Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Jugement civil n° 2025TALCH08/000**10**

Audience publique du mercredi, 15 janvier 2025.

Numéro du rôle : 180.304

Composition :

Sandra ALVES ROUSSADO, vice-présidente,
Hannes WESTENDORF, juge,
Karin SPITZ, juge,
Guy BONIFAS, greffier.

ENTRE

PERSONNE1.), sans état connu, demeurant à D-ADRESSE1.),

partie demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Laura GEIGER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg du 30 novembre 2015,

comparaissant par Maître Pierre REUTER, avocat, demeurant à Luxembourg,

ET

1) la société anonyme SOCIETE1.) S.A., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B NUMERO1.),

agissant comme ayant-cause de

la société anonyme SOCIETE2.) S.A., établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B NUMERO2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

2) la société anonyme de droit allemand SOCIETE3.) AG, Niederlassung Luxemburg, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce et

des sociétés de Luxembourg sous le n° B NUMERO3.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

anciennement SOCIETE4.) AG, Niederlassung Luxemburg, voire anciennement la société en commandite par actions de droit allemand SOCIETE4.) KGaA, Niederlassung Luxemburg, établie et ayant son siège social à D-ADRESSE3.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Frankfurt am Main sous le n° HRB NUMERO4.), représentée par son associé commandité,

parties défenderesses aux fins du prédit exploit GEIGER,

ayant comparu initialement par Maître Pierre ELVINGER, avocat, ensuite par la société ELVINGER HOSS PRUSSEN, représentée par Maître Pierre ELVINGER, avocat, et comparaissant actuellement par la société PERSONNE8.) S.A., représentée par Maître Marie SINNIGER, avocat, assistée par Maître Robert GOEREND, avocat, demeurant à Luxembourg.

LE TRIBUNAL

1. Objet du litige

Les 24 septembre et 6 novembre 2007, PERSONNE1.) a souscrit 161,666 parts pour une somme totale de 1.700.000.- euros dans un fonds d'investissement spécialisé SOCIETE12.) Spezial FIS ONE (SOCIETE6.)) (ci-après le « SOCIETE5.) ») qui est soumis à la loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissements spécialisés.

Ce fonds a été créé par la société anonyme SOCIETE2.) S.A. (ci-après « SOCIETE2.) ») devenue SOCIETE1.) S.A. (ci-après « SOCIETE1.) ») qui agissait aussi comme société de gestion du SOCIETE5.). SOCIETE4.) AG, Niederlassung Luxemburg (ci-après « SOCIETE4.) »), devenue SOCIETE3.) AG, Niederlassung Luxemburg (ci-après « SOCIETE3.) ») agissait comme banque dépositaire, agent de transfert et de tenue de registre.

PERSONNE1.) demande à être indemnisé de pertes subies en raison des prétendus agissements fautifs commis par SOCIETE1.) et SOCIETE3.).

2. Procédure

Par exploit d'huissier de justice du 30 novembre 2015, PERSONNE1.), comparaissant par Maître Pierre REUTER, a fait donner assignation à SOCIETE1.) et à SOCIETE3.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de ce siège.

Maître Pierre ELVINGER s'est constitué pour SOCIETE1.) et SOCIETE3.) en date du 15 décembre 2015.

L'affaire a été inscrite sous le numéroNUMERO5.) du rôle. Elle a été soumise à l'instruction de la 8e section.

Par constitution de nouvel avocat à la Cour du 18 janvier 2017, la société ELVINGER HOSS PRUSSEN, représentée par Maître Pierre ELVINGER, avocat, s'est constituée pour SOCIETE1.) et SOCIETE3.), en remplacement de Maître Pierre ELVINGER.

Par conclusions du 15 mars 2018, SOCIETE1.) et SOCIETE3.) déclarent que SOCIETE2.) a été absorbée par fusion avec SOCIETE1.) et que cette dernière poursuit l'instance en lieu et place de SOCIETE2.).

Par constitution de nouvel avocat à la Cour du 18 février 2019, la société PERSONNE8.) S.A., représentée par Maître Marie SINNIGER, avocat, s'est constituée pour SOCIETE1.) et SOCIETE3.), en remplacement de la société ELVINGER HOSS PRUSSEN, représentée par Maître Pierre ELVINGER, avocat.

L'instruction a été clôturée par ordonnance du 22 décembre 2021 et l'affaire a été renvoyée pour plaidoiries à l'audience du 23 mars 2022 pour prise en délibéré selon les modalités déterminées par la loi modifiée du 19 décembre 2020 portant adaptation temporaire de certaines modalités procédurales en matière civile et commerciale.

Les mandataires des parties ont été informés par la même ordonnance de la composition du tribunal. Ils ont sollicité à plaider oralement.

Maître Robert GOEREND, en remplacement de Maître Marie SINNIGER, et Maître Pierre REUTER ont été entendus en leurs plaidoiries lors de l'audience du 23 mars 2022 et ont procédé au dépôt de leurs fardes de procédure au greffe du Tribunal.

L'affaire a été prise en délibéré à l'audience du 23 mars 2022 par le président de chambre.

Par jugement n° 2022TALCH08/00103 du 8 juin 2022, le tribunal a dit irrecevable l'action de PERSONNE1.) à l'égard de la société anonyme de droit allemand SOCIETE4.) AG, Niederlassung Luxemburg, avant tout autre progrès en cause, a prononcé, en application de l'article 225 du Nouveau Code de Procédure civile, la révocation de l'ordonnance de clôture afin de permettre à PERSONNE1.) de prendre ponctuellement position sur la problématique soulevée dans la motivation du jugement, de prendre position sur la portée de ses courriers du 16 janvier 2014 et du 1er juin 2016 afin de déterminer l'étendue de ses pouvoirs et sa qualité à agir et d'adapter en conséquence ses moyens et prétentions, a sursis à statuer pour le surplus.

Sur ce, les parties ont conclu de part et d'autre.

Par constitution de nouvel avocat à la Cour du 22 septembre 2023, la société LUTHER S.A., représentée par Maître Robert GOEREND, avocat, s'est constitué pour SOCIETE1.) et SOCIETE3.), en remplacement de la société LUTHER S.A., représentée par Maître Marie SINNIGER, avocat.

Dans les conclusions de SOCIETE1.) et SOCIETE3.) du 7 février 2024, il apparaît que SOCIETE4.) est devenue SOCIETE3.).

L'instruction a été clôturée une seconde fois par ordonnance du 16 septembre 2024 et l'affaire a été renvoyée pour plaidoiries à l'audience du 27 novembre 2024. L'affaire a été prise en délibéré à cette audience.

3. Prétentions et moyens des parties

Afin de faciliter la lecture de ce jugement, le tribunal reprend ici les prétentions et moyens des parties antérieurs au jugement n° 2022TALCH08/00104 du 8 juin 2022.

3.1. PERSONNE1.)

Principalement, PERSONNE1.) demande à ce que SOCIETE1.) et SOCIETE3.) soient condamnés solidairement, sinon *in solidum*, sinon chacun pour sa part, sur la base de la responsabilité contractuelle à réparer les dommages subis en raison des décisions d'investissement non conformes au contrat et en raison des fausses informations.

Subsidiairement, PERSONNE1.) demande à ce que SOCIETE1.) et SOCIETE3.) soient condamnés solidairement, sinon *in solidum*, sinon chacun pour sa part, sur la base de la théorie du mandat apparent à réparer les dommages subis en raison des décisions d'investissement non conformes au contrat et en raison des fausses informations.

Plus subsidiairement, PERSONNE1.) demande à ce que SOCIETE1.) et SOCIETE3.) soient condamnés solidairement, sinon *in solidum*, sinon chacun pour sa part, sur la base de responsabilité délictuelle à réparer les dommages subis en raison des décisions d'investissement non conformes au contrat et en raison des fausses informations.

Il demande principalement à ce que SOCIETE1.) et SOCIETE3.) soient condamnés solidairement, sinon *in solidum*, sinon chacun pour sa part, à lui payer contre restitution des 161,666 parts du SOCIETE5.) la somme de 1.700.000.- euros avec les bénéfices perdus de 3% par année à partir du 6 novembre 2007 jusqu'à la signification (montant des bénéfices perdus actualisé à 708.390.- euros par conclusions du 4 janvier 2021), ou tout autre montant, même supérieur, reconnu par le tribunal ou une expertise, majoré des intérêts légaux en application des articles 12 et 15-1 de la loi modifiée du 18 avril 2004 à partir du 6 novembre 2007, date de la souscription, jusqu'à la signification de l'assignation, sinon à partir de la demande en justice, sinon à partir de la date du jugement, à chaque fois jusqu'à solde, sachant qu'il demande que le taux d'intérêt soit

automatiquement majoré de trois points à partir du troisième mois qui suit la date du jugement.

Il demande subsidiairement à ce que SOCIETE1.) et SOCIETE3.) soient condamnés solidairement, sinon *in solidum*, sinon chacun pour sa part, à lui payer en réparation de son dommage la somme de 1.206.272,036.- euros, ou tout autre montant, même supérieur, reconnu par le tribunal ou une expertise, majoré des intérêts légaux en application des articles 12 et 15-1 de la loi modifiée du 18 avril 2004 à partir du 20 août 2007, date de la souscription, sinon à partir de la demande en justice, sinon à partir de la date du jugement, à chaque fois jusqu'à solde, sachant qu'il demande que le taux d'intérêt soit automatiquement majoré de trois points à partir du troisième mois qui suit la date du jugement, et qu'il se réserve de majorer le montant de sa demande en cours de procédure et de demander la réparation des dommages subis à partir du 27 novembre 2015.

Il demande enfin à ce que SOCIETE1.) et SOCIETE3.) soient condamnés solidairement, sinon *in solidum*, sinon chacun pour sa part, à lui payer contre restitution des 161,666 parts du SOCIETE5.) des dommages-intérêts à hauteur d'un montant à déterminer, majoré des intérêts légaux en application des articles 12 et 15-1 de la loi modifiée du 18 avril 2004 à partir du 20 août 2007, date de la souscription, jusqu'à la signification de l'assignation, sinon à partir de la demande en justice, sinon à partir de la date du jugement, à chaque fois jusqu'à solde, sachant qu'il demande que le taux d'intérêt soit automatiquement majoré de trois points à partir du troisième mois qui suit la date du jugement.

Il demande en outre que SOCIETE1.) et SOCIETE3.) soient condamnés à lui payer une indemnité de procédure de 10.000.- euros (montant augmenté à 50.000.- euros par conclusions du 4 janvier 2021) sur le fondement de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et à payer tous les frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Pierre REUTER, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

Il demande enfin l'exécution provisoire du jugement nonobstant opposition ou appel et sans caution et de lui donner acte qu'il est prêt à donner caution si le tribunal estimait ceci nécessaire.

La société anonyme de droit allemand SOCIETE5.) AG (ci-après « SOCIETE5.) ») et PERSONNE2.) en leur fonction de conseiller en investissement auraient soumis des conseils d'investissement à SOCIETE1.) que cette dernière aurait suivi sans procéder à des vérifications ou investigations qui s'imposaient ce qui serait confirmé par le témoignage de PERSONNE2.). SOCIETE1.) n'aurait pas procédé aux contrôles qui s'imposaient en vertu de sa fonction de société de gestion et n'aurait pas pris les décisions d'investissements de manière indépendante, mais en suivant simplement les propositions de SOCIETE5.) et de PERSONNE2.), ce qui résulterait aussi du jugement du *Landgericht München* du 8 juillet 2017.

SOCIETE1.) aurait transmis tous les jours un état des avoirs (« Net-Asset-Value Liste ») à SOCIETE5.) et à PERSONNE2.).

SOCIETE1.) n'aurait donc, contrairement aux informations contenues dans le prospectus et le règlement administratif, pas pris des décisions d'investissement autonomes, mais aurait simplement repris les propositions du conseil en investissement sans contrôle et examen préalables. De fait, SOCIETE1.) n'aurait pas exercé son rôle de société de gestion et aurait ainsi violé ses obligations contractuelles et serait seule responsable des décisions d'investissement prises par SOCIETE5.) et PERSONNE2.) qui n'auraient été que conseiller en investissement.

Les arguments soulevés par SOCIETE1.) et SOCIETE3.) ne prouveraient d'ailleurs pas que SOCIETE1.) aurait effectivement, et avec le soin nécessaire, vérifié les propositions de SOCIETE5.) et PERSONNE2.). Selon le témoignage de PERSONNE2.), il n'y aurait jamais eu d'entrevues entre SOCIETE1.), d'une part, et SOCIETE5.) et PERSONNE2.), d'autre part.

SOCIETE1.) aurait aussi agi en violation de la politique d'investissement prévue par l'article 4 du prospectus et aurait ainsi engagé sa responsabilité résultant de l'inexécution de ses obligations ou de la mauvaise exécution de ses obligations. Il est précisé que dans le cadre d'un fonds d'investissement spécialisé, le réviseur d'entreprises n'aurait pas l'obligation de vérifier si la politique d'investissement avait été respectée.

Le portefeuille du fonds n'aurait pas été adapté à la finalité de l'évolution durable du patrimoine investi qui aurait été définie par le prospectus. Il ne se serait donc pas agi d'un fonds d'investissement hautement spéculatif. Or, le fonds aurait contenu des titres non côtés. Il y aurait eu de la spéculation basée sur des titres dérivés qui auraient eu une forte influence négative sur la valeur du fonds.

SOCIETE1.) et SOCIETE3.) admettraient même que la politique d'investissement et les limitations prévues n'auraient pas été respectées, mais tenteraient de justifier cela à l'aide d'arguments irréalistes.

Il résulterait aussi d'une expertise SOCIETE7.) que la finalité de la politique d'investissement définie par le prospectus, consistant en une augmentation constante et stable de la valeur (« *Anstreben möglichst kontinuierlicher Wertsteigerungen* » et « *Erwirtschaftung absoluter, möglichst schwankungsarmer Anlageergebnisse* ») n'aurait pas été respectée. La « *Turnover Rate* » du SOCIETE5.) serait en contradiction flagrante avec cette finalité.

Il résulterait aussi de la même expertise SOCIETE7.) que si la finalité de la politique d'investissement définie par le prospectus, consistant en une augmentation constante et stable de la valeur avait été respectée, la valeur du portefeuille du SOCIETE5.) aurait

augmenté de 41,67% au 20 octobre 2016, soit de 708.390.- euros, soit une valeur totale du portefeuille de 2.408.390.- euros.

Il n'y aurait pas eu la moindre raison de ne pas respecter ces limitations, et leur respect par la société de gestion correspondrait à une obligation légale au sens de la loi du 13 février 2007.

PERSONNE1.) demande de faire acter qu'il n'aurait jamais été d'accord à ce que l'investissement dans SOCIETE8.) AG, SOCIETE9.) Corp. et SOCIETE10.) GmbH eût été conforme à la politique d'investissement du SOCIETE5.).

Le SOCIETE5.) aurait compris des titres non côtés pour une proportion supérieure à la limite de 20% prévue par le prospectus. Il y aurait lieu de noter que ni le réviseur d'entreprises, ni la CSSF, ni un autre organe n'aurait vérifié si la politique d'investissement avait été respectée. Le dépassement des limitations ne serait pas contesté, SOCIETE1.) et SOCIETE3.) ne faisant que valoir que ce dépassement ne serait pas volontaire et ne pourrait pas engager leur responsabilité.

Ces décisions qui auraient été prises en violation de la politique et des limitations d'investissement auraient eu pour conséquence des pertes importantes de valeur du fonds.

De même, PERSONNE2.) et SOCIETE5.) auraient communiqué pendant des années des fausses informations sur l'évolution du SOCIETE5.) à PERSONNE1.) qui n'aurait jamais eu de contact direct avec la société de gestion et la banque de dépôt. Dans la mesure où il soumet ces informations de la part de SOCIETE5.) au tribunal, il serait aussi clair qu'il les aurait nécessairement reçues ce qui serait confirmé par le témoignage de PERSONNE2.).

PERSONNE1.) nie formellement avoir reçu des informations de la part de SOCIETE1.) entre 2007 et 2014, qui n'apporterait pas la moindre preuve qu'il les aurait reçues. Il n'y aurait pas eu de communication directe entre PERSONNE1.) et SOCIETE1.) et/ou SOCIETE3.). Or, SOCIETE1.) aurait dû communiquer directement avec PERSONNE1.) lorsque le SOCIETE5.) enregistrait des pertes substantielles.

Il n'y aurait pas non plus eu de raison de douter des informations reçues de la part de PERSONNE2.) et SOCIETE5.) qui auraient eu une cohérence interne et qui auraient été relatives à des opérations en cours, de telle manière qu'il n'y aurait pas eu lieu de douter de leur véracité.

Le fait qu'il n'aurait pas vérifié que ces informations correspondraient à la vérité serait par ailleurs excusable dans la mesure où il se serait fié à ces informations issues d'une personne agissant en vertu d'un mandat apparent.

Le fait que les investisseurs du SOCIETE5.) auraient été trompés par PERSONNE2.) et SOCIETE5.) n'aurait été révélé qu'en 2014 lorsque l'un des investisseurs aurait vendu sa participation à un tiers et lorsque ce dernier aurait demandé la communication des rapports annuels de la part de SOCIETE1.) et SOCIETE3.). Il n'en aurait pas eu connaissance avant 2014, ce qui résulterait clairement du jugement du *Landgericht München* du 8 juillet 2017. Le fait que les investisseurs auraient été conscients des pertes subies à la suite de la crise financière de 2007 ne changerait en rien qu'ils auraient été trompés entre 2010 et 2014.

