Texte pseudonymisé

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

Jugement commercial XV No. 1007/13

Audience publique du mercredi, trois juillet deux mille treize.

Numéro 142631 du rôle

Composition :

Karin GUILLAUME, Vice-Présidente ;
Marc WAGNER, Premier juge ;
Robert WORRE, Premier juge ;
Sandra MANGEN, greffière.

E n t r e :

la société anonyme de droit belge **SOCIETE1.) SA/NV.**, établie et ayant son siège social à B-ADRESSE1.) (Belgique), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre des Personnes Morales de Bruxelles sous le numéro NUMERO1.),

élisant domicile en l'étude de Maître Fabio TREVISAN, avocat, demeurant à Luxembourg,

demanderesse, aux termes de l'exploit de l'Huissier de Justice Pierre BIEL de Luxembourg en date du 29 décembre 2011,

comparant par Maître Valérie KOPERA, avocate, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître Fabio TREVISAN, avocat susdit,

e t :

la société anonyme **SOCIETE2.) S.A.**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.),

défenderesse, aux fins du prédit exploit Pierre BIEL,

comparant par Maître Alexandre DILLMANN, avocat, en remplacement de Marc KERGER, avocat, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Le Tribunal :

Ouï la partie demanderesse par l'organe de son mandataire Maître Valérie KOPERA, avocate, en remplacement de Maître Fabio TREVISAN, avocat constitué, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Ouï la partie défenderesse par l'organe de son mandataire Maître Alexandre DILLMANN, avocat, en remplacement de Maître Marc KERGER, avocat constitué, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 20 mars 2013.

Madame la Vice-Présidente Karin GUILLAUME entendue en son rapport à l'audience du 8 mai 2013.

Par exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 29 décembre 2011, la société anonyme de droit belge SOCIETE1.) a fait donner assignation à la société anonyme SOCIETE2.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, pour notamment :

- l'entendre condamner à lui rembourser l'intégralité des investissements effectués dans le fonds de titrisation à compartiments multiples FONDS1.), soit la somme de 4.448.093.- euros, avec les intérêts de retard au taux légal jusqu'au complet paiement du prix de rachat à partir du moment où les différentes demandes de rachat auraient dû être réalisées,

- lui voir ordonner de mettre à sa disposition les rapports annuels audités du fonds FONDS1.) au 31 décembre 2009 et au 31 décembre 2010, sous peine d'une astreinte de 1.000.- euros par jour d'inexécution.

Elle sollicite encore une indemnité de procédure de 15.000.- euros, l'exécution provisoire du jugement à intervenir, ainsi que la condamnation de la société anonyme SOCIETE2.) à tous les frais et dépens de l'instance.

La société anonyme de droit belge SOCIETE1.) expose à l'appui de sa demande :

- qu'elle est une entreprise d'assurances indépendante agréée et spécialisée dans les assurances sur la vie liées à des fonds d'investissement,

- que son activité requiert la confiance de ses assurés dans sa capacité à sélectionner avec attention les investissements, à détecter les risques liés aux investissements réalisés et à prendre les mesures adéquates si ces risques se concrétisent,

- que dans le cadre de l'investissement des cotisations versées par ses clients, elle a souscrit à des parts émises par les compartiments COMPARTIMENT1.) (aussi appelé «FONDS1B.)»), COMPARTIMENT2.) et COMPARTIMENT3.) (aussi appelés «FONDS1A.)») du fonds de titrisation luxembourgeois FONDS1.),

- que le fonds de titrisation luxembourgeois FONDS1.) est géré par la société anonyme SOCIETE2.) et n'est pas sous la surveillance de la Commission de Surveillance du Secteur Financier (CSSF),

- qu'elle a sélectionné le fonds FONDS1.) sur la base de recommandations d'intermédiaires en assurances et après des échanges approfondis avec l'assignée,

- qu'elle a aussi été rassurée du sérieux de son projet d'investissement par les conditions générales des compartiments en question qui indiquent que les investissements sont détenus par un établissement financier de premier plan (la banque SOCIETE3.) S.A., par la suite remplacé par la banque suisse SOCIETE4.) AG).

