds de pension sous forme de sepcav ou d'assep, des organismes de titrisation agréés, des représentants-fiduciaires intervenant auprès d'un d'organisme de titrisation « , des SICAR ainsi que des établissements de paiement « et des établissements de monnaie électronique » au sens de la loi du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement».

L'article 41 de la loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés, dispose ce qui suit :

(1) L'autorité chargée d'exercer les attributions qui sont prévues par la présente loi est la CSSF.

(2) La CSSF exerce ces attributions exclusivement dans l'intérêt public.

(3) La CSSF veille à l'application, par les fonds d'investissement spécialisés relevant de la présente loi et par leurs dirigeants, des dispositions légales et conventionnelles applicables.

Dans la mesure où la CSSF exerce ses attributions dans le cadre de la loi de 2007 dans l'intérêt public, à l'exclusion de l'intérêt privé, elle n'est pas susceptible d'intervenir dans un procès opposant des intérêts privés, tel le cas en l'espèce, le présent litige ayant trait à la sauvegarde des intérêts d'un fonds d'investissement dans le cadre de l'action en responsabilité intentée contre le gestionnaire de ce fonds, en l'espèce la société ALTER DOMUS.

Conformément aux développements de la CSSF, l'article 46 de la loi ne justifie pas non plus la mise en intervention de la CSSF aux fins de déclaration d'ordonnance commune, suite à la décision de la CSSF du 3 juillet 2019 de retirer L. SA de la liste officielle.

En effet, aux termes de l'article 46 « La décision de la CSSF portant retrait de la liste prévue à l'article 43, paragraphe (1), d'un fonds d'investissement spécialisé visé par la présente loi entraîne de plein droit, à partir de sa notification au fonds d'investissement spécialisé concerné et à charge de celui-ci, jusqu'au jour où la décision sera devenue définitive, le

sursis à tout paiement par ce fonds d'investissement spécialisé et interdiction sous peine de nullité, de procéder à tous actes autres que conservatoires, sauf autorisation du commissaire de surveillance. La CSSF exerce de plein droit la fonction de commissaire de surveillance, à moins qu'à sa requête, le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale nomme un ou plusieurs commissaires de surveillance. La requête motivée, appuyée des documents justificatifs, est déposée à cet effet au greffe du tribunal dans l'arrondissement duquel le fonds d'investissement spécialisé a son siège (...). »

Par conséquent, suite au retrait de L. de la liste officielle, la CSSF exerce de plein droit la fonction de commissaire de surveillance.

Dans la mesure où toutefois la fonction de commissaire de surveillance ne constitue pas un mandat social, à l'instar du commissaire aux comptes ou réviseur d'entreprises, et qu'il ne résulte d'aucune disposition légale que l'article 46 a vocation à déroger au principe posé par l'article 41 de la loi de 2007, la CSSF n'est pas amenée à exercer une fonction au niveau même de la gestion de la société.

Il n'y a dès lors pas lieu à la mise en intervention de la CSSF de sorte que la demande est à déclarer irrecevable pour autant que dirigée à son égard.

Force est de constater que la société L. a certes relevé appel contre ce volet de la décision, mais elle n'a, ni dans son acte d'appel, ni dans sa note de plaidoiries du 10 mai 2022 portant sur 21 pages, développé en quoi la décision du juge des référés serait critiquée.

A défaut d'avoir formulé le moindre reproche, la Cour confirme l'ordonnance entreprise par adoption des motifs.

L'appel n'est dès lors pas fondé.

Compétence

Il est constant en cause que la société L. a saisi le juge des référés par assignation du 21 décembre 2018 et que la demande tend à une production forcée de pièces. L'affaire au fond a été introduite par exploit d'huissier du 16 avril 2019.

L'article 212 du Nouveau Code de Procédure Civile prévoit sous le point b) que lorsque la demande est présentée postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal pour ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction.

L'article en question peut être rapproché de l'article 771 du Nouveau Code de Procédure Civile français, tel qu'il était en vigueur jusqu'au 31 décembre 2019, de sorte qu'il convient de s'orienter à la solution que le droit français a donnée au conflit de compétence entre le juge des référés et le juge de la mise en état.

Dès la nomination d'un juge de la mise en état, et jusqu'à son dessaisissement, celui-ci est seul compétent pour prendre les mesures prévues par l'article 771 du Nouveau Code de Procédure Civile. Pour apprécier ce transfert de compétence, il faut rappeler que la recevabilité s'apprécie au jour de la saisine (Jacques VUITTON et Xavier VUITTON, Les référés, Litec, Editions du Juris-Classeur, édition 2003, n°737).

La référence faite par la société D. à l'arrêt n°102/2019 rendu par la Cour de cassation le 6 juin 2019 n'est pas pertinente pour la solution du présent litige, motif pris que la Cour de cassation s'est prononcée sur la question de savoir à quel moment la juridiction de référé doit se placer pour apprécier la réalité d'un trouble manifestement illicite.

Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent que le juge des référés est resté compétent pour connaître de la demande de la société L..

L'appel est dès lors fondé.

Par réformation de l'ordonnance entreprise, il y a lieu de dire que le juge des référés est compétent pour connaître de la demande et il convient de décharger la société L. de la condamnation au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000,- euros à la société D..

La réformation de la décision de première instance sur la question de la compétence n'opère pas dévolution du litige à la Cour.

L'article 597 du Nouveau Code de Procédure Civile dispose que lorsqu'il y aura appel d'un jugement avant dire droit, si le jugement est infirmé et que la matière soit disposée à recevoir une décision définitive, les cours et autres tribunaux d'appel pourront statuer en même temps sur le fond définitivement, par un seul et même jugement.

Il en sera de même dans le cas où les cours et autres tribunaux d'appel infirmeraient, soit pour vice de forme, soit pour toute autre cause, des jugements définitifs.

Comme en l'espèce la société D. s'oppose à l'évocation au motif qu'elle perdrait un degré de juridiction, la Cour n'entend pas faire usage de la faculté d'évocation.

Il convient dès lors de renvoyer l'affaire devant la juridiction de référé de première instance autrement composée.

Demandes accessoires

L'indemnité de procédure ne peut être allouée à la partie succombante. Pour le surplus, l'application de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cour de cassation 2 juillet 2015, Arrêt N° 60/15, JTL 2015, N° 42, page 166).

Les sociétés L. et D. n'établissent pas en quoi il serait inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à leur charge, de sorte qu'elles sont à débouter de leurs prétentions sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile, tant pour la première instance que pour l'instance d'appel.

Par exploit d'huissier du 15 décembre 2021, J. a été réassigné, de sorte qu'il y a lieu, en application de l'article 84 du Nouveau Code de Procédure Civile, de statuer contradictoirement à son égard.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel ;

le dit partiellement fondé ;

par réformation de l'ordonnance entreprise,

dit que le juge des référés est compétent pour connaître de la demande ;

renvoie l'affaire devant la juridiction des référés de première instance autrement composée ;

décharge la société L. de la condamnation au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000,- euros à la société anonyme D. ;

confirme l'ordonnance pour le surplus ;

déboute toutes les parties de leurs prétentions sur base de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile ;

condamne la société anonyme D. aux frais et dépens de l'instance.