De même, après la crise, PERSONNE2.) aurait raté la reprise économique. Il n'aurait pas suivi une politique d'investissement prudente, mais aurait investi dans des produits hautement spéculatifs pour rattraper le retard subi, ce que SOCIETE1.) et SOCIETE3.) n'auraient pas empêché. Ces dernières admettraient d'ailleurs dans leurs conclusions que PERSONNE2.) et SOCIETE5.) auraient défini la politique d'investissement et non pas la société de gestion SOCIETE1.). PERSONNE1.) demande à ce que cette affirmation soit actée.

PERSONNE2.) aurait été condamné à une peine d'emprisonnement par jugement du *Landgericht München* du 8 juillet 2017 du chef de « *Untreue* ». Il résulterait de ce jugement qu'il aurait trompé les investisseurs à partir de 2010 sur l'évolution de la valeur du portefeuille du SOCIETE5.).

SOCIETE1.) et SOCIETE3.) auraient agi en violation de leurs obligations de soins et d'information en laissant PERSONNE2.) et SOCIETE5.) s'occuper de toute communication avec PERSONNE1.) et ce sans le moindre contrôle de leur part. Si SOCIETE1.) et SOCIETE3.) avaient respecté leurs obligations de soins et d'information, PERSONNE1.) se serait rendu compte de la mauvaise évolution du SOCIETE5.) et aurait pu réagir plus tôt en vue d'éviter des pertes financières.

Subsidiairement, PERSONNE1.) fait valoir que PERSONNE2.) et SOCIETE5.) auraient agi en vertu d'un mandat apparent de la part de SOCIETE1.) en vue de lui soumettre des propositions d'investissement dans le cadre de la gestion de patrimoine. Les décisions d'investissement lieraient donc SOCIETE1.) à l'égard de PERSONNE1.), et SOCIETE1.) serait responsable des pertes subies par ce dernier.

Le même raisonnement serait applicable aux informations transmises par PERSONNE2.) et SOCIETE5.) à PERSONNE1.).

En ce qui concerne les dommages-intérêts, PERSONNE1.) estime que si SOCIETE1.) avait elle-même pris les décisions d'investissement, il aurait gagné en moyenne 3% par an, ou un autre pourcentage à déterminer par le tribunal ou par un expert. Les gains manqués seraient donc d'un montant de 411.632,876.- euros au 30 novembre 2015. PERSONNE1.) demande ainsi le paiement du capital investi augmenté des gains manqués, soit 2.111.632,876.- euros (actualisé à 2.408.390.- euros par conclusions du 4 janvier 2021, à la suite de l'expertise SOCIETE7.)).

Subsidiairement, PERSONNE1.) fait valoir qu'en raison des fautes de SOCIETE1.), il aurait perdu le montant de 1.206.272,036.- euros.

L'action à l'égard de SOCIETE3.) serait recevable parce qu'au plus tard avec l'assignation du 30 novembre 2015, SOCIETE3.) aurait été formellement mise au courant des revendications de PERSONNE1.) à l'égard de la société de gestion et aurait été mise en demeure d'agir.

La prescription invoquée par SOCIETE1.) et SOCIETE3.) ne s'appliquerait pas parce que ces dernières y auraient renoncé par courriers du 28 août 2015 et du 27 octobre 2015. Cette renonciation serait générale et non limitée dans le temps et couvrirait donc aussi les créances nées avant le 28 août 2010. De même, la prescription n'aurait pas pu courir avant 2014, année pendant laquelle PERSONNE1.) aurait eu connaissance du comportement fautif de PERSONNE2.) et SOCIETE5.), parce qu'il n'aurait pas eu connaissance de ces informations avant et n'aurait donc pas pu agir.

PERSONNE1.) conteste que la perte de valeur du SOCIETE5.) serait une conséquence de la crise économique de 2007 et soutient que SOCIETE1.) et SOCIETE3.) n'apporteraient pas de preuve de leur affirmation.

PERSONNE1.) conteste aussi avoir commis la moindre faute dans la mesure où il n'aurait jamais reçu la moindre information de la part de SOCIETE1.) et que toute la communication aurait été effectuée par l'intermédiaire de PERSONNE2.) et SOCIETE5.). Il n'a donc pas pu savoir qu'il était trompé.

À l'aide de « *Vermögensaufstellungen* » de PERSONNE3.) des 6 juillet 2010 et 25 juin 2010 (les pièces 24 et 25 de la farde de Maître REUTER correspondent à des « *Vermögensaufstellungen* » de PERSONNE3.) des 25 juin 2010 et 29 octobre 2012), PERSONNE1.) prétend que SOCIETE1.) et SOCIETE3.) auraient dû se rendre compte des tromperies, ce qui n'aurait cependant pas été le cas, parce que ces dernières n'auraient pas exécuté leurs obligations correctement.

Il ne résulterait enfin pas de l'article 55 de la loi du 13 février 2007 que le réviseur d'entreprises aurait l'obligation d'examiner si la politique d'investissement aurait été suivie. Il en résulterait seulement que s'il obtenait connaissance que cette politique n'était pas suivie, il devait le signaler. Le réviseur d'entreprises n'aurait donc en l'espèce pas examiné activement cet aspect.

L'expert mandaté par SOCIETE1.) et SOCIETE3.) n'identifierait que de prétendues incohérences du rapport d'SOCIETE7.) sans cependant prendre position sur les investissements faits par le SOCIETE5.). Il en résulterait clairement que les règles d'investissement n'auraient pas été respectées.

Postérieurement au jugement n° 2022TALCH08/00103 du 8 juin 2022, PERSONNE1.) fait valoir ce qui suit :

D'une part, il prétend que, le 6 janvier 2015, les membres de sa famille lui auraient cédé oralement tous droit résultant de leur participation au SOCIETE5.) et ainsi toute créance à l'égard de SOCIETE1.) et SOCIETE3.). PERSONNE1.) aurait ainsi qualité à agir sur la base de ses propres droits et des droits qui lui auraient été cédés. Il soumet aussi au tribunal un avis juridique de la part d'un avocat allemand confirmant la régularité des cessions intervenues.

Les créances cédées auraient été déterminées dès le moment de leur cession orale clairement admissible en droit allemand. La « *Dokumentation der Abtretungserklärung* » ne ferait que constater la cession orale intervenue le 6 janvier 2015.

Subsidiairement, PERSONNE1.) fait valoir que l'absence de qualité à agir pourrait toujours être régularisée en cours de procédure, de telle manière que si jamais elle n'avait pas existé au moment de l'assignation, la procédure aurait été régularisée.

D'autre part, PERSONNE1.) prend position par rapport au moyen de la prescription soulevé par SOCIETE1.) et SOCIETE3.).

La prescription invoquée par SOCIETE1.) et SOCIETE3.) ne s'appliquerait pas parce que ces dernières y auraient renoncé par courriers du 28 août 2015 et du 27 octobre 2015. Cette renonciation serait générale et non limitée dans le temps et couvrirait donc aussi les créances nées avant le 28 août 2010.

Le délai de prescription de droit commun de dix ans issu de l'article 189 du Code de commerce serait applicable. Ce délai serait d'ordre public et le délai de cinq ans prévu à l'article 16 du prospectus ne pourrait pas s'appliquer.

La clause aurait aussi pour conséquence de désavantager unilatéralement la partie faible et serait ainsi abusive.

De même, PERSONNE1.) aurait été trompé pendant des années par PERSONNE2.) et il n'aurait eu connaissance de ses agissements qu'en 2014, la prescription n'aurait donc pas pu courir antérieurement. En effet, il n'aurait pas eu connaissance de l'évolution réelle de la valeur du SOCIETE5.). Toutes les informations y relatives lui auraient été transmises par PERSONNE2.)/SOCIETE5.) et il n'y aurait pas eu d'échanges avec les parties défenderesses. Si ces dernières avaient exécuté leurs obligations, PERSONNE1.) aurait pu agir plus tôt.

Il y aurait eu une fraude de la part de PERSONNE2.) ce qui résulterait du jugement du *Landgericht München*. Ce dernier aurait trompé PERSONNE1.) à propos de l'évolution

de la valeur du SOCIETE5.) et il y aurait lieu de tenir compte de l'adage *fraus omnia corrumpit.*

Il y aurait aussi lieu de tenir compte de la maxime *contra non valentem agere non currit praescriptio*. La fraude de la part de PERSONNE2.) pourrait être considérée comme un événement de force majeure.

Enfin, seule une partie agissant de bonne foi pourrait invoquer la prescription. En particulier, il ne faudrait pas que la partie invoquant la prescription soit responsable du fait que l'autre partie n'ait pas pu agir plus tôt. Les parties défenderesses seraient en partie responsables du fait que les agissements de PERSONNE2.) n'auraient pas été découverts plus tôt. La prescription serait invoquée par les parties défenderesses agissant de mauvaise foi. Il rappelle aussi que si SOCIETE1.) et SOCIETE3.) avaient été en possession de « *Vermögensaufstellungen* » PERSONNE3.) des 25 juin 2010 et 29 octobre 2012, en comparant celles-ci à un document « *33* » du 6 juillet 2010, elles auraient dû se rendre compte des tromperies sur la base de ces documents, si elles avaient exécuté leurs obligations correctement.

La prescription partielle relative aux opérations antérieures au 28 août 2010 ne serait donc pas acquise.

3.2. SOCIETE1.) et SOCIETE3.)

SOCIETE1.) et SOCIETE3.) se rapportent à prudence de justice quant aux effets juridiques attachés à la déclaration de PERSONNE1.) d'avoir investi pour le compte de tiers (« *Zeichnung für Rechnung Dritter* ») et quant à sa qualité à agir seul, voire pour le compte d'investisseurs autres que lui-même. Elles demandent que PERSONNE1.) verse un avis juridique de droit allemand sur la validité d'un transfert et sa conséquence au regard du droit allemand et de la procédure introduite au Luxembourg. En l'absence de précisions à ce sujet, il ne serait pas démontré que PERSONNE1.) aurait qualité à agir au nom et pour le compte d'investisseurs autres que lui-même et qu'il pourrait seul agir en réparation du préjudice qu'il affirme avoir subi.

Le droit de critiquer les opérations accomplies par SOCIETE1.) et SOCIETE3.) serait prescrit en ce qui concerne les opérations accomplies avant le 28 août 2010. En effet, en vertu de l'article 10 du prospectus les créances des investisseurs se prescriraient dans un délai de 5 ans à partir de leur fait générateur. Par lettre du 28 août 2015 SOCIETE3.) et SOCIETE1.) auraient renoncé à invoquer le bénéfice de la prescription temporairement jusqu'au 30 octobre 2015, sous condition que les droits concernés ne seraient pas prescrits au 28 août 2015. SOCIETE1.) n'aurait jamais indiqué renoncer à la prescription concernant l'intégralité de ses opérations de gestion. PERSONNE1.) aurait la charge de la preuve pour ce qui est de l'étendue générale de cette renonciation. De même, la prescription n'aurait pas fait l'objet d'une interruption ou d'une suspension.

L'action de PERSONNE1.) serait partiellement irrecevable parce qu'il aurait acquiescé à certaines opérations de gestion du SOCIETE5.), en particulier relatives à l'investissement dans SOCIETE8.) AG, SOCIETE9.) Corp. et SOCIETE10.) GmbH et certains produits dérivés, ce qui résulterait de la *Anlageliste* du 31 juillet 2008 (liste versée par PERSONNE1.)). Il n'aurait d'ailleurs jamais contesté la composition du portefeuille avant 2015 et aurait eu connaissance dès 2010 de sa forte dévalorisation.

SOCIETE1.) et SOCIETE3.) invoquent l'irrecevabilité, sinon le caractère non fondé de l'action dirigée contre la banque dépositaire SOCIETE3.). PERSONNE1.) ne verserait aucune pièce démontrant qu'avant d'introduire son action en justice, il aurait sommé SOCIETE1.) d'agir contre SOCIETE3.), de sorte que l'action dirigée contre SOCIETE3.) serait irrecevable. L'assignation ne pourrait pas pallier ce défaut de notification parce qu'il s'agirait d'une condition légale devant être remplie au préalable pour pouvoir assigner la banque dépositaire.

Si l'action était recevable, elle serait non fondée, parce que l'assignation ne contiendrait aucun reproche à l'égard de SOCIETE3.) et parce que cette dernière n'aurait commis aucun manquement dans l'exercice de ses fonctions.

SOCIETE1.) et SOCIETE3.) invoquent l'irrecevabilité, sinon le caractère non fondé de l'action dirigée contre SOCIETE1.).

SOCIETE1.) n'aurait pas commis de faute de gestion et PERSONNE1.) ne démontrerait pas en quoi les décisions d'investissement auraient été contraires à l'article 4 du règlement de gestion. SOCIETE1.) conteste aussi qu'elle n'aurait pas géré le fonds et qu'elle aurait aveuglement suivi les propositions de PERSONNE2.) et SOCIETE5.). Il n'existerait pas de règle en droit luxembourgeois qui interdirait à la société de gestion d'un fonds d'investissement spécialisé de suivre sans délai les propositions d'un conseil en investissement. PERSONNE1.) qui aurait la charge de la preuve, ne prouverait pas que SOCIETE1.) n'aurait pas géré le SOCIETE5.) ou aurait commis des fautes dans la gestion du SOCIETE5.).

De même, la gestion aurait été conforme au prospectus, au règlement de gestion et à la politique d'investissement du SOCIETE5.). La gestion de portefeuille qui correspondrait à une obligation de moyens serait à apprécier de manière globale et les pertes, même substantielles, ne constitueraient pas un élément suffisant pour démontrer une faute dans le chef du gestionnaire dont la charge de la preuve incomberait à l'investisseur. Le fonds n'aurait d'ailleurs pas toujours fait des pertes. De même, les investissements critiqués auraient été en ligne avec les limites d'investissement prévues. Toute prétendue violation des limites d'investissement n'aurait pas été intentionnelle et n'aurait pas été relevée par la CSSF ou l'auditeur du fonds. En effet, en vertu de l'article 55 de la loi du 13 février 2007, le réviseur d'entreprises agréé aurait eu l'obligation de notifier les violations avérées relatives à la stratégie d'investissement, mais aucune violation n'aurait été signalée.

Les décisions d'achat et de vente de SOCIETE1.) et les résultats relevés dans les rapports annuels n'auraient jamais suscité de commentaires de la part du réviseur d'entreprise agréé.

La gestion aurait donc été conforme au règlement de gestion et au prospectus et l'existence de pertes n'établirait pas de faute de la part de SOCIETE1.).

Il n'y aurait eu qu'une seule fois un dépassement ponctuel des limitations prévues, dépassement involontaire, « *passif* », ce qui constituerait le seul argument précis de la part de PERSONNE1.). Pour le surplus, ce dernier ne ferait état que de critiques génériques non concrètes.

SOCIETE1.) aurait toujours rempli ses obligations d'information. Il n'existerait d'ailleurs aucune obligation légale ou conventionnelle imposant à SOCIETE1.) de communiquer les informations relatives au SOCIETE5.) directement à PERSONNE1.) et de prendre spécialement contact avec lui. De même, le gérant d'un fonds d'investissement n'aurait pas d'obligation d'informer voire conseiller ses investisseurs sur les différents investissements qu'il aurait l'intention d'effectuer.

PERSONNE1.) aurait été informé à plusieurs reprises de la valorisation du fonds ou du moins du fait que le fonds aurait enregistré des pertes. Il y aurait ainsi eu de nombreux éléments qui auraient dû l'amener à douter des informations reçues de la part de PERSONNE2.) et SOCIETE5.). Le fait que ces derniers aient commis des fautes dans l'exécution du mandat de PERSONNE1.) qui leur aurait témoigné d'une confiance aveugle ne saurait dégénérer en faute imputable à SOCIETE1.). Le bon de souscription signé par PERSONNE1.) confirmerait que ce dernier aurait été suffisamment informé des risques liés au SOCIETE5.) hautement spéculatif.

Il résulterait de l'article 13 du prospectus que les investisseurs du SOCIETE5.) auraient pu obtenir auprès de SOCIETE1.) les rapports de gestion annuels du SOCIETE5.) et la valorisation de leur participation sur simple demande, ce que PERSONNE1.) n'aurait jamais fait.

SOCIETE1.) ne serait pas responsable des prétendues fautes commises et fausses informations communiquées par PERSONNE2.) et SOCIETE5.) que PERSONNE1.) ne prouverait pas. Ce dernier ne prouverait pas non plus avoir reçu de fausses informations de la part de ces derniers.

La théorie du mandat apparent ne pourrait pas s'appliquer, car les circonstances seraient telles que PERSONNE1.) aurait dû vérifier l'étendue des pouvoirs de PERSONNE2.) ou SOCIETE5.) qui auraient plutôt agi comme mandataires de ce dernier.

La demande encore plus subsidiaire basée sur la responsabilité délictuelle ne serait pas fondée non plus en raison du principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et

délictuelle. Lorsqu'il existerait un contrat, la responsabilité délictuelle serait exclue pour toute faute se rapportant à ce contrat.

De même, le préjudice invoqué ne serait pas indemnisable parce qu'il ne présenterait pas de lien de causalité avec la faute alléguée. Les pertes alléguées trouveraient leur source dans la crise financière internationale de 2008 et dans les agissements frauduleux de PERSONNE2.) et SOCIETE5.).