- que l'examen préalable à ces investissements lui a permis de se convaincre que les produits «FONDS1.)» sont dans les limites des restrictions d'investissements fixées par la réglementation belge en matière d'assurances à laquelle elle est soumise,

- que ces investissements, d'un montant total de 3.751.093.- euros, ont été réalisés successivement sur la période de novembre 2008 à mars 2010, dans les formes et suivant les procédures prévues par le règlement de gestion du fonds FONDS1.) et les règlements de gestion spécifiques,

- que pour les versements effectués après le 14 janvier 2010, l'assignée n'a pas communiqué de valeur nette d'inventaire ni envoyé d'attestations de souscription comme pour les souscriptions précédentes,

- qu'elle n'a donc pas connaissance du nombre d'unités afférentes aux souscriptions versées au cours de la période du 20 janvier 2010 au 31 mars 2010, ni même si des parts ont en effet été émises en contrepartie de ces investissements,

- que la société anonyme SOCIETE2.) violerait tant ses obligations légales que celles fondées sur les règlements de gestion en question, alors qu'elle serait notamment en défaut de calculer la valeur nette d'inventaire du fonds FONDS1.) et de ses compartiments et de satisfaire aux demandes de rachat de parts formulées par elle dans les conditions prévues par les règlements de gestion en cause,

- que les comptes annuels postérieurs à 2008 n'ont été ni approuvés, ni publiés ou autrement communiqués,

- qu'aucun coupon de rachat n'a plus été payé depuis mars 2010,

- que malgré de nombreuses demandes de renseignements auprès de la partie défenderesse sur les causes des carences et des difficultés rencontrées, elle n'aurait toutefois pas reçu de réponse satisfaisante.

La société anonyme SOCIETE2.), qui se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de la demande en sa pure forme, conclut au débouté des demandes formulées.

Elle explique avoir décidé la liquidation du compartiment «FONDS1A.)» et donc le remboursement anticipé des obligations y afférentes. Le remboursement n'aurait cependant pas été possible jusqu'à présent en raison d'éléments extérieurs à sa volonté.

Elle est d'avis qu'en raison de l'impossibilité de déterminer la valeur nette d'inventaire du fonds FONDS1.) et de ses compartiments, à défaut de disposer de comptes annuels audités, il ne pourrait être procédé au rachat des investissements effectués. Elle estime ne pas avoir violé une quelconque obligation légale ou contractuelle à sa charge et ne pas être responsable du non calcul de la valeur nette d'inventaire du fonds FONDS1.) et de ses compartiments. En tout état de cause, elle n'aurait commis aucune faute lourde.

La mise à disposition des rapports annuels audités du fonds FONDS1.) au 31 décembre 2009 et au 31 décembre 2010 ne serait pas à ordonner, alors que la requérante n'aurait pas investi dans tous les compartiments du fonds.

La défenderesse conclut encore à la communication de la cause au Ministère Public.

La société anonyme SOCIETE2.) sollicite encore une indemnité de procédure de 5.000.- euros et conclut à la communication de la cause au Procureur d'État.

Dans ses conclusions en réplique, la société anonyme de droit belge SOCIETE1.) conclut à l'existence d'une faute lourde dans le chef de la partie adverse pour avoir notamment opéré un choix inapproprié de l'agent chargé de l'établissement des comptes du fonds en cause, pour inaction quant au retard dans l'audit des comptes et en ce qui concerne la publication du rapport annuel du fonds.

Elle conteste tout lien indissociable entre l'établissement des comptes annuels, leur contrôle par un reviseur d'entreprise, l'approbation de ces comptes et la détermination de la valeur nette d'inventaire du compartiment concerné respectivement le rachat des parts.

Elle estime avoir droit en tant que créancier «indirect» du compartiment «FONDS1C.)» et au vu de la situation déplorable à la communication du rapport audité du fonds.

Elle est encore d'avis que l'instruction pénale menée en cause ne serait pas de nature à faire obstacle à la présente procédure.

La société anonyme SOCIETE2.) affirme être la victime d'escroqueries commises par ses partenaires. Elle réplique qu'après la saisine pénale de la comptabilité, un rapport de carence n'est plus concevable. Elle fait valoir qu'à défaut de l'établissement d'une valeur nette d'inventaire, la demande de rachat ne pourrait être exécutée.

La demande, régulièrement introduite et non autrement contestée sous ce rapport, est à déclarer recevable.

La société anonyme SOCIETE2.) est la société de gestion du fonds de titrisation luxembourgeois FONDS1.).

Aux termes de l'article 15 de la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif (abrogée entre-temps par la loi du 17 décembre 2010 ayant le même objet, mais encore applicable aux faits en cause, les articles pertinents sont d'ailleurs identiques dans les deux textes), «*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*».

La société de gestion doit accomplir sa mission de façon indépendante et dans l'intérêt exclusif des investisseurs, mettre à la disposition des investisseurs des comptes annuels des fonds dans les quatre mois qui suivent la fin de chaque exercice comptable et désigner un réviseur d'entreprises aux fins d'auditer le rapport annuel des fonds (cf. articles 16, 48 et 50 de la loi modifiée du 22 mars 2004 relative à la titrisation).