SOCIETE1.) et SOCIETE3.) contestent aussi les montants réclamés en leur principe et leur *quantum* et affirment que PERSONNE1.) ne pourrait pas simplement chiffrer son dommage en affirmant qu'il aurait placé les montants investis avec un rendement moyen de 3% par an.

Enfin, il résulterait de la jurisprudence française que la valeur liquidative d'un fonds attribuée aux investisseurs à la liquidation de ce dernier correspond à l'indemnisation du préjudice causé par la fermeture du fonds et le préjudice financier et le manque à gagner invoqués par eux correspondrait à des pertes relevant du risque inhérent à tout investissement boursier. Il y aurait donc lieu de retenir que PERSONNE1.) ainsi que les membres de sa famille auraient déjà été indemnisés en touchant la valeur liquidative de leurs parts.

PERSONNE1.) ne rapporterait donc pas la preuve du moindre manquement de la part de SOCIETE1.) et/ou SOCIETE3.).

Si jamais la responsabilité de SOCIETE1.) et/ou SOCIETE3.) était retenue, il conviendrait de tenir compte de la faute de PERSONNE1.) qui aurait agi avec une légèreté blâmable.

Il résulterait du jugement du *Landgericht München* du 8 juillet 2017 que les investisseurs dans le SOCIETE5.) auraient initialement été à l'origine de l'investissement dans des instruments dérivés et qu'ils auraient aussi eu connaissance de la perte de valeur du fonds de 60% de la valorisation en raison de la crise financière de 2008. À la suite de la perte substantielle due à l'investissement suggéré par les investisseurs, SOCIETE5.) et PERSONNE2.) auraient ignoré les suggestions des investisseurs et choisi une politique d'investissement plus prudente. Il serait ainsi faux d'affirmer que PERSONNE1.) n'avait pas connaissance de l'évolution du fonds avant 2014 et que SOCIETE1.) aurait violé les règles d'investissement du prospectus.

De même, il résulterait des affirmations mêmes de PERSONNE1.) que ce dernier avait connaissance que les fichiers Excel lui communiqués par SOCIETE5.) et PERSONNE2.) avaient comme auteur SOCIETE5.).

PERSONNE1.) aurait mis en gage sa participation dans le SOCIETE5.) le 16 août 2010. Il serait partant impossible qu'il n'aurait pas au moins eu connaissance de la valeur approximative de cette dernière à ce moment. De même, le 18 juin 2010, il aurait reçu

un document confirmant son inscription dans le registre des porteurs de parts et indiquant la valeur nette d'inventaire (« *SOCIETE11.)* ») de sa participation correspondant à environ 445.227,32.- euros, une deuxième le 30 septembre 2010, une troisième le 5 août 2011, et une quatrième le 13 janvier 2012. À partir de 2011, la *SOCIETE11.)* aurait fait l'objet d'une publication sur le site de SOCIETE1.).

Le rapport SOCIETE7.) aurait été établi pour PERSONNE3.) et non pour PERSONNE1.).

L'examen du taux de rotation (*turnover rate*) serait non pertinent parce qu'il ne serait pas possible de tirer des conclusions globales sur la base d'un seul paramètre. Il ne serait d'ailleurs pas expliqué quel serait le lien entre le taux de rotation et le prétendu non-respect de la politique d'investissement.

Le rapport suggérerait que l'utilisation d'options ne serait pas compatible avec les objectifs d'investissement du SOCIETE5.) en affirmant qu'il s'agirait d'un investissement à haut risque. Il ne serait cependant pas établi que la politique d'investissement aurait été trop risquée et il résulterait du jugement du *Landgericht München* du 8 juillet 2017 que le SOCIETE5.) serait resté à la traîne par rapport à la reprise économique générale des marchés en raison de sa politique d'investissement trop prudente.

Le rapport n'indiquerait pas en quoi l'absence de renseignement des frais de transaction serait contraire aux objectifs d'investissement du SOCIETE5.).

Enfin, les fonds choisis par SOCIETE7.) pour leur comparer la performance du SOCIETE5.) auraient été choisis de manière totalement arbitraire et les conclusions ne seraient pas fiables à défaut d'une analyse de comparabilité des dix fonds retenus.

PERSONNE1.) resterait ainsi toujours en défaut d'établir la moindre faute dans le chef de SOCIETE1.) et/ou SOCIETE3.).

SOCIETE1.) et SOCIETE3.) offrent aussi de prouver par témoignage d'PERSONNE4.), demeurant à D-ADRESSE4.), les faits suivants :

- le SOCIETE5.) aurait été créé à la demande de SOCIETE5.) pour répondre à un cercle restreint de clients, dont PERSONNE1.) ,
- la politique d'investissement aurait été déterminée d'un commun accord avec les premiers investisseurs présumés, dont PERSONNE1.), et
- SOCIETE5.) n'aurait jamais agi en qualité de représentant de SOCIETE1.) et SOCIETE3.) et n'aurait pas reçu de mandat pour ce faire.

Elles demandent en outre que PERSONNE1.) soit condamné à leur payer une indemnité de procédure de 5.000.- euros, ou tout autre montant à déterminer *ex aequo et bono* par le tribunal (montant augmenté à 10.000.- euros par conclusions du 7 juin 2019) sur le fondement de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et à payer tous les frais

et dépens de l'instance avec distraction au profit de la société LUTHER S.A., qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

Postérieurement au jugement n° 2022TALCH08/00103 du 8 juin 2022, SOCIETE1.) et SOCIETE3.) font valoir ce qui suit :

Quant à la qualité à agir de PERSONNE1.), SOCIETE1.) et SOCIETE3.) font valoir que qu'en l'absence de ventilation des demandes en réparation entre celles formulées pour lui-même et celles formulées pour le compte des autres membres de sa famille, son action pour le tout devrait être déclarée nulle, sinon irrecevable pour défaut de qualité à agir. Ceci résulterait de l'avis juridique versé par PERSONNE1.), parce que la condition essentielle pour la validité de la cession serait la détermination de l'objet de la créance, son *quantum* et la personne du débiteur. Les cessions au profit de PERSONNE1.) prétendument orales seraient nécessairement indéterminées en raison de leur nature orale. Elles n'auraient été déterminées qu'à travers le préambule des documents intitulés « *Dokumentation der Abtretungserklärung* » qui n'auraient été créés qu'en 2023. Les droits d'action prétendument cédés en 2015 auraient ainsi été indéterminés à ce moment. Il n'aurait donc pas été habilité à agir au moment de l'assignation.

Quant à la prescription, il résulterait des courriers des 28 août 2015 et du 27 octobre 2015 qu'il n'y aurait suspension de la prescription à l'égard des demandes éventuelles de PERSONNE1.) que sous la condition que cette prescription ne serait pas encore acquise. L'intégralité de ses demandes serait donc irrecevable en ce qui concernerait les opérations d'investissement et de gestion du SOCIETE5.) intervenues avant le 28 août 2010, dans la mesure où le prospectus du SOCIETE5.) stipulerait que les créances des investisseurs se prescriraient dans un délai de cinq ans à partir de leur fait générateur.

Les délais de prescription légaux pourraient être réduits par la convention des parties et rien ne l'interdirait, et la réduction du délai de prescription aurait été acceptée par les parties. Le défaut de personnalité juridique du SOCIETE5.) serait sans incidence. Le délai décennal ne serait pas d'ordre public.

La clause relative au délai de prescription ne serait pas abusive parce qu'elle ne créerait aucun déséquilibre entre les parties et elle n'aurait pas été imposée à PERSONNE1.) qui serait un homme d'affaires aguerri.

Cette clause stipulerait clairement que le délai commencerait à courir à partir de l'apparition de la situation de fait.

Quant au moyen fondé sur *fraus omnia corrumpit*, elles font valoir que la fraude qui leur est reprochée concernerait PERSONNE2.) et SOCIETE5.) alors qu'elles n'auraient pas été en copie des échanges entre ces derniers et PERSONNE1.) et qu'elles n'avaient pas connaissance des agissements frauduleux de ces derniers.

En réponse au moyen de PERSONNE1.) qu'il aurait été dans l'impossibilité absolue d'agir avant 2014 et que la prescription aurait été suspendue jusqu'à cette année, elles

font valoir qu'il n'aurait pas été empêché de prendre connaissance des rapports de gestion auprès du siège du gérant du SOCIETE5.) et ne se serait pas trouvé dans une impossibilité d'agir. Il aurait pu prendre connaissance de tous les documents mais ne se serait nullement soucié de la valorisation de ses parts entre 2010 et 2014.

PERSONNE1.) n'apporterait aucune preuve d'une quelconque mauvaise foi de leur part.

4. Motifs de la décision

4.1. Rappel à titre préliminaire

Le tribunal rappelle qu'il résulte du jugement n° 2022TALCH08/00104 du 8 juin 2022, que l'action de PERSONNE1.) est irrecevable dans la mesure où elle est dirigée contre SOCIETE3.).

4.2. Quant à la recevabilité en la forme de l'action contre SOCIETE1.)

La demande de PERSONNE1.) à l'égard de SOCIETE1.) n'étant pas autrement énervée quant à la recevabilité et un moyen d'irrecevabilité à soulever d'office par le tribunal n'étant pas donné, est à déclarer recevable pour avoir été introduite dans la forme de la loi.

4.3. Quant à la qualité à agir de PERSONNE1.)

SOCIETE1.) et SOCIETE4.) font valoir qu'il résulterait de l'avis juridique versé par PERSONNE1.) que la condition essentielle pour la validité de la cession serait la détermination de l'objet de la créance, son *quantum* et la personne du débiteur. Les cessions au profit de PERSONNE1.) prétendument orales seraient nécessairement indéterminées en raison de leur nature orale. Elles n'auraient été déterminées qu'à travers le préambule des documents intitulés « *Dokumentation der Abtretungserklärung* » qui n'auraient été créés qu'en 2023. Les droits d'action prétendument cédés en 2015 auraient ainsi été indéterminés à ce moment. Il n'aurait donc pas été habilité à agir au moment de l'assignation.

PERSONNE1.) verse un avis juridique de Nathalie THOMA, avocat allemand, du cabinet d'avocats allemand *SCHINDHELM – SCHMIDT ROGGE THOMA, Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbH* daté au 11 septembre 2023 (pièce 27 de la farde de Maître REUTER) dont les passages pertinents sont les suivants :

« *Die Abtretung setzt voraus, dass die abzutretende Forderung dem Gläubiger dieser Forderung (Zedent) zusteht.*

In unserem Fall handelt es sich bei der abzutretenden Forderung um einen Schadensersatzanspruch, der dem jeweiligen Zedenten in seiner Eigenschaft als Zeichner von Anteilen an den Luxemburger Spezialfonds SOCIETE12.) speziell FIS ONE (SOCIETE6.)) nach der klägerischen Überzeugung in den im Betreff bezeichneten Gerichtsverfahren zusteht.

[…]

Voraussetzung für die wirksame Abtretung solcher bestimmbaren [künftigen] *Forderungen ist, dass die Forderung bei der Abtretung so genau umschrieben wird, dass sie spätestens bei ihrer Entstehung nach Gegenstand, Umfang und Person des Schuldners als Einzelforderung bestimmt werden kann. Dabei ist unschädlich, wenn die Ermittlung der abgetretenen Forderung mit einem nicht unerheblichen Arbeits- und Zeitaufwand verbunden ist* […]. *Selbst eine fehlerhafte Bezeichnung einzelner Forderungselemente kann unschädlich sein, solange die Forderung noch eindeutig identifiziert werden kann* […].

[…]

Die Abtretung einer Forderung wird durch einen Vertrag zwischen dem bisherigen Gläubiger (Zedent) und dem neuen Gläubiger (Zessionar) vorgenommen (§ 398 Satz 1 BGB).

Ein solcher Abtretungsvertrag unterliegt grundsätzlich keiner Formvorschrift. […] *Eine Abtretung kann daher grundsätzlich auch mündlich und sogar stillschweigend bzw. konkludent erfolgen* […].

In unserem Fall wurden die Forderungen nach Auskunft von Herrn PERSONNE1.) auf der Grundlage einer mündlichen Vereinbarung, die später in schriftlicher Form dokumentiert wurde, von seinen Kindern an ihn (Herrn PERSONNE1.)) abgetreten. Nach den Grundsätzen der zuvor abgehandelten Voraussetzungen ist deshalb davon auszugehen, dass jeweils wirksame Abtretungsverträge vorliegen.

[…]

Der Übergang der jeweils abgetretenen Forderung erfolgt grundsätzlich mit Vertragsschluss […].

Die (mündlich) zwischen Herrn PERSONNE1.) als Zessionar und seinen Kindern als jeweiligen Zedenten abgeschlossenen Abtretungsverträge sehen ihrer schriftlichen Dokumentation entsprechend einen Forderungsübergang mit sofortiger Wirkung vor. […] »

Le tribunal constate que SOCIETE1.) et SOCIETE4.) ne contestent pas cet avis juridique en tant que tel, mais considèrent que les conditions de la cession de créance, telles que décrites dans l'avis, ne seraient pas remplies. En particulier, elles considèrent que les créances étaient « *forcément indéterminées au moment de l'introduction de l'assignation compte tenu de leur nature orale* ».

Il résulte cependant de l'avis juridique, qui se prononce sur la question de la détermination des créances cédées ainsi que sur sa forme orale, que « *nach den Grundsätzen der zuvor abgehandelten Voraussetzungen ist deshalb davon auszugehen, dass jeweils wirksame Abtretungsverträge vorliegen* ».

Il y a donc lieu de retenir que les cessions de créances au profit de PERSONNE1.) sont valables au regard du droit allemand.

En conclusion, PERSONNE1.) a qualité à agir dans toute la mesure des préjudices qu'il invoque.

4.4. Quant aux demandes de donner acte formulées par les parties

Le Tribunal tient à préciser, eu égard aux demandes de donné acte des parties relatives aux déclarations des autres parties dans leurs conclusions, que la mission du juge est de trancher les litiges qui lui sont soumis et non de constater des faits ou des actes dont se prévalent les parties, les demandes de constat, de voir dire ou de donner acte ne constituent pas des demandes en justice tendant à ce que soit tranché un point litigieux.

Ces demandes de donner acte sont à déclarer irrecevables pour être dépourvues de toute portée juridique (Cour d'appel, 8 novembre 2017, n° 186/17, n° 44.053 du rôle), le tribunal n'ayant pas à donner acte aux parties de leurs droits et de simples constatations (Cour d'appel, 26 avril 2017, n° 72/17, n° 42.420 du rôle).

4.5. Quant à la prescription de l'action

L'article 16 du *Verwaltungsreglement des SOCIETE12.) Spezial FIS* de septembre 2007 (pièce 3 de la farde de Maître REUTER, pages 20 à 21) stipule ce qui suit :

« *Artikel 16 Verjährung*

Forderungen der Anteilinhaber gegen die Verwaltungsgesellschaft oder die Depotbank verjähren fünf Jahre nach Entstehen. »

Les parties sont d'accord que par courrier du 28 août 2015, SOCIETE3.) et SOCIETE1.) auraient renoncé à invoquer le bénéfice de la prescription temporairement jusqu'au 30 octobre 2015, sous condition que les droits concernés ne seraient pas prescrits au 28 août 2015 (pièce 28 de la farde de Maître REUTER). Cette renonciation aurait été prolongée par lettre du 27 octobre 2015 jusqu'au 30 novembre 2015 (pièce 29 de la farde de Maître REUTER).

Les parties sont cependant en désaccord sur la portée exacte de cette renonciation.

4.5.1. <u>Quant à l'aménagement conventionnel du délai de prescription</u>

PERSONNE1.) soutient que l'abréviation du délai de prescription légal en matière commerciale serait nulle, car contraire à l'ordre public.

La prescription décennale prévue à l'article 189 du Code de commerce est normalement applicable à toutes les obligations nées entre les parties dont une seule est commerçante à condition qu'elles sont nées à l'occasion du commerce de la partie commerçante (Cour d'appel, 17 mars 2005, n° 28.863 du rôle).

Dans la mesure où dans le cadre de l'obligation litigieuse une partie est commerçante, à savoir SOCIETE1.) et SOCIETE3.), et où cette obligation litigieuse est née à l'occasion du commerce de celles-ci, la prescription décennale de l'article 189 du Code de commerce trouve normalement application au présent rapport contractuel.

Pour ce qui est de l'aménagement conventionnel de la durée de la prescription, il y a lieu de distinguer entre les clauses allongeant le délai de prescription et les clauses abrégeant le délai de prescription (P. ANCEL, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois*, Larcier, 2015, n° 883bis, p. 913 - G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Sirey, 2e éd., 1989, n° 330, p. 292 – B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, 3., *Régime général*, Litec, 6e éd., 1999, n° 385, p. 166 – F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 13e éd., 2022, n° 1793, p. 1968).

L'article 2220 du Code civil dispose qu' « *on ne peut, d'avance, renoncer à la prescription : on peut renoncer à la prescription acquise* » et on retient qu'une clause allongeant le délai de prescription permettrait de tourner cette règle. Une clause allongeant la prescription est donc nulle.

Au contraire, « *l'abréviation de la prescription à cinq ans, aménagée dans les règlements de gestion, ne constitue pas une renonciation à l'avance au sens de l'article 2220 du Code civil* » (Cass., 5 juillet 2012, n° 40/12, n° 3026 du registre). De même, « *l'ordre public ne s'oppose pas aux clauses qui restreignent le délai de prescription extinctive de droit commun tant du moins qu'elles ne privent pas en fait le créancier de toute possibilité d'agir utilement* » (Cass., 17 décembre 2009, n° 59/09, n° 2681 du registre, *Pas.*, 35, p. 123).

Le principe de la validité des clauses réduisant le délai de prescription est donc admis (Trib. Luxembourg, 20 juin 2023, n° 2023TALCH01/00163, n° TAL-2020-05742 du rôle, 1er juin 2018, n° 2018TALCH02/00943, n° 173.475 du rôle, 3 juin 2020, n° 2020TALCH15/00778, nos 137.776 et 137.777 du rôle). Or, pour être valable, il faut que la clause abrégeant le délai laisse au créancier d'un délai suffisant lui permettant matériellement d'agir.

En l'espèce, PERSONNE1.) n'explique pas en quoi l'abréviation du délai de prescription l'aurait mis dans l'impossibilité d'agir judiciairement.

Dans ces circonstances, le tribunal retient qu'il n'est pas établi que le délai de prescription de cinq ans conventionnellement prévu, au lieu du délai de prescription décennal, constitue un délai d'action anormalement court et qu'il ait privé PERSONNE1.) d'agir utilement.

Compte tenu des développements qui précèdent, le moyen de PERSONNE1.) relatif à la nullité de la clause pour être contraire à l'ordre public est à rejeter.

PERSONNE1.) poursuit que l'article 16 du prospectus constituerait une clause abusive dans la mesure où il créerait un déséquilibre contractuel à son détriment.

Tel que le tribunal l'a retenu ci-avant, les parties peuvent aménager conventionnellement la prescription extinctive et le délai de prescription de cinq ans n'a pas privé PERSONNE1.) d'agir utilement à l'encontre de SOCIETE1.) et SOCIETE3.).

PERSONNE1.) ne précise pas en quoi la clause aurait entraîné un déséquilibre dans le contrat à son détriment, ni en quoi le délai abrégé l'aurait mis dans l'impossibilité d'agir judiciairement contre SOCIETE1.) et SOCIETE3.). De même, le fait que l'abréviation n'est prévue qu'en faveur de SOCIETE1.) et SOCIETE3.) ne suffit pas à établir un déséquilibre contractuel. En effet, les parties défenderesses sont les prestataires de services dans la relation contractuelle et, en leur qualité de société de gestion et de banque de dépôt, elles se voient imposer de nombreuses obligations légales par la législation du secteur financier. Dès lors, elles sont plus susceptibles de voir leur responsabilité recherchée et le fait de réduire le délai d'action uniquement à leur égard ne suffit pas à créer un déséquilibre contractuel entre les droits et obligations de la banque et du client (dans le même sens à propos d'établissements de crédit, voy. Trib. Luxembourg, 23 novembre 2023, n° 2023TALCH06/01305, n° TAL-2020-05107 du rôle).

Il n'est donc pas établi que la clause dont SOCIETE1.) et SOCIETE3.) sollicitent l'application entraînerait un déséquilibre dans le contrat au préjudice de PERSONNE1.). Cette clause n'est dès lors pas à qualifier de clause abusive.

Au vu de l'ensemble des développements qui précèdent, l'article 16 du prospectus est valable et a vocation à s'appliquer en l'espèce.

4.5.2. <u>Quant au point de départ du délai de prescription de 5 ans</u>

PERSONNE1.) invoque la fraude de la part de PERSONNE2.), reconnue par jugement du *Landgericht München*, qui l'aurait trompé sur l'évolution de la valeur du SOCIETE5.) et il y aurait lieu de tenir compte de l'adage *fraus omnia corrumpit*. Il y aurait aussi lieu de tenir compte de la maxime *contra non valentem agere non currit praescriptio*.

D'une part, en ce qui concerne la fraude, il y a lieu de retenir qu'il n'est nullement rapporté, voire allégué que SOCIETE1.) et SOCIETE3.) auraient commis la moindre fraude, cette dernière n'ayant été reconnue que dans le chef de PERSONNE2.).

D'autre part, pour ce qui est de la maxime *contra non valentem agere non currit praescriptio*, il est vrai qu'il résulte de ce principe général du droit (Cass., 3 février 2022, n° 15/2022, n° CAS-2020-00163 du registre) que la prescription ne s'écoule pas contre la victime d'un dommage tant qu'elle ignore l'existence de ce dommage.

Il faut cependant souligner en l'espèce les obligations découlant pour les parties de la loi et du prospectus.

L'article 52, (1), de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés dispose :

« *La société d'investissement et la société de gestion pour chacun des fonds communs de placement qu'elle gère, doivent établir :*
– un document d'émission, et
– un rapport annuel par exercice ».

De même, son article 57 dispose :

« *(1) Le document d'émission et le dernier rapport annuel publié sont remis sans frais aux souscripteurs qui le demandent.*
(2) Le rapport annuel est remis sans frais aux investisseurs qui le demandent. »

Il résulte clairement de la combinaison des articles 52 et 57 de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés que les souscripteurs qui peuvent obtenir le rapport annuel à leur demande ont une obligation de s'informer.

La doctrine interprète ces textes de la manière suivante :

« *La mise à disposition des rapports annuels complets et semestriels obéit aux mêmes principes que ceux décrits plus haut à propos du prospectus. Ces documents ne doivent pas être remis à l'occasion de chaque souscription. Il suffit qu'ils soient fournis sans frais aux investisseurs qui souhaitent en obtenir un exemplaire. Ils doivent enfin être mis à la disposition des investisseurs de la manière indiquée dans le prospectus* » (C. KREMER et I. LEBBE, *Organismes de placement collectif*, Larcier, 3e éd., 2014, n° 941, p. 360).

L'article 13 du *Verwaltungsreglement des SOCIETE12.) Spezial FIS* intitulé *Veröffentlichungen* (pièce 3 de la farde de Maître REUTER, page 20) stipule :

« *Der Ausgabepreis und der Rücknahmepreis sind jeweils am Sitz der Verwaltungsgesellschaft und bei der Zahlstelle des Fonds verfügbar. Der Anteilwert kann am Sitz der Verwaltungsgesellschaft angefragt werden.*

Nach Abschluss eines jeden Rechnungsjahres wird die Verwaltungsgesellschaft den Anteilinhabern einen geprüften Jahresbericht zur Verfügung stellen, der Auskunft gibt über den Fonds bzw. die Teilfonds, dessen Verwaltung und die erzielten Resultate. Der Jahresbericht ist für die Anteilnehmer am Sitz der Verwaltungsgesellschaft, der Depotbank und bei der Zahlstelle erhältlich. »

Il résulte aussi de la *Zeichnungsverpflichtung* signée le 24 septembre 2007 (pièce 1 de la farde de Maître REUTER, page 2) et de celle signée le 6 novembre 2007 (pièce 2 de la farde de Maître REUTER, page 2) par PERSONNE1.) que :

« *1)* […]

Der Unterzeichnete bestätigt, dass seine hiermit eingegangene Verpflichtung den Bestimmungen und Bedingungen dieser Zeichnungsverpflichtung und des Verkaufsprospektes unterliegt.

2) Der Unterzeichnete bestätigt, ein Exemplar des aktuellen Verkaufsprospektes erhalten und dessen Inhalt zur Kenntnis genommen zu haben und keine weiteren Informationen zu benötigen, um die vorliegende Anlageentscheidung treffen zu können.

[…]

3) Der Unterzeichnete bestätigt, den Inhalt des Verkaufsprospektes und der Satzung der Gesellschaft hinsichtlich der darin aufgeführten Risikofaktoren zur Kenntnis genommen zu haben.

- *Er bestätigt ferner, […] (iii) ausreichend Zugang zu den Informationen hinsichtlich der Tätigkeiten, der Verwaltung und der Perspektiven des Fonds erhalten zu haben, um in die Lage versetzt zu werden, das hiermit eingegangene Investment in Anteilen des Fonds ausreichend berechnen und einschätzen zu können.* »

Il en résulte que tant la valeur des parts du porteur que le rapport annuel du SOCIETE5.) étaient disponibles pour les porteurs au siège de la société de gestion et de l'agent payeur, voire de la banque de dépôt (pour le rapport annuel) et que PERSONNE1.) avait à tout moment la possibilité d'obtenir ces informations, et ce dès la souscription au SOCIETE5.).

Il résulte ce qui suit du jugement du 8 juillet 2017 du *Landgericht München* (pièce 1 de la farde de Maître REUTER, page 6) :

« *Dies war ihm möglich, da der Wert der Fondsanteile von SOCIETE13.) zwar routinemäßig dem Angeklagten als dem zuständigen Mitarbeiter der Beratungsgesellschaft SOCIETE5.) AG mitgeteilt wurde, jedoch nicht den Anlegern. Diese bzw. deren Beauftragte hätten bei der Bank nachfragen müssen, was sie nicht taten. Die Anteilswerte wurden von SOCIETE13.) auch sonst nicht allgemein veröffentlicht. Daher verließen sich die Anleger auf die Angaben des Angeklagten und waren über die wahre Kursentwicklung ab dem Jahr 2010 in Unkenntnis.* »

S'il est admis que la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité absolue d'agir par suite d'un empêchement quelconque résultant, soit de la loi, soit de la convention ou de la force majeure, le tribunal constate qu'en l'espèce, il n'existe pas d'impossibilité d'agir résultant de la loi ou de la convention, PERSONNE1.) ayant eu, dès la souscription des parts, la possibilité d'obtenir les informations nécessaires, ce qui résulte - contrairement à ses prétentions - du jugement précité du *Landgericht München* (p. 6).

De même, il n'est pas possible de retenir que la fraude de la part de PERSONNE2.) aurait constitué un événement de force majeure ayant empêché PERSONNE1.) d'obtenir les informations nécessaires en vue d'agir contre SOCIETE1.) et SOCIETE3.), voire d'obtenir les informations correctes et complètes sur l'évolution de la valeur du SOCIETE5.). En effet, il n'existait pas d'impossibilité absolue d'obtenir l'information nécessaire, voire d'irrésistibilité, nécessaire pour la constitution d'un événement de force majeure. PERSONNE1.) d'obtenir ces informations en contactant SOCIETE1.) et SOCIETE3.) et ce dès la souscription.

À l'égard du moyen selon lequel PERSONNE1.) n'aurait jamais été informé de la part de SOCIETE1.) et SOCIETE3.) sur la perte de valeur des parts, il faut souligner qu'il ne résulte pas de la loi une obligation d'information de la part de la société de gestion et que le règlement de gestion met une obligation de s'informer à la charge du souscripteur.

Enfin, PERSONNE1.) prétend que seul un débiteur agissant de bonne foi pourrait invoquer la prescription et que tel ne serait pas le cas de SOCIETE1.) et SOCIETE3.) qui auraient disposé d'informations permettant de découvrir plus tôt la fraude de la part de PERSONNE2.).

Il est vrai qu'il existe une jurisprudence selon laquelle « *des manœuvres dilatoires ourdies par le débiteur* [peuvent] *priver ce dernier du droit de se prévaloir de la prescription* » (A. HONTEBEYRIE, *Rép. civ.*, « Prescription extinctive », Dalloz, 2016, n° 545), il faut souligner très clairement que dans les hypothèses où une telle obligation avait été sanctionnée par la jurisprudence, le débiteur avait adopté un comportement déloyal de manière intentionnelle (voy. en particulier Cass. fr. civ. I, 28 octobre 1991, n° 88-14.410, *Bull. civ.* I, n° 282 : « *Mais attendu que la cour d'appel a relevé que la lettre du 24 octobre 1983, par laquelle la compagnie avait fait savoir à Mme Y... qu'elle ne pouvait répondre à sa demande, tant que l'information pénale ouverte à la suite du décès de son mari ne serait pas clôturée, constituait une " manœuvre " qui n'avait eu pour but que de laisser courir la prescription biennale en abusant Mme Y... afin de la dissuader d'agir en justice, comme elle avait dit vouloir le faire par une correspondance du 17 octobre 1983 ; que les juges du second degré ayant ainsi caractérisé la fraude de la compagnie, en ont justement déduit que celle-ci était, dès lors, privée du droit de se prévaloir de la prescription ; que le moyen est donc inopérant* »).

Cependant, les faits reprochés à SOCIETE1.) et SOCIETE3.) dans ce contexte, même s'ils étaient avérés, ne constitueraient pas des manœuvres intentionnelles en vue d'empêcher PERSONNE1.) d'obtenir les informations, voire d'agir en justice, de telle manière qu'il ne peut pas être retenu qu'ils invoquent la prescription de mauvaise foi.

Il en est ainsi en particulier de l'argumentation de PERSONNE1.) fondée sur les documents intitulés *Vermögensstatus* de PERSONNE3.) des 25 juin 2010 (pièce 24 de la farde de Maître REUTER) et 29 octobre 2012 (pièce 25 de la farde de Maître REUTER) selon laquelle la comparaison de ces documents aurait dû permettre à SOCIETE1.) et SOCIETE3.) de découvrir la fraude plus tôt, la preuve d'aucune manœuvre intentionnelle n'étant rapportée.

De même, il n'est pas contesté que toutes les informations correctes avaient été communiquées par la société de gestion à SOCIETE5.), dont le président du conseil d'administration (*Vorstandsvorsitzender*) était PERSONNE2.).

Enfin, « *si l'inaction du titulaire a pour origine une initiative ou une carence fautive de son adversaire, l'obstacle sera également caractérisé.* […] *Il faut cependant, conformément à la règle générale sur la charge de la preuve* [qui incombe à celui qui invoque la suspension], *bien démontrer l'existence d'une véritable impossibilité* » (J.-J. TAISNE, *J.-cl. civ.*, art. 2233 à 2239, « Prescription. – Suspension de la prescription »,

fasc. unique, 2021, n° 104). Encore une fois, et ce même si SOCIETE1.) et SOCIETE3.) avaient été à l'origine d'une carence fautive en ne procédant pas à la comparaison des documents susvisés qui aurait prétendument dû permettre à SOCIETE1.) et SOCIETE3.) de découvrir la fraude plus tôt, l' « *impossibilité* » requise n'est pas établie, car PERSONNE1.) aurait pu obtenir les informations nécessaires pour constater l'existence de la dévalorisation importante des parts relevant du SOCIETE5.) à sa demande.

Dans la mesure où SOCIETE1.) et SOCIETE3.) n'invoquent pas la prescription de mauvaise foi, il y a lieu de retenir que le délai de prescription de 5 ans commence en principe à courir à partir de la naissance des créances respectives invoquées par PERSONNE3.).

4.5.3. Quant à la portée des courriers des 28 août 2015 et 27 octobre 2015

Les parties sont d'accord que par courrier du 28 août 2015, SOCIETE3.) et SOCIETE1.) auraient renoncé à invoquer le bénéfice de la prescription temporairement jusqu'au 30 octobre 2015, sous condition que les droits concernés ne seraient pas prescrits au 28 août 2015. Cette renonciation aurait été prolongée par lettre du 27 octobre 2015 jusqu'au 30 novembre 2015.

Les parties sont cependant en désaccord sur la portée exacte de cette renonciation.

Il résulte ce qui suit du courrier du 28 août 2015 (pièce 28 de la farde de Maître REUTER) :

« *Wir erklären hiermit für unser Unternehmen sowie für die SOCIETE13.) Investmentgesellschaft S.A., von der wir insoweit bevollmächtigt sind, den Verzicht auf die Einrede der Verjährung hinsichtlich aller in Betracht kommenden Ansprüche Ihrer Mandanten, soweit diese Ansprüche bis zum heutigen Tage nicht verjährt sind. Der Verzicht auf die Einrede der Verjährung gilt befristet bis einschließlich 30.10.2015. D.h. ab Unterzeichnung dieses Schreibens bis einschließlich 30.10.2015 läuft die Verjährungsfrist nicht weiter, sondern ist gehemmt* » (le tribunal souligne).

Le courrier du 27 octobre 2015 (pièce 29 de la farde de Maître REUTER) a le contenu suivant :

« *wunschgemäß erklären wir uns damit einverstanden, dass unsere Verjährungsverzichtserklärung vom 28.8.2015 nunmehr bis einschließlich 30.11.2015 befristet wird. D.h. vom 28.8.2015 bis einschließlich 30.11.2015 läuft die Verjährungsfrist nicht weiter, sondern ist gehemmt* » (le tribunal souligne).

Par les deux courriers, SOCIETE13.) reconnaît la suspension (« *Hemmung* ») de la prescription entre le 28 mai 2015 et le 30 novembre 2015 (Le § 209 « *Wirkung der Hemmung* » du BGB dispose : « *Der Zeitraum während dessen die Verjährung gehemmt ist, wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet* »).

Contrairement à ce que prétend PERSONNE1.), cette suspension ne vise explicitement que les droits qui ne sont pas encore éteints par prescription à la date du 28 août 2015. Les courriers ne contiennent clairement pas de renonciation à la prescription acquise.

En conclusion, au sujet de la prescription des droits de PERSONNE1.), il y a lieu de retenir que ses prétendus droits nés antérieurement au 28 août 2010 sont prescrits.

4.6. Quant à la prétendue responsabilité de SOCIETE1.)

D'après l'article 14 de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés, « *la société de gestion doit exécuter ses obligations avec la diligence d'un mandataire salarié ; elle répond, à l'égard des porteurs de parts, du préjudice résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ses obligations* ».

Il résulte clairement de cette disposition que les agissements de la défenderesse SOCIETE1.) doivent être appréciés selon les critères applicables au mandataire salarié, partant suivant l'article 1992 du Code civil.

Concernant la base contractuelle invoquée par PERSONNE1.), il faut constater que si certes la responsabilité de la société de gestion s'apprécie selon les règles du mandat, il est controversé en jurisprudence et en doctrine si la relation entre le porteur et la société de gestion est de nature contractuelle ou non, au vu de ce que les pouvoirs dont se trouve investie la société de gestion sont de nature légale et non contractuelle. Le caractère contractuel est parfois retenu au motif que le porteur, par l'acquisition des parts dans le fonds, a adhéré au règlement de gestion et par là-même au document contractuel qui nomme la société de gestion (Th. BONNEAU, « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil », *RTD civ*., 1991, p. 1 et s., n° 83 - C. KREMER et I. LEBBE, *Organismes de placement collectif*, Larcier, 3e éd., 2014, n° 1154, p. 429, note 149).

Pour rappel, il résulte aussi de la *Zeichnungsverpflichtung* signée le 24 septembre 2007 (pièce 1 de la farde de Maître REUTER, page 2) et de celle signée le 6 novembre 2007 (pièce 2 de la farde de Maître REUTER, page 2) par PERSONNE1.) que :

« *1)* […]

Der Unterzeichnete bestätigt, dass seine hiermit eingegangene Verpflichtung den Bestimmungen und Bedingungen dieser Zeichnungsverpflichtung und des Verkaufsprospektes unterliegt.

2) Der Unterzeichnete bestätigt, ein Exemplar des aktuellen Verkaufsprospektes erhalten und dessen Inhalt zur Kenntnis genommen zu haben und keine weiteren Informationen zu benötigen, um die vorliegende Anlageentscheidung treffen zu können.

[…]

3) Der Unterzeichnete bestätigt, den Inhalt des Verkaufsprospektes und der Satzung der Gesellschaft hinsichtlich der darin aufgeführten Risikofaktoren zur Kenntnis genommen zu haben.

- *Er bestätigt ferner, […] (iii) ausreichend Zugang zu den Informationen hinsichtlich der Tätigkeiten, der Verwaltung und der Perspektiven des Fonds erhalten zu haben, um in die Lage versetzt zu werden, das hiermit eingegangene Investment in Anteilen des Fonds ausreichend berechnen und einschätzen zu können.* »

Le tribunal estime qu'en l'espèce, en tout état de cause, que ce soit dans le cadre de l'article 14 de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés, dans le cadre d'une action en responsabilité contractuelle de droit commun ou d'une action en responsabilité délictuelle, le demandeur doit prouver l'existence d'une faute dans le chef de la défenderesse, d'un préjudice dans son propre chef et d'une relation causale entre ces deux éléments. L'appréciation de ces trois éléments se fait de la même manière dans les différents ordres de responsabilité.

Pour réussir dans son action, le demandeur doit établir une faute dans le chef de la défenderesse SOCIETE1.).

4.6.1. Quant à la prétendue faute de SOCIETE1.)

Le demandeur doit prouver un comportement fautif dans le chef de la défenderesse par application des critères tels qu'ils se dégagent des dispositions de l'article 1992 du Code civil. Cet article prévoit que le mandataire ne répond pas seulement de son dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. L'alinéa 2 de cet article précise que la responsabilité du mandataire qui a agi à titre gratuit est appréciée moins rigoureusement. *A contrario,* il est retenu par la jurisprudence que le mandataire salarié répond à l'égard du mandant de toutes ses fautes, y compris de simples fautes d'imprudence ou d'un simple manque de diligence. Hormis l'hypothèse flagrante de l'inexécution de son mandat, le mandataire est tenu d'une obligation de moyens, sa responsabilité ne devenant pas objective sous prétexte qu'il est rémunéré. Mais la faute des mandataires rémunérés est appréciée de manière plus rigoureuse (Trib. Luxembourg, 8 mai 2013, n° 107/2013, n° 143.811 du rôle).

Dans son assignation PERSONNE1.) reproche principalement trois fautes à SOCIETE1.) et SOCIETE3.) :

- les décisions d'investissement auraient été prises non pas par SOCIETE1.) mais par le conseiller en investissement,
- SOCIETE1.) n'aurait pas respecté la politique d'investissement du SOCIETE5.), et
- PERSONNE1.) aurait reçu des informations inexactes sur l'état et l'évolution du fonds.

Il y a lieu d'examiner successivement ces trois reproches.

4.6.1.1. Quant à la prise de décision d'investissement

Le *Verkaufsprospekt* dans sa version de septembre 2007 stipule ce qui suit dans son article I (pièce 3 de la farde de Maître REUTER, page 2) :

« *Die Verwaltungsgesellschaft/Hauptverwaltung hat die SOCIETE5.) AG mit Sitz in Schwaighofstr. 13, D-ADRESSE5.) als Anlageberater ernannt. Zu diesem Zweck wurde am 6. August 2007 ein unbefristeter Anlageberatungsvertrag unterzeichnet. Die SOCIETE5.) AG wurde am 12.1.1995 gegründet und ist beim Handelsregister München unter der Nummer HRB NUMERO6.) eingetragen. Sie untersteht der Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und hat von dieser die Erlaubnis zur Finanzportfolioverwaltung erhalten.*

Aufgabe des Anlageberaters ist insbesondere die Beobachtung der Finanzmärkte, die Analyse der Verwaltung des jeweiligen Teilfondsvermögens und die Abgabe von Anlageempfehlungen an die Verwaltungsgesellschaft unter Beachtung der Grundsätze der Anlagepolitik des jeweiligen Teilfonds und der Anlagebeschränkungen.

Der Anlageberater hat eine ausschließlich beratende Funktion und fällt nicht selbständig Anlageentscheidungen; die Verwaltungsgesellschaft ist an die vom Anlageberater erteilten Ratschläge nicht gebunden.

Der Anlageberater ist ermächtigt, unter der allgemeinen Kontrolle und Verantwortung der Verwaltungsgesellschaft für den Fonds im Rahmen der täglichen Anlagepolitik der Verwaltungsgesellschaft Einschätzungen, Ratschläge und Empfehlungen zur Wahl der Anlagen und zur Auswahl der zu erwerbenden oder zu verkaufenden Wertpapiere in dem Fonds abzugeben. Die Verwaltungsgesellschaft wird die tägliche Verwaltung des Fondsvermögens sicherstellen; sämtliche Anlageentscheidungen werden dementsprechend von der Verwaltungsgesellschaft getroffen.

[…]

Die Anlageentscheidungen für die Teilfonds werden von der Verwaltungsgesellschaft unter Berücksichtigung des Verwaltungsreglements getroffen ».

Le *Verkaufsprospekt* dans sa version du 14 novembre 2014 contient des stipulations très similaires dans son article I. (pièce 4 de la farde de Maître REUTER, page 2) :

« *Die Anlageentscheidungen für die Fonds werden von der Verwaltungsgesellschaft in ihrer Rolle als AIFM unter Berücksichtigung des Verwaltungsreglements getroffen. Die Verwaltungsgesellschaft kann auf eigene Verantwortung einen Anlageberater in Zusammenhang mit der Verwaltung der Vermögensgegenstände der Fonds hinzuziehen. Aufgabe des Anlageberaters ist insbesondere die Beobachtung der Finanzmärkte, die Analyse der Zusammensetzung des Fondsvermögens und die Abgabe von Anlageempfehlungen an die Verwaltungsgesellschaft unter Beachtung der Grundsätze der Anlagepolitik des Fonds und der Anlagebeschränkungen. Einem Anlageberater darf nicht die Befugnis zu Verfügungen über Vermögensgegenstände des Fonds eingeräumt werden.*

Die Verwaltungsgesellschaft hat die SOCIETE5.) AG mit Sitz in Schwaighofstr. 13, D-ADRESSE5.) als Anlageberater ernannt. Durch die Benennung des Anlageberaters können Interessenkonflikte entstehen, die im Abschnitt Interessenkonflikte näher beschrieben werden. Die SOCIETE5.) AG wurde am 12.1.1995 gegründet und ist beim Handelsregister München unter der Nummer HRB NUMERO6.) eingetragen. Sie untersteht der Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und hat von dieser die Erlaubnis zur Finanzportfolioverwaltung erhalten.

[…]

Der Anlageberater hat eine ausschließlich beratende Funktion und fällt nicht selbständig Anlageentscheidungen; die Verwaltungsgesellschaft ist an die vom Anlageberater erteilten Ratschläge nicht gebunden.

Der Anlageberater ist ermächtigt, unter der allgemeinen Kontrolle und Verantwortung der Verwaltungsgesellschaft für den Fonds im Rahmen der täglichen Anlagepolitik der Verwaltungsgesellschaft Einschätzungen, Ratschläge und Empfehlungen zur Wahl der Anlagen und zur Auswahl der zu erwerbenden oder zu verkaufenden Wertpapiere in dem Fonds abzugeben. Die Verwaltungsgesellschaft wird die tägliche Verwaltung des Fondsvermögens sicherstellen; sämtliche Anlageentscheidungen werden dementsprechend von der Verwaltungsgesellschaft getroffen ».

L'article 2 du *Verwaltungsreglement*, dans sa version de septembre 2007 (pièce 3 de la farde de Maître REUTER, page 13), stipule ce qui suit :

« *Die Verwaltungsgesellschaft verwaltet das Fondsvermögen bzw. die Teilfondsvermögen, vorbehaltlich der Anlagebeschränkungen in Artikel 4 des Verwaltungsreglements des Verkaufsprospektes, im eigenen Namen, jedoch ausschließlich im Interesse und für Rechnung der Anteilinhaber* ».

L'article 2 du *Verwaltungsreglement*, dans sa version de novembre 2014 (page 11), rajoute ce qui suit :

« *Die Verwaltungsbefugnis erstreckt sich auf die Ausübung aller Rechte, welche unmittelbar oder mittelbar mit den Vermögenswerten des Fonds zusammenhängen.*

Die Verwaltungsgesellschaft kann auf eigene Verantwortung einen Anlageberater in Zusammenhang mit der Verwaltung der Vermögensgegenstände der Fonds hinzuziehen. Aufgabe des Anlageberaters ist insbesondere die Beobachtung der Finanzmärkte, die Analyse der Zusammensetzung des Fondsvermögens und die Abgabe von Anlageempfehlungen an die Verwaltungsgesellschaft unter Beachtung der Grundsätze der Anlagepolitik des Fonds und der Anlagebeschränkungen. Einem Anlageberater darf nicht die Befugnis zu Verfügungen über Vermögensgegenstände des Fonds eingeräumt werden ».

Il résulte ce qui suit d'un courrier électronique du 20 janvier 2015 (15:20:24) adressé par PERSONNE4.) - *Direktor* et *SOCIETE4.) KGaA* - à PERSONNE3.) avec copie à PERSONNE1.) (pièce 15 de la farde de Maître REUTER):

« *SOCIETE5.)* AG] *als Anlageberater ist somit ermächtigt, unter der allgemeinen Kontrolle und Verantwortung der SOCIETE1.) für den Fonds im Rahmen der täglichen Anlagepolitik der Verwaltungsgesellschaft Einschätzungen, Ratschläge und Empfehlungen zur Wahl der Anlagen und zur Auswahl der zu erwerbenden oder zu verkaufenden Wertpapiere in dem Fonds abzugeben. Auf dieser Basis werden konkrete Anlageentscheidungen von SOCIETE1.) getroffen.*
Auch wenn die SOCIETE1.) als die Verwaltungsgesellschaft an Anlagevorschläge und Empfehlungen nicht gebunden ist, oblag und obliegt somit die Entscheidung über die grundsätzliche Investmentstrategie des Fonds der SOCIETE12.) ! »

Il faut lire le texte de ce courrier électronique ensemble avec l'article 2, (1) et (2), de l'*Anlageberatungsvertrag* du 6 août 2007 entre SOCIETE1.) et SOCIETE5.) AG (pièce 5 de la farde de Maître REUTER, page 2) :

« ***Artikel 2 Rechte und Pflichten des Anlageberaters***

(1) Der Anlageberater wir die relevanten Märkte beobachten und nach Einschätzung der Marktentwicklungen und in Übereinstimmung mit der Anlagepolitik der jeweiligen Teilfonds Ratschläge erteilen.

(2) Der Anlageberater ist nicht berechtigt, das Fondsvermögen beziehungsweise die jeweiligen Teilfondsvermögen nach eigenem Ermessen zu verwalten.

(3) Der Anlageberater hat bei Ausführung seiner Aufgaben zu beachten :

a) die Anlageziele des Fonds beziehungsweise der Teilfonds sowie Änderungen der Anlageziele, wie diese dem Anlageberater schriftlich von der Verwaltungsgesellschaft mitgeteilt werden

b) das Recht der Anteilinhaber, die Rücknahme ihrer Anteile zu fordern,

und

c) *dass er im Rahmen seiner Tätigkeit sämtliche einschlägigen gesetzlichen Vorschriften einhält und dabei stets mit der im Rechtsverkehr erforderlichen Sorgfalt handelt.*»

L'affirmation contenue dans le courrier électronique se trouve en parfaite cohérence avec les droits et obligations du conseil en investissement résultant de ce contrat. En effet, par ses recommandations tenant compte de la politique d'investissement déterminée par le prospectus et le règlement de gestion, le conseil en investissement a nécessairement, en pratique, une influence sur la stratégie d'investissement du SOCIETE5.). Au vu de la mission du conseil en investissement, cette influence existe d'ailleurs nécessairement dès lors que la société de gestion suit au moins une partie des recommandations de la part du conseil en investissement.

Ceci est confirmé par les déclarations du témoin PERSONNE5.), « *Leiter der Compliance-Abteilung des Bankhauses SOCIETE13.)* » dans le cadre du jugement du 8

juillet 2017 du *Landgericht München* (pièce 19 de la farde de Maître REUTER, page 18) :

« *Es werde eine bestimmte Strategie festgelegt, die im Verkaufsprospekt stehe. Die Anlagegrenzen würden in der Regel recht breit aufgestellt. Bei einem Publikumsfonds seien diese eher enger definiert, z.B. „europäischer Aktienfonds“. Bei einem Spezialfonds für vermögende Privatkunden seien die Grenzen eher breit, um dem Berater größeren Freiraum zu bieten* ».

L'affirmation contenue dans ce courrier électronique ne permet donc pas d'étayer la prétention de PERSONNE1.) selon laquelle SOCIETE1.) et SOCIETE3.) auraient violé leurs obligations découlant du prospectus et du règlement de gestion.

Il résulte ce qui suit du jugement du 8 juillet 2017 du *Landgericht München* qui reprend les déclarations du témoin PERSONNE6.) (pièce 19 de la farde de Maître REUTER, page 17) :

« *Die Entscheidung, welche Papiere und Anlagen erworben würden habe SOCIETE13.) treffen müssen. SOCIETE5.) habe nur Empfehlungen gegeben, habe aber keine Anlagepolitik vorbestimmt.*

Auf Nachfrage hat der Zeuge angegeben, dass er bei diesem Spezialfonds die Vertragsbedingungen nicht kenne, dass er aber der Meinung sei, dass SOCIETE13.) die endgültige Entscheidung bezüglich der Anlageentscheidungen habe treffen, also die eine oder andere Transaktion, Kauf oder Verkauf, habe ablehnen können ».

Il résulte ce qui suit des déclarations du témoin PERSONNE7.) repris dans le même jugement (pièce 19 de la farde de Maître REUTER, page 17) :

« *Er habe gewusst, dass aus dem Umfeld von Dr. PERSONNE3.) ein paar Anleger drin seien und dass man den als Subadvisor manage. Dies sei derjenige, der der Bank Orders habe aufgeben können. Die Bank habe zu prüfen gehabt, ob das im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten und Befugnisse abgegangen sei, z.B. ob das im Rahmen der Anlagepolitik gelaufen sei und habe dann die Order weiter geleitet. Die Bank habe beispielsweise dann, wenn die Bedingungen so gewesen seien, dass ausschließlich festverzinsliche oder liquide Werte gekauft werden dürften, sagen können, dass Aktien nicht möglich seien. Wenn Aktien zulässig gewesen wären, habe die Bank nicht sagen können, dass ihr eine Aktie zu spekulativ sei. Die Bank habe nur überprüft, ob das reinpasst oder nicht. Zwar kenne er den Anlageberatervertrag zwischen der SOCIETE5.) AG und SOCIETE13.) nicht. Seine Aussagen bezögen sich auf seine Kenntnisse generell bei Fonds. Demnach dürfe eine Order nur SOCIETE13.) weitergeben. Da könne man schon fragen, ob die eine Order weitergeben müssten. Er könne aber nur sagen, dass sie Orders in der Regel weitergeben würden, wenn sie im Rahmen der Politik seien* ».

Il résulte ce qui suit d'une *Erklärung* de PERSONNE2.) du 19 octobre 2015 (pièce 23 de la farde de Maître REUTER) :

« *3. Die Aufträge wurden von SOCIETE14.) binnen Minuten abgewickelt. Es wurden überwiegend Aktien, Aktienzertifikate oder sonstige derivative Produkte gehandelt, über die es in der Tat nicht viele Informationen gab. Eine Prüfung der getätigten Anlagen fand meines Erachtens defacto von Seiten SOCIETE14.) nicht statt. Überprüft wurde lediglich, ob Anlagegrenzen (also z.B. 20% Regelung) verletzt wurden. Eine inhaltliche Prüfung der Transaktionsvorschläge fand von Seiten SOCIETE14.) wohl nicht statt, die waren fachlich und auch zeitlich, auf Grund der Orderflut von anderen Fonds, vielleicht gar nicht in der Lage dazu.*

4. Die Auftragsvorschläge der SOCIETE12.) AG gingen immer per FAX an das Orderfax bei SOCIETE1.) et SOCIETE15.). Wenn einmal über Telefon vorgeschlagen wurde, so hatte ich meist Herrn […] *am Telefon. Die haben den Vorschlag aufgenommen. Allerdings musste dann immer noch ein FAX nachgesendet werden.*

5. Über Strategien oder die Anlagepolitik wurde nie gesprochen, dies war für SOCIETE14.) anscheinend nicht von Interesse ».

Pour être régulière, l'attestation doit respecter certaines règles de forme, plus amplement définies à l'article 402 du Nouveau Code de procédure civile. Or, même à admettre qu'une attestation ne remplisse pas toutes ces règles de forme, il convient de constater que cet article n'a pas assorti de nullité l'inobservation de ces prescriptions. Aussi, une attestation établie en méconnaissance de l'article 402 précité n'est pas nulle et il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement si l'attestation irrégulière en la forme présente des garanties suffisantes pour emporter sa conviction.

L'attestation testimoniale est soumise quant à sa crédibilité à l'appréciation souveraine des juges du fond qui peuvent soit ne pas en tenir compte, soit fonder sur elle leur décision. L'attestation est la relation écrite par un tiers de faits dont il a eu personnellement connaissance, parce qu'il les a constatés, vus ou entendus. Elle doit ainsi contenir la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés.

En l'espèce, la pièce intitulée « *Erklärung* » n'est pas manuscrite, de telle manière qu'elle ne permet pas d'identifier l'auteur de l'écrit. Elle contient une signature manuscrite, sans qu'il soit néanmoins possible de vérifier l'identité de la personne ayant signé ce document, aucune copie d'une pièce d'identité portant une signature n'étant attachée à la pièce. De même, la pièce n'indique pas qu'elle aurait été établie en vue de sa production en justice.

Au vu de ces éléments, il existe des doutes sur l'identité de l'auteur des déclarations contenues dans la pièce intitulée « *Erklärung* » de telle manière qu'elle ne présente pas des garanties suffisantes pour emporter la conviction du tribunal.

À titre superfétatoire, il y a lieu de préciser que, en premier lieu, cette « *Erklärung* » du 19 octobre 2015 reprend des impressions, voire des affirmations imprécises de la part de la personne s'exprimant, en ce qu'elle comporte les expressions « *überwiegend* », « *meines Erachtens* », « *wohl* », « *vielleicht* » et non pas des éléments factuels qu'elle aurait personnellement constatés. En second lieu, les points 4. et 5. reprennent des

éléments factuels concernant, d'une part, la transmission des informations (4) et l'absence de discussion sur la stratégie générale et la politique d'investissement (5).

Pour ce qui est de cette absence de discussion, il y a cependant lieu de constater que, d'une part, il résulte clairement des stipulations précitées du prospectus et du règlement de gestion que toutes les décisions d'investissement sont prises sous la seule responsabilité de SOCIETE1.) et que, d'autre part, il résulte ce qui suit de l'article 2, (3), de l'*Anlageberatungsvertrag* du 6 août 2007 entre SOCIETE1.) et SOCIETE5.) AG (pièce 5 de la farde de Maître REUTER, page 2) dont il y a lieu de rappeler le contenu :

« *Der Anlageberater hat bei Ausführung seiner Aufgaben zu beachten :*

a) die Anlageziele des Fonds beziehungsweise der Teilfonds sowie Änderungen der Anlageziele, wie diese dem Anlageberater schriftlich von der Verwaltungsgesellschaft mitgeteilt werden
b) das Recht der Anteilinhaber, die Rücknahme ihrer Anteile zu fordern, und
c) *dass er im Rahmen seiner Tätigkeit sämtliche einschlägigen gesetzlichen Vorschriften einhält und dabei stets mit der im Rechtsverkehr erforderlichen Sorgfalt handelt.* »

Il en résulte que dans le cadre de ses conseils à la société de gestion, le conseil en investissement avait connaissance de la politique d'investissement du SOCIETE5.) telle que résultant du prospectus et du règlement de gestion et qui, d'après le contrat, lui ont été communiqués par la société de gestion.

Enfin pour ce qui est de l'affirmation « *Die Aufträge wurden von SOCIETE16.) binnen Minuten abgewickelt* », il n'en résulte pas nécessairement une absence de contrôle de la part de SOCIETE1.) et SOCIETE3.).

Il résulte par ailleurs des pièces versées par SOCIETE1.) et SOCIETE3.) que SOCIETE1.) n'a pas suivi toutes les propositions d'investissement de la part de SOCIETE5.) (voir les *Anlagevorschläge* qui comportent les mentions *Kontrolle und Freigabe* ainsi que les signatures de deux salariés de SOCIETE1.) – pièce 25 de la farde de LUTHER – voire des refus de la part de SOCIETE1.) – pièces 26 et 27 de la farde de LUTHER).

En conclusion, PERSONNE1.) n'établit pas que SOCIETE1.) et SOCIETE3.) auraient violé le prospectus ainsi que le règlement de gestion en ce sens qu'elles n'auraient pas pris elles-mêmes les décisions d'investissement et auraient simplement suivi les propositions de SOCIETE5.) sans contrôle. Il faut rappeler que même si cette preuve était rapportée, il résulte clairement du prospectus et du règlement de gestion que toutes les décisions d'investissement sont prises par et sous la responsabilité de la société de gestion.

4.6.1.2. <u>Quant au prétendu non-respect de la politique d'investissement</u>

SOCIETE1.) et SOCIETE3.) n'auraient pas respecté la politique d'investissement résultant du prospectus et du règlement de gestion. En particulier, PERSONNE1.) critique que le portefeuille n'aurait pas été conforme à l'objectif d'une augmentation de valeur continue de ses fonds (« *nachhaltige Vermögensentwicklung* »), qu'il aurait comporté des valeurs non cotées, et qu'il y aurait eu spéculation sur des produits dérivés.

4.6.1.2.1. Quant à l'augmentation de valeur continue de ses fonds (« nachhaltige Vermögensentwicklung »)

Il y a lieu de reprendre dans un premier temps les règles générales résultant du prospectus.

Le *Verkaufsprospekt* dans sa version de septembre 2007 stipule ce qui suit dans son article II, 1. (pièce 3 de la farde de Maître REUTER, page 3) :

« ***SOCIETE5.)***

Anlagepolitik

Ziel der Anlagepolitik ist eine nachhaltige Wertsteigerung der von den Kunden eingebrachten Anlagemittel.

Hauptziel der Anlagepolitik des Teilfonds ist das Anstreben möglichst kontinuierlicher Wertsteigerungen, unabhängig von der Stärke und Richtung der Kursbewegungen an den internationalen Kapitalmärkten. Bei der Auswahl der Finanzinstrumente werden sowohl fundamentalanalytische- als auch technische Indikatoren herangezogen. Investitionsschwerpunkte bilden Investitionen an den europäischen und amerikanischen Aktienmärkten. Investitionen in die Märkte mit geringeren Marktkapitalisierungen (z.B. Schwellenländer) können ebenfalls getätigt werden.

Für den Teilfonds werden hierzu nach dem Grundsatz der Risikostreuung weltweit Aktien und aktienähnliche Wertpapieren, wie z.B. Genuss- oder Partizipationsscheinen gemäß Artikel 4 des Verwaltungsreglements, Partizipationszertifikate, welche die Wertentwicklung von Aktien, Aktienindices, Rohstoffen und Rohstoffindices oder anderen Basiswerten (die an Börsen, auf sonstigen Märkten, die anerkannt, für das Publikum offen, und deren Funktionsweise ordnungsgemäß ist – „geregelte Märkte" – amtlich notiert oder gehandelt werden) nachbilden, fest- und variabelverzinsliche Wertpapiere und jede Art von sonstigen im Rahmen von Artikel 4 des nachstehenden Verwaltungsreglements zulässige Vermögenswerte erworben.

Der Teilfonds darf bis zu 100% seiner SOCIETE17.) in Form von Bankguthaben und regelmäßig gehandelten Geldmarktpapieren halten. Die Geldmarktpapiere dürfen zum Zeitpunkt des Erwerbs eine Restlaufzeit von höchstens 12 Monaten haben.

Je nach Einschätzung der Markt-, Ertrags- und Risikolage können bis zu 100% des Fondsvermögens in eine der o.g. Assetklassen angelegt werden.

Der SOCIETE5.) kann ferner in Höhe von bis zu 30% seines Nettovermögens Kredite aufnehmen. Ein Kredit kann in Anspruch genommen werden zur Abwicklung des Anteilgeschäftes, zur Tätigung von Investitionen.

Derivateeinsatz

Zur Absicherung als auch zum effizienten Portfoliomanagement darf der Teilfonds abgeleitete Finanzinstrumente (wie z.B. Optionen, Terminkontrakte auf Finanzinstruments sowie Optionen auf solche Verträge und freihändige Swap-Verträge auf alle Arten von Finanzinstrumenten) sowie sonstige Techniken und Instrumente gemäß Artikel 4 des nachstehenden Verwaltungsreglements einsetzen.

Um das Anlagerisiko so weit wie möglich zu minimieren, unterliegt die Anlage des Teilfondsvermögens dem Grundsatz der Risikostreuung gemäß Artikel 4 des nachfolgend aufgeführten Verwaltungsreglements. Dennoch kann die Gefahr eines vollständigen Wertverlustes einzelner, für das Teilfondsvermögen erworbener Vermögenswerte nicht gänzlich ausgeschlossen werden. »

Le *Verkaufsprospekt* dans sa version de novembre 2014, contient des stipulations très similaires dans son article II, 1. (pièce 4 de la farde de Maître REUTER, pages 3 à 4).

L'article 4, I, du *Verwaltungsreglement*, dans sa version de septembre 2007, stipule ce qui suit :

« *Ziel der Anlagepolitik ist eine nachhaltige Wertsteigerung der von den Kunden eingebrachten Anlagemittel.*

Hauptziel der Anlagepolitik des Fonds sowie der jeweiligen Teilfonds ist das Anstreben möglichst kontinuierlicher Wertsteigerungen, unabhängig von der Stärke und Richtung der Kursbewegungen an den internationalen Kapitalmärkten. Das Ziel ist die Erwirtschaftung absoluter, möglichst schwankungsarmer Anlageergebnisse aus Erträgen und Wertsteigerungen sowohl in steigenden als auch in fallenden Aktien- und Anleihenmärkten. »

Le *Verwaltungsreglement* dans sa version de novembre 2014, contient des stipulations très similaires dans son article II, 1. (page 12).

PERSONNE1.) critique d'abord des opérations relatives à l'année 2008. Étant donné qu'il a été décidé que ses droits antérieurs au 28 août 2010 sont prescrits, il n'y a pas lieu de s'intéresser à ces opérations.

Il critique ensuite l'acquisition de *Genussscheine* de la *SOCIETE10.) GmbH* et d'*Anteilsrechte* de la *SOCIETE18.)*. sans donner plus de précisions pourquoi ces acquisitions seraient critiquables. Il résulte en particulier du prospectus que l'acquisition de *Genussscheine* était explicitement admise en l'espèce.

PERSONNE1.) produit un rapport établi par PERSONNE9.) de la SOCIETE7.) AG le 25 mai 2020 (pièce 22 de la farde de Maître REUTER) :

« *Als Hauptziel wird im Artikel 4 das „Anstreben möglichst kontinuierlicher Wertsteigerung“ angegeben. Weiter steht im Verkaufsprospekt: „Das Ziel ist die Erwirtschaftung absoluter, möglichst schwankungsarmer Anlageergebnisse…“*

Im Widerspruch dazu stehen die Höhe der jeweiligen Turnover Rate in den jeweiligen Geschäftsjahren lt. den uns vorliegenden Jahresberichten:

[…]

Die Turnover Rate oder auch Umschichtungsquote gibt an, wieviel Prozent eines Portfolios in einem Berichtszeitraum umgeschichtet werden. »

SOCIETE1.) et SOCIETE3.) produisent un rapport de PERSONNE10.) du 26 février 2021 qui analyse et commente le rapport de PERSONNE9.) (pièce 4 de la farde déposée le 21 décembre 2021 LUTHER) :

« *Affirmation 1 : Le taux de rotation historique du Fonds est contraire à son objectif d'investissement.*

Les taux de rotation historiques renseignés dans les rapports annuels du Fonds se situent, a priori, dans la fourchette de marché pour un fonds géré activement. En effet, la Commission de Surveillance du Secteur Financier […] *considérait dans le cadre de sa pratique administrative de l'époque, qu'un taux de rotation inférieur à 600% était acceptable. Les taux historiques du fonds sont inférieurs à ce pourcentage.*

De plus, le Rapport n'explique pas dans quelle mesure un taux de rotation plus ou moins élevé serait révélateur d'une bonne ou mauvaise performance du Fonds. L'objectif d'un fonds géré activement est précisément de viser une augmentation de valeur continue de ses avoirs en sachant prendre des décisions d'achat et de vente qui s'imposent en fonction de l'évolution des marchés. »

Il résulte de ces deux analyses qu'elles se contredisent en tous points, de telle manière que le tribunal retient qu'en l'absence d'éléments de preuve étayant la thèse de PERSONNE1.), il n'est pas établi que SOCIETE1.) et SOCIETE3.) auraient commis une faute en relation avec l'objectifs résultant du prospectus.

Le tribunal note encore la partie III « *Risikohinweise und Risikokontrolle* » du *Verkaufsprospekt* (dans sa version de septembre 2007, pages 5 à 6 et dans sa version du 14 novembre 2014, pages 4 à 6) :

« *Eine Anlage in den Fonds ist mit den nachfolgenden Risiken verbunden.*

1. *Allgemeine Risikohinweise*

   Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Anlage in den Fonds ein erhöhtes Verlustrisiko mit sich bringt. Anteile des Fonds sind Wertpapiere, deren Preise durch die Kursschwankungen der im Portfolio des Fonds befindlichen Vermögenswerte bestimmt werden und deshalb steigen oder auch fallen können. Es kann daher grundsätzlich keine Zusicherung gegeben werden, dass die Ziele

der Anlagepolitik erreicht werden. Auch kann nicht zugesichert werden, dass im Fall einer Rückgabe von Anteilen der Anteilsinhaber den Wert seiner ursprünglichen Anlage zurückerlangt. »

Ce passage se termine à la page 6 par les deux paragraphes suivants :

« *Die Gesellschaft ist bemüht, die genannten Risiken durch Anzahlt und Streuung der Anlagen des Sondervermögens zu minimieren.*

Es kann jedoch keine Zusicherung gegeben werden, dass die Ziele der Anlagepolitik erreicht werden. »

La société de gestion n'est tenue que d'une obligation de moyens parce que la gestion du portefeuille relevant du SOCIETE5.) dépend de circonstances indépendantes de sa diligence, comme les variations de la conjoncture économique. En raison du caractère aléatoire des résultats, la société de gestion promet seulement d'agir au mieux en vue d'obtenir les bons résultats espérés, sans les garantir. Elle n'engage sa responsabilité que si elle commet une faute qui doit être prouvée, étant entendu que sa gestion doit être appréciée d'après son résultat global.

La société de gestion peut décider de son propre chef de lancer des ordres d'achat ou de vente pour le fonds. Elle est libre de gérer les valeurs qui lui sont confiées dans le cadre de la stratégie définie et n'est pas responsable du résultat en raison de l'aléa, sauf prise anormale de risque. En d'autres termes, la société de gestion a une obligation générale de mise en garde, mais une fois celle-ci accomplie, elle n'a pas à assumer les conséquences d'un éventuel fourvoiement. Le souscripteur demeure maître de ses choix ; il a été averti par la société de gestion des risques encourus, il doit donc, en même temps qu'il les accepte, se résigner à porter à l'extrême son infortune. (TAL, 26 novembre 2004, n° 1253/04, n° 81.388 du rôle, à propos de la responsabilité du banquier dans le cadre du mandat de gestion discrétionnaire).

Il est rappelé qu'il résulte aussi de la *Zeichnungsverpflichtung* signée le 24 septembre 2007 (pièce 1 de la farde de Maître REUTER, page 2) et de celle signée le 6 novembre 2007 (pièce 2 de la farde de Maître REUTER, page 2) par PERSONNE1.) que :

« *1)* […]

Der Unterzeichnete bestätigt, dass seine hiermit eingegangene Verpflichtung den Bestimmungen und Bedingungen dieser Zeichnungsverpflichtung und des Verkaufsprospektes unterliegt.

2) Der Unterzeichnete bestätigt, ein Exemplar des aktuellen Verkaufsprospektes erhalten und dessen Inhalt zur Kenntnis genommen zu haben und keine weiteren Informationen zu benötigen, um die vorliegende Anlageentscheidung treffen zu können.

[…]

3) Der Unterzeichnete bestätigt, den Inhalt des Verkaufsprospektes und der Satzung der Gesellschaft hinsichtlich der darin aufgeführten Risikofaktoren zur Kenntnis genommen zu haben.

- *Er bestätigt ferner, […] (iii) ausreichend Zugang zu den Informationen hinsichtlich der Tätigkeiten, der Verwaltung und der Perspektiven des Fonds erhalten zu haben, um in die Lage versetzt zu werden, das hiermit eingegangene Investment in Anteilen des Fonds ausreichend berechnen und einschätzen zu können.* »

En l'espèce, PERSONNE1.) a été clairement informé, voire mis en garde au sujet des risques encourus en cas d'investissement dans le fonds et la preuve du non-respect de la politique d'investissement du SOCIETE5.) n'est pas rapportée, de telle manière que les pertes résultant de l'évolution des cours des valeurs souscrites par le SOCIETE5.) ne peuvent pas être imputée à SOCIETE1.) et SOCIETE3.).

4.6.1.2.2. Quant à la prétendue spéculation avec des instruments dérivés

PERSONNE1.) produit un rapport établi par PERSONNE9.) de la SOCIETE7.) AG le 25 mai 2020 (pièce 22 de la farde de Maître REUTER) :

« *Ein wesentlicher Teil dieser Transaktionen fällt bei diesem Teilfonds auf Optionsscheine. Dies ist unseres Erachtens nicht mit den genannten Anlagezielen wie kontinuierlicher Wertzuwachs und schwankungsarm vereinbar. Optionsscheine sind Derivate und werden deshalb als besonders risikoreiche Anlageform erachtet.* »

Le *Verkaufsprospekt* dans sa version de septembre 2007 admet dans son article II, 1. (page 3) l'utilisation de dérivés :

« ***Derivateeinsatz***

Zur Absicherung als auch zum effizienten Portfoliomanagement darf der Teilfonds abgeleitete Finanzinstrumente (wie z.B. Optionen, Terminkontrakte auf Finanzinstruments sowie Optionen auf solche Verträge und freihändige Swap-Verträge auf alle Arten von Finanzinstrumenten) sowie sonstige Techniken und Instrumente gemäß Artikel 4 des nachstehenden Verwaltungsreglements einsetzen.

Um das Anlagerisiko so weit wie möglich zu minimieren, unterliegt die Anlage des Teilfondsvermögens dem Grundsatz der Risikostreuung gemäß Artikel 4 des nachfolgend aufgeführten Verwaltungsreglements. Dennoch kann die Gefahr eines vollständigen Wertverlustes einzelner, für das Teilfondsvermögen erworbener Vermögenswerte nicht gänzlich ausgeschlossen werden. »

Le *Verkaufsprospekt*, dans sa version de novembre 2014, contient des stipulations très similaires dans son article II, 1. (page 4).

Les règles concernant l'utilisation de dérivés sont explicitées à l'article 3.1 du *Verwaltungsreglement* de la même date :

« *3.1 Beschränkungen in Bezug auf derivative Finanzinstrumente*

Die Teilfonds des Fonds werden Derivate und Terminkontrakte zur Absicherung von Währungsrisiken oder/und zur Optimierung und Umsetzung der jeweiligen Anlagestrategie einsetzen. »

Le *Verwaltungsreglement*, dans sa version de novembre 2014, contient des stipulations identiques dans son article 3.1. (page 14).

L'utilisation de dérivés est donc admise, et contrairement aux prétentions de PERSONNE1.) aussi en dehors de la couverture de taux de change.

SOCIETE1.) et SOCIETE3.) produisent un rapport de PERSONNE10.) du 26 février 2021 qui analyse et commente le rapport de PERSONNE9.) (pièce 4 de la farde déposée le 21 décembre 2021 par LUTHER) :

« ***Affirmation 2 : L'investissement en options est contraire à la politique d'investissement du Fonds.***

Le Rapport mentionne que le recours à l'investissement en options n'est pas conforme à la politique d'investissement du Fonds en raison du caractère très risqué de ce type d'instruments financiers.

Néanmoins, l'investissement en options n'est pas en soi un investissement très risqué, tant que la stratégie sous-jacente nécessitant le recours à des options est réfléchie. En effet, cette dernière peut justement viser un objectif de limitation des risques auxquels est exposé un portefeuille d'actifs, telle que par exemple une stratégie de couverture de taux de change. »

D'une part, l'utilisation de dérivés était admise tant dans le prospectus que dans le règlement de gestion. Le tribunal note en particulier que les dérivés peuvent être utilisés tant pour la couverture de risques résultant du taux de change que, plus généralement, dans le cadre de la mise en œuvre de la politique d'investissement respective.

D'autre part, l'expert intervenant pour SOCIETE1.) et SOCIETE3.) contredit en tous points l'analyse résultant du rapport SOCIETE7.), de telle manière que ce rapport est en tout point contesté.

Le tribunal retient qu'en l'absence d'éléments de preuve étayant la thèse de PERSONNE1.), il n'est pas établi que SOCIETE1.) et SOCIETE3.) auraient commis une faute en relation avec l'utilisation de dérivés.

4.6.1.2.3. Quant à la détention par le SOCIETE5.) de d'instruments financiers non cotés

Il résulte du rapport annuel 2013, au 31 juillet 2013, que le SOCIETE5.) a détenu à cette date les instruments financiers non cotés suivants :

- SOCIETE18.) Corp. Registered Shares 12,40% du patrimoine du SOCIETE5.)
- SOCIETE10.) GmbH Vink.Nam.-Genußr. 10,66% du patrimoine du SOCIETE5.)

Par conséquent, à cette date 23,06% du patrimoine du SOCIETE5.) étaient investis dans des instruments financiers non cotés.

L'article 2 du *Verwaltungsreglement* de septembre 2007 stipule :

« *Beschränkungen für Anlagen in Wertpapieren sowie Geldmarktinstrumenten*

Ein Teilfonds kann grundsätzlich nicht :

a) mehr als 20 % seiner Aktiva in Wertpapiere anlegen, die nicht zum Handel an einer Wertpapierbörse zugelassen sind oder auf einem anderen geregelten Markt gehandelt werden, der anerkannt, für das Publikum offen und dessen Funktionsweise ordnungsgemäß ist,
b) mehr als 10 % der verbrieften Rechte derselben Art ein und desselben Emittenten erwerben,
c) *mehr als 20 % seiner Aktiva in verbriefte Rechte ein und desselben Emittenten anlegen.* »

Ce texte doit être interprété en ce sens que le SOCIETE5.) ne pouvait pas investir, voire placer plus de 20% de ses actifs dans des instruments financiers non cotés. Il faut ainsi se placer au moment de l'acte de placement ou d'investissement afin de faire fructifier ces actifs. En effet, il est tout à fait envisageable qu'un fonds investisse dans des instruments à un certain moment et que ces instruments, par l'augmentation de leur valeur, dépassent à un autre moment la limite prévue par le règlement de gestion. Il ne résulte pas de ce règlement que dans une telle hypothèse, les instruments doivent être cédés. De même, des instruments peuvent être cotés au moment de leur acquisition, et le fait qu'ils ne soient plus cotés dans la suite, ne doit pas avoir d'incidence sur la décision d'acquisition initiale, et ne devrait pas avoir pour conséquence une obligation de cession de ces instruments.

Pour ce qui est du *SOCIETE10.) GmbH*, le tribunal constate ce qui suit

	Parts	Valeur	% des actifs
Rapport au 31 juillet 2009	300.000	306.000.- EUR	6,62
Rapport au 31 juillet 2010	300.000	304.500.- EUR	5,39
Rapport au 31 juillet 2011	300.000	309.090.- EUR	3,46
Rapport au 31 juillet 2012	300.000	317.880.- EUR	7,01
Rapport au 31 juillet 2013	300.000	318.660.- EUR	10,66
Rapport au 31 juillet 2014	300.000	286.794.- EUR	10,29

Il en résulte que la valeur de ces instruments a légèrement évolué au cours des années concernées, tandis que leur part dans les actifs a constamment augmenté depuis 2011 (progression de 3,46% à 10,66% sans qu'il y ait eu de nouvelles acquisitions).

Pour ce qui est des *SOCIETE18.) Corp. RESTRICTED SEC* (actions cotées), le tribunal constate ce qui suit :

	Parts	Valeur	% des actifs
Rapport au 31 juillet 2011	16.208	74.584,68.- EUR	0,83
Rapport au 31 juillet 2012	16.208	137.041,74.- EUR	3,02

Pour ce qui est des *SOCIETE18.) Corp. Registered Shares* (actions non cotées), le tribunal constate ce qui suit :

	Parts	Valeur	% des actifs
Rapport au 31 juillet 2013	46.794	370.495,00.- EUR	12,40
Rapport au 31 juillet 2014	46.794	480.288,27.- EUR	17,22
Rapport au 31 juillet 2015	46.794	521.251,79.- EUR	22,00

Le tribunal note par ailleurs que ces actions non cotées SOCIETE18.) Corp. ont toutes été acquises pendant la période couverte par le rapport au 31 juillet 2013 (« *Käufe/Zugänge im Berichtszeitraum* »).

Il convient aussi de noter que contrairement à ce que prétendent SOCIETE1.) et SOCIETE3.), l'augmentation de la valorisation des actions SOCIETE18.) Corp. (au 22 novembre 2013) n'avait pas encore été prise en compte dans le rapport au 31 juillet 2013. (voy. page 6, *in fine*, du *Jahresbericht zum 31. Juli 2013*, pièce 21 de la farde de Maître REUTER)

Il y a donc lieu de retenir que le rapport au 31 juillet 2013 documente le dépassement du taux de 20% prévu par le règlement de gestion.

En l'absence de preuve par SOCIETE1.) et SOCIETE3.) que ce dépassement n'existait pas au moment de l'acquisition des actions *SOCIETE18.) Corp. Registered Shares*, il y a lieu de retenir qu'en dépassant le taux de 20% pour les investissements dans des instruments financiers non cotés, la société de gestion a agi en violation du règlement de gestion du SOCIETE5.).

4.6.1.3. Quant à la prétendue communication d'informations inexactes

Selon PERSONNE1.), PERSONNE2.) et SOCIETE5.) lui auraient communiqué pendant des années des fausses informations sur l'évolution du SOCIETE5.). Il n'aurait jamais eu de contact avec la société de gestion et la banque de dépôt et il n'aurait pas reçu d'informations de la part de SOCIETE1.) entre 2007 et 2014. Il n'y aurait pas eu de communication directe entre PERSONNE1.) et SOCIETE1.) et/ou SOCIETE4.). Or, SOCIETE1.) aurait dû communiquer directement avec PERSONNE1.) lorsque le SOCIETE5.) enregistrait des pertes substantielles. Elle n'aurait pas loyalement exécuté ses obligations découlant de la relation contractuelle avec PERSONNE1.).

Il résulte ce qui suit du jugement du 8 juillet 2017 du *Landgericht München* qui reprend les déclarations de PERSONNE2.) (pièce 19 de la farde de Maître REUTER, p. 12) :

« *Wenn Transaktionen getätigt worden seien, seien die entsprechenden Nachweise von An- und Verkäufen nur an die SOCIETE5.) AG geschickt worden.*

Es sei de facto so gewesen, dass Dr. PERSONNE3.) von SOCIETE13.) nie irgendwelche Informationen über Kursstände erhalten habe. […] *PERSONNE1.) sei bei Dr. PERSONNE11.) in der Informationskette gewesen* ».

Il faut cependant rappeler en l'espèce les obligations découlant pour les parties de la loi et du prospectus :

L'article 52, (1), de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés dispose :

« *La société d'investissement et la société de gestion pour chacun des fonds communs de placement qu'elle gère, doivent établir :*
– un document d'émission, et
– un rapport annuel par exercice ».

De même, son article 57 dispose :

« *(1) Le document d'émission et le dernier rapport annuel publié sont remis sans frais aux souscripteurs qui le demandent.*
(2) Le rapport annuel est remis sans frais aux investisseurs qui le demandent. »

Il résulte clairement de la combinaison des articles 52 et 57 de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés que les souscripteurs qui peuvent obtenir le rapport annuel à leur demande ont une obligation de s'informer.

La doctrine interprète ces textes de la manière suivante :

« *Il suffit qu'ils soient fournis sans frais aux investisseurs qui souhaitent en obtenir un exemplaire. Ils doivent enfin être mis à la disposition des investisseurs de la manière indiquée dans le prospectus* » (C. KREMER et I. LEBBE, *Organismes de placement collectif*, Larcier, 3e éd., 2014, n° 941, p. 360).

L'article 13 du *Verwaltungsreglement des SOCIETE5.)* intitulé *Veröffentlichungen* stipule :

« *Der Ausgabepreis und der Rücknahmepreis sind jeweils am Sitz der Verwaltungsgesellschaft und bei der Zahlstelle des Fonds verfügbar. Der Anteilwert kann am Sitz der Verwaltungsgesellschaft angefragt werden.*

Nach Abschluss eines jeden Rechnungsjahres wird die Verwaltungsgesellschaft den Anteilinhabern einen geprüften Jahresbericht zur Verfügung stellen, der Auskunft gibt über den Fonds bzw. die Teilfonds, dessen Verwaltung und die erzielten Resultate. Der Jahresbericht ist für die Anteilnehmer am Sitz der Verwaltungsgesellschaft, der Depotbank und bei der Zahlstelle erhältlich. »

Il en résulte que tant la valeur des parts que le rapport annuel du SOCIETE5.) étaient disponibles pour les souscripteurs au siège de la société de gestion et de l'agent payeur, voire de la banque de dépôt (pour ce qui est du rapport annuel) et que PERSONNE1.) avait à tout moment la possibilité d'obtenir ces informations, et ce dès la souscription au SOCIETE5.).

Il résulte ce qui suit du jugement du 8 juillet 2017 du *Landgericht München* (p. 6) :

« *Dies war ihm möglich, da der Wert der Fondsanteile von SOCIETE13.) zwar routinemäßig dem Angeklagten als dem zuständigen Mitarbeiter der Beratungsgesellschaft SOCIETE5.) AG mitgeteilt wurde, jedoch nicht den Anlegern. Diese bzw. deren Beauftragte hätten bei der Bank nachfragen müssen, was sie nicht taten. Die Anteilswerte wurden von SOCIETE13.) auch sonst nicht allgemein veröffentlicht. Daher verließen sich die Anleger auf die Angaben des Angeklagten und waren über die wahre Kursentwicklung ab dem Jahr 2010 in Unkenntnis.* »

Si PERSONNE1.) s'est fié aux informations qui lui ont été transmises par PERSONNE2.) et SOCIETE5.), il n'en reste pas moins qu'il avait la possibilité d'obtenir les informations correctes de la part de SOCIETE1.) et SOCIETE3.) qui n'étaient pas tenues d'une obligation d'information à son égard, allant plus loin que ce qui est prévu par la loi et par le prospectus et par le règlement de gestion. Or, contrairement à ce qui est prévu par ces documents, PERSONNE1.) ne s'est apparemment jamais adressé à SOCIETE1.) et SOCIETE3.) afin d'obtenir ces informations. Il avait donc dès la souscription des parts, la possibilité d'obtenir les informations nécessaires, ce qui résulte - contrairement à ses prétentions - du jugement précité du *Landgericht München* (p. 6).

PERSONNE1.) ne peut donc pas reprocher à SOCIETE1.) et SOCIETE3.) de ne pas lui avoir communiqué des informations qu'il lui appartenait de demander à ces dernières et que ces dernières étaient alors - et uniquement en présence d'une demande de sa part - tenues de lui communiquer sur demande en application de leurs obligations légales et conventionnelles.

En conclusion, et en tenant compte des obligations de SOCIETE1.) et SOCIETE3.) découlant de la loi, du prospectus et du règlement de gestion, il y a lieu de retenir que SOCIETE1.) et SOCIETE3.) n'ont pas violé une quelconque obligation d'information ou de loyauté en relation avec les demandes posées par PERSONNE1.). Ce dernier est donc à débouter de ses demandes sur ces fondements qui sont non fondées.

4.6.1.4. Quant au prétendu défaut de vigilance de SOCIETE1.) et SOCIETE3.)

PERSONNE1.) prétend que si SOCIETE1.) et SOCIETE3.) avaient déjà été en possession des documents intitulés « *Vermögensstatus* » des 25 juin 2010 et 29 octobre 2012 (pièces 24 et 25 de la farde de Maître REUTER) à leurs dates respectives, elles auraient dû se rendre compte de la discordance entre les valeurs respectives attribuées à la participation dans le SOCIETE5.) et elles auraient dû agir dès 2010 en tenant compte de cette découverte, si elles avaient exécuté leurs obligations correctement.

PERSONNE1.) invoque ainsi la violation de la part de SOCIETE1.) et SOCIETE3.) de leur devoir de vigilance.

En ce qui concerne l'obligation de vigilance, voire de surveillance du banquier, il est admis « *qu'il lui incombe, sous peine d'engager sa responsabilité, de relever les " anomalies apparentes " qui sont des irrégularités qui ne doivent pas échapper au banquier normalement vigilant tout en tenant compte du fait qu'un banquier doit accomplir quotidiennement une multitude d'opérations et qu'il lui est matériellement impossible de se livrer à des investigations pour chacune d'entre elles* » (Cour d'appel, 29 avril 2020, n° 61/20, n° CAL-2019-00961 du rôle).

Les deux documents intitulés « *Vermögensstatus* » versés par PERSONNE1.) font référence à un « *SOCIETE21.)*. » sans plus de détail, et qui pourrait inclure d'autres participations que celle dans le SOCIETE5.), de telle manière qu'il n'est pas certain que même si une prétendue « *anomalie* » avait existé, elle serait nécessairement « *apparente* ».

En conclusion, il y a lieu de retenir que PERSONNE1.) ne rapporte pas la preuve d'une faute de la part de SOCIETE1.) et SOCIETE3.) dans ce contexte.

4.6.1.5. <u>Quant au moyen subsidiaire relatif à la prétendue existence d'un mandat apparent</u>

La théorie du mandat apparent consacre le principe suivant lequel une personne, le prétendu mandant, peut être engagée vis-à-vis d'un tiers qui a conclu un contrat avec une autre personne, appelé le mandataire apparent, lorsque ce tiers n'a pas de raison de suspecter le pouvoir de représentation de son interlocuteur parce que les circonstances l'autorisent à ne pas vérifier les limites exactes de ce pouvoir. Le tiers qui demande au prétendu mandant l'exécution d'un engagement souscrit envers lui par le mandataire apparent n'a pas à prouver un contrat de mandat, mais une apparence de mandat. Il s'agit d'un simple fait dont la preuve est libre. Le mandant apparent est lié vis-à-vis des tiers si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs (Cour de cassation française, assemblée plénière, 13 décembre 1962, *D*. 1963, p. 277, *JCP* 1963, II, 13105). Depuis cet arrêt de la Cour de Cassation française, la faute du mandant n'est plus requise pour l'admission du mandat apparent et « *le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée* ».

Le caractère légitime de la croyance du tiers s'apprécie au regard des circonstances de la cause : il faut à la fois qu'il y ait eu apparence de mandat et que les circonstances aient autorisé celui qui se prévaut de la théorie à ne pas vérifier la réalité des pouvoirs du « *mandataire* » (Cour d'appel, 13 janvier 1998, n° 19.576 du rôle). Le tiers ne peut bénéficier de la théorie du mandat apparent que s'il est de bonne foi qui implique que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les pouvoirs du mandataire apparent. Les circonstances retenues par la jurisprudence pour légitimer l'erreur du tiers quant au pouvoir du prétendu mandataire sont appréciées par rapport à la nature de l'acte accompli par le prétendu mandataire, la qualité et l'attitude du mandataire et enfin la personnalité du tiers qui a contracté avec le prétendu mandataire. Pour les actes d'une

certaine importance la jurisprudence s'est toujours montrée très restrictive pour l'application de la théorie du mandat apparent (Cour d'appel, 18 mars 1993, n° 13.501 du rôle).

La théorie du mandat apparent ne trouve pas seulement application en cas de dépassement de pouvoirs, mais également en cas d'absence de pouvoirs (Trib. Luxembourg, 15 novembre 2006, n° 222/2006, n° 97097 du rôle).

La bonne foi du tiers de même que sa croyance légitime dans les pouvoirs du prétendu mandataire doivent s'apprécier au moment de la conclusion de l'acte litigieux et non pas à une date postérieure (Cour d'appel, 12 février 2020, n° 24/20, n° CAL-2019-00569 du rôle).

Pour ce qui est des décisions d'investissement, il résulte de ce qui a été décidé antérieurement que la société de gestion est pleinement responsable des décisions prises, mais que PERSONNE1.) n'a pas rapporté la preuve d'une faute de la part de SOCIETE1.) et SOCIETE3.). Il n'y donc pas lieu de revenir sur ces questions dans ce contexte, le mandat apparent visant à imputer des décisions à SOCIETE1.) et SOCIETE3.) qui, en application de la loi, du prospectus et du règlement de gestion émanent de et sont prises sous la responsabilité de la société de gestion.

Pour ce qui est des fausses informations communiquées par PERSONNE2.) et SOCIETE5.), PERSONNE1.) prétend que ces informations lui auraient été communiquées en vertu d'un mandat apparent de la part de SOCIETE1.) et SOCIETE3.) de telle manière que les fausses informations seraient imputables à ces dernières et engageraient leur responsabilité. En effet, selon PERSONNE1.), dans la mesure où il n'y aurait jamais eu d'échange ou contact avec SOCIETE1.) et SOCIETE3.) il n'aurait pas eu de raison de croire que les communications entre lui et PERSONNE2.)/SOCIETE5.) ne lieraient pas SOCIETE1.) et SOCIETE3.). Il n'aurait donc pas été tenu de contrôler la véracité des informations qui lui auraient été communiquées par PERSONNE2.)/SOCIETE5.), voire l'absence de vérification serait excusable parce qu'il aurait agi de bonne foi dans la mesure où toute la communication au sujet du SOCIETE5.) aurait eu lieu avec PERSONNE2.). Les informations émanant de PERSONNE2.)/SOCIETE5.) devraient ainsi être considérées comme informations émanant de SOCIETE1.) et SOCIETE3.).

La particularité de l'espèce est double.

D'une part, sur la base de la théorie du mandat apparent, PERSONNE1.) souhaite imputer une série d'informations fausses et fabriquées émanant de la part de PERSONNE2.)/SOCIETE5.) à SOCIETE1.) et SOCIETE3.). Il prétend que jusqu'au moment où la supercherie avait été découverte en 2014, il n'aurait pas eu de raison de considérer que les informations lui communiquées par PERSONNE2.)/SOCIETE5.) n'engageaient pas SOCIETE1.) et SOCIETE3.).

D'autre part, par le moyen du mandat apparent PERSONNE1.) vise à imputer non pas un seul acte à SOCIETE1.) et SOCIETE3.), mais une série d'informations émanant de la part de PERSONNE2.)/SOCIETE5.) sur la durée de plusieurs années.

Il est admis que si l'erreur du tiers est grossière ou si son erreur porte sur un élément qu'il doit connaître ou qu'il est censé connaître, comme la loi, il n'a aucune raison d'être protégé (F. COLLART DUTHILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 11e éd. 2019, n° 651, p. 588 à 589).

Comme le tribunal l'a indiqué plus haut, tant la valeur des parts que le rapport annuel du SOCIETE5.) étaient disponibles pour les souscripteurs au siège de la société de gestion et de l'agent payeur, voire de la banque de dépôt (pour le rapport annuel) et PERSONNE1.) avait à tout moment la possibilité d'obtenir ces informations, et ce dès la souscription au SOCIETE5.). Il y a lieu de souligner qu'il résulte du règlement de gestion que ces informations sont communiquées aux souscripteurs sur leur demande au siège.

De même, il résulte du *Verkaufsprospekt* dans sa version de septembre 2007 (article I, page 2) et dans sa version du 14 novembre 2014 (article I, page 2) :

« *Die Verwaltungsgesellschaft/Hauptverwaltung hat die SOCIETE5.) AG mit Sitz in Schwaighofstr. 13, D-ADRESSE5.) als Anlageberater ernannt. Zu diesem Zweck wurde am 6. August 2007 ein unbefristeter Anlageberatungsvertrag unterzeichnet. Die SOCIETE5.) AG wurde am 12.1.1995 gegründet und ist beim Handelsregister München unter der Nummer HRB NUMERO6.) eingetragen. Sie untersteht der Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und hat von dieser die Erlaubnis zur Finanzportfolioverwaltung erhalten* ».

Il résulte donc clairement du prospectus que SOCIETE5.) a été nommée conseil en investissement par la société de gestion, et il y a lieu de préciser que cette fonction n'implique aucun mandat de la part de SOCIETE1.) et SOCIETE3.).

En effet, il est clair que SOCIETE5.) agit comme conseil pour la société de gestion. S'il est aussi compréhensible que cette fonction implique nécessairement que la société de gestion mette à la disposition certaines informations concernant le portefeuille du SOCIETE5.) à SOCIETE5.) en tant que conseiller en investissement, il ne résulte pas de l'exercice normal de cette fonction que ce dernier mette ces informations à disposition des souscripteurs ou des tiers. Il résulte encore moins de cette fonction de conseiller en investissement qui implique un conseil indépendant prodigué à la société de gestion que ce conseiller puisse être un mandataire de la société de gestion.

Or, en tant qu'investisseur dans un fonds d'investissement spécialisé, qui n'est par définition ouvert qu'aux « *investisseurs avertis* » au sens de l'article 2 (1) de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés, il a nécessairement pu prendre connaissance du document d'émission qui en vertu de l'article 57 (1) de la même loi est « *remis sans frais aux souscripteurs qui le demandent* ».

Il est rappelé qu'il résulte aussi de la *Zeichnungsverpflichtung* signée le 24 septembre 2007 (pièce 1 de la farde de Maître REUTER, page 2) et de celle signée le 6 novembre 2007 (pièce 2 de la farde de Maître REUTER, page 2) par PERSONNE1.) que :

« *1)* […]

Der Unterzeichnete bestätigt, dass seine hiermit eingegangene Verpflichtung den Bestimmungen und Bedingungen dieser Zeichnungsverpflichtung und des Verkaufsprospektes unterliegt.

2) Der Unterzeichnete bestätigt, ein Exemplar des aktuellen Verkaufsprospektes erhalten und dessen Inhalt zur Kenntnis genommen zu haben und keine weiteren Informationen zu benötigen, um die vorliegende Anlageentscheidung treffen zu können.

[…]

3) Der Unterzeichnete bestätigt, den Inhalt des Verkaufsprospektes und der Satzung der Gesellschaft hinsichtlich der darin aufgeführten Risikofaktoren zur Kenntnis genommen zu haben.

- *Er bestätigt ferner, […] (iii) ausreichend Zugang zu den Informationen hinsichtlich der Tätigkeiten, der Verwaltung und der Perspektiven des Fonds erhalten zu haben, um in die Lage versetzt zu werden, das hiermit eingegangene Investment in Anteilen des Fonds ausreichend berechnen und einschätzen zu können.* »

La théorie du mandat apparent ne saurait faire échec à la règle de l'opposabilité aux souscripteurs de ces documents relatifs aux SOCIETE5.) que PERSONNE1.) a acceptés au moment de la souscription.

En conclusion, et en tenant compte du moyen relatif au mandat apparent, il y a lieu de retenir que les informations émanant de PERSONNE2.) et de SOCIETE5.) à son égard ne sont pas à imputer à SOCIETE1.) et SOCIETE3.) qui n'ont, par conséquent, pas violé une quelconque obligation relative à information en relation avec les demandes posées par PERSONNE1.). Ce dernier est donc à débouter de ses demandes sur ces bases et qui sont non fondées.

En conclusion à propos des fautes reprochées à SOCIETE1.) et SOCIETE3.), il y a lieu de retenir une seule faute qui est celle qu'en dépassant la limite de 20% pour les investissements dans des instruments financiers non cotés prévue par l'article 2 du *Verwaltungsreglement* de septembre 2007, la société de gestion a agi en violation du règlement de gestion du SOCIETE5.).

4.7. Quant au dommage

PERSONNE1.) fait valoir un préjudice qu'il évalue à 1.700.000.- euros (montant investi), augmenté de 708.390.- euros (gain manqué).

La seule faute retenue par le tribunal est qu'en dépassant la limite de 20% pour les investissements dans des instruments financiers non cotés prévue par l'article 2 du *Verwaltungsreglement* de septembre 2007, la société de gestion a agi en violation du règlement de gestion du SOCIETE5.).

Il y a donc lieu d'évaluer le montant du dommage subi en raison du dépassement de la limite d'investissement dans des titres non cotés, sachant que PERSONNE1.) admet qu'il a été informé des pertes substantielles du SOCIETE5.) en 2014 et aurait pu demander le rachat de ses parts dans le SOCIETE5.) en application de l'article 8 du *Verwaltungsreglement* de septembre 2007 afin de minimiser son préjudice.

Pour ce qui est des *SOCIETE18.) Corp. Registered Shares* (actions non cotées), le tribunal constate l'évolution de la valeur suivante sur la base des différents *Jahresberichte* versés par PERSONNE1.) (pièces 12, 14, 16, 17 et 21 de la farde de Maître REUTER) :

	Parts	Valeur
Rapport au 31 juillet 2013	46.794	370.495.- EUR
Rapport au 31 juillet 2014	46.794	480.288,27.- EUR

La valeur a donc augmenté, de telle manière que l'acquisition de ces actions n'a pas causé de préjudice à PERSONNE1.).

Pour ce qui est du *SOCIETE10.) GmbH*, le tribunal constate, sur la base des mêmes pièces, l'évolution de la valeur suivante :

	Parts	Valeur
Rapport au 31 juillet 2009	300.000	306.000.- EUR
Rapport au 31 juillet 2010	300.000	304.500.- EUR
Rapport au 31 juillet 2011	300.000	309.090.- EUR
Rapport au 31 juillet 2012	300.000	317.880.- EUR
Rapport au 31 juillet 2013	300.000	318.660.- EUR
Rapport au 31 juillet 2014	300.000	286.794.- EUR

Jusqu'en 2014, où PERSONNE1.) a pris conscience de de l'évolution du SOCIETE5.), la valeur n'a que légèrement diminué et dans la suite de sa prise de conscience, il aurait pu s'intéresser plus activement à l'évolution des valeurs, comme il en avait d'ailleurs toujours la possibilité, et employer certains moyens afin d'éviter des pertes.

En conclusion, il y a lieu de retenir qu'en application des principes régissant la responsabilité civile, PERSONNE1.) n'apporte pas la preuve d'un préjudice en lien avec la seule faute imputable à la société de gestion.

Le tribunal retient, pour conclure, que PERSONNE1.) n'a pas apporté la preuve des éléments constitutifs de la responsabilité de SOCIETE1.) et SOCIETE3.), sachant que ces éléments, la faute, le dommage et le lien de causalité doivent exister et être prouvés cumulativement, et ce dans le cadre des trois fondements invoqués par PERSONNE1.) que sont la responsabilité contractuelle, la responsabilité délictuelle, voire la responsabilité fondée sur l'article 14 de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés.

L'action de PERSONNE1.) doit donc être rejetée pour être non fondée.

4.8. Quant aux demandes accessoires

4.8.1. Quant à l'indemnité de procédure

PERSONNE1.) demande à ce que SOCIETE1.) et SOCIETE3.) soient condamnés solidairement, sinon *in solidum*, sinon chacun pour sa part, à lui payer le montant de 50.000.- euros sur la base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure.

SOCIETE1.) et SOCIETE3.) demandent à ce que PERSONNE1.) soit condamné à leur payer le montant de 10.000.- euros sur la base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

L'application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cass., 2 juillet 2015, arrêt n° 60/15, JTL 2015, n° 42, page 166).

Au vu de l'issue du litige, la demande de PERSONNE1.) est à rejeter comme non fondée.

Ne justifiant pas de l'iniquité requise par les dispositions de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, il y a lieu de rejeter comme n'étant pas fondée la demande de la SOCIETE1.) et SOCIETE3.) en obtention d'une indemnité de procédure.

4.8.2. Quant à l'exécution provisoire

Aux termes de l'article 244 du Nouveau Code de procédure civile, l'exécution provisoire, sans caution, sera ordonnée même d'office, s'il y a titre authentique, promesse reconnue, ou condamnation précédente par jugement dont il n'y a point appel. Dans tous les autres cas, l'exécution provisoire pourra être ordonnée avec ou sans caution.

Lorsque l'exécution provisoire est facultative, son opportunité s'apprécie selon les circonstances particulières de la cause, en tenant notamment compte des intérêts respectifs des parties, du degré d'urgence, du péril en la demeure ainsi que des avantage ou inconvénients que peut entraîner l'exécution provisoire pour l'une ou l'autre des parties (Cour 8 octobre 1974, *Pas*., 23, p.5).

Au vu de l'issue du litige, la demande en exécution provisoire devient sans objet.

4.8.3. Quant aux frais et dépens de l'instance

Aux termes de l'article 238 du Nouveau Code de procédure civile, « *toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens sauf au tribunal à laisser la totalité, ou une fraction des dépens à charge d'une autre partie par décision spéciale et motivée* » et d'après l'article 242 du Nouveau Code de procédure civile, « *les avoués pourront demander la distraction des dépens à leur profit, en affirmant, lors de la prononciation du jugement, qu'ils ont fait la plus grande partie des avances* ».

Au vu de l'issue du litige, il y a lieu de condamner PERSONNE1.) à payer les frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de la société PERSONNE8.) S.A.,

représentée par Maître Robert GOEREND, qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.

PAR CES MOTIFS

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, huitième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement ;

statuant en continuation du jugement n° 2022TALCH08/00103 du 8 juin 2022 ;

dit les demandes de PERSONNE1.) à l'égard de la société anonyme SOCIETE1.) S.A. recevables en la forme ;

dit irrecevables les demandes de donner acte formulées par PERSONNE1.), d'une part et la société anonyme SOCIETE1.) S.A. et la société anonyme de droit allemand SOCIETE3.) AG, Niederlassung Luxemburg, d'autre part ;

dit les demandes de PERSONNE1.) non fondées ;

déboute pour le surplus ;

dit non fondées les demandes de PERSONNE1.), d'une part, et de la société anonyme SOCIETE1.) S.A. et de la société anonyme de droit allemand SOCIETE3.) AG, Niederlassung Luxemburg, d'autre part, en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

dit qu'il n'y a pas lieu à exécution provisoire du présent jugement ;

condamne PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de la société PERSONNE8.) S.A., représentée par Maître Robert GOEREND, avocat, qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.