Suivant les règlements de gestion, la société anonyme SOCIETE2.), en tant que société de gestion du fonds, doit :

- calculer la valeur nette d'inventaire du fonds FONDS1.) et de ses compartiments (cf. article 9 du règlement de gestion du fonds FONDS1.)) à la fin de chaque trimestre civil (cf. article 9 du règlement spécifique de gestion du compartiment «FONDS1B.)»),

- porter à la connaissance des investisseurs la valeur nette d'inventaire dans les 15 jours suivant la fin de la période de référence (article 9 alinéa 2 du règlement de gestion du fonds FONDS1.)),

- satisfaire les demandes de rachat de parts dans les conditions prévues par les règlements de gestion (cf. article 11 du règlement de gestion du fonds FONDS1.)), soit, pour «FONDS1B.)», 30 jours après la fin de la période de référence (cf. article 11 du règlement spécifique de gestion du compartiment «FONDS1B.)»),

- établir un site internet réservé aux investisseurs pour leur fournir des informations financières sur les compartiments (article 16 alinéa 2 du règlement

de gestion du fonds FONDS1.)).

A compter de la fin du mois de mai 2010, soit seulement quelques semaines après le paiement de la dernière partie de l'investissement dans le compartiment «FONDS1B.)», la société anonyme de droit belge SOCIETE1.) a dû faire face à l'incapacité de la société anonyme SOCIETE2.) de fournir des informations précises et détaillées sur les investissements réalisés, en particulier le rapport annuel au 31 décembre 2009 du compartiment «FONDS1B.)».

Les informations contenues dans ce rapport sont aussi utilisées pour le calcul de la valeur nette d'inventaire du compartiment «FONDS1B.)», pour déterminer précisément le prix de rachat des parts et plus généralement pour informer les investisseurs sur la teneur et le développement du placement des fonds gérés par la société anonyme SOCIETE2.).

En parallèle, la société anonyme de droit belge SOCIETE1.) a été informée des différends entre la société anonyme SOCIETE2.) et les principaux prestataires du fonds FONDS1.) (début 2010 avec la banque dépositaire, SOCIETE3.), en août 2010 avec l'agent administratif, calculateur, de transfert et teneur de registre, la société SOCIETE5.)).

La société anonyme de droit belge SOCIETE1.) s'est activement enquise auprès de la société anonyme SOCIETE2.) des causes de ces carences et de ces difficultés.

Elle n'a toutefois pas reçu de réponse satisfaisante. Suite à ses demandes et à celles d'autres investisseurs, à partir du mois de juin 2010, la société anonyme SOCIETE2.) a successivement annoncé puis repoussé la date de mise à disposition du rapport annuel au 31 décembre 2009, sans que ces délais ne soient jamais tenus.

La défenderesse a justifié le défaut de délivrance des informations financières par une série de motifs qui ont varié, par exemple : le retard de l'auditeur, le changement du teneur du registre du fonds FONDS1.) ….

Elle fait actuellement plaider qu'elle n'aurait violé aucune obligation légale ou contractuelle à sa charge et ne serait pas responsable du non calcul de la valeur nette d'inventaire du fonds FONDS1.) et de ses compartiments. En tout état de cause, elle est d'avis n'avoir commis aucune faute lourde.

Si la partie défenderesse estime qu'il y aurait lieu à communication de la cause au Ministère Public, elle ne conclut néanmoins pas expressément à un sursis à statuer sur base de l'article 3 alinéa 2 du Code d'instruction criminelle.

La présente action tend à la mise en cause de la responsabilité civile de la défenderesse pour n'avoir pas respecté ses obligations contractuelles. Une communication de la cause au Ministère Public n'est, dans ces conditions, pas indispensable, la commission d'éventuelles infractions par les responsables et/ou la société de gestion du fonds n'influence pas sur la sanction, au plan civil, de la violation des obligations contractuelles actuellement mises en cause de celle-ci envers les investisseurs.

Par ailleurs, la règle «le criminel tient le civil en l'état», consacrée par cette disposition, est une exception dilatoire tendant à suspendre le cours d'une instance civile, et ne

constitue pas un moyen d'ordre public que le juge est tenu de soulever d'office et il appartient à la partie qui l'invoque – et qui peut même y renoncer – de prouver qu'une action publique est effectivement en mouvement et qu'elle est de nature à influer sur la décision civile (cf. Cour 21 mai 2008, n°31.114 du rôle et les références y citées).

Dès lors que la défenderesse n'invoque pas expressément un sursis à statuer, que l'objet exact de la poursuite pénale n'est pas connu et qu'un rapport de dépendance entre l'affaire répressive et le présent litige civil n'est pour le surplus pas établie, le moyen est à rejeter.

Suivant l'article 11 paragraphe (2) de la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif *«un fonds commun de placement doit racheter ses parts à la demande d'un porteur de parts»*. Ce rachat se fait sur la base de la valeur nette d'inventaire calculée (paragraphe (3) de l'article 11 de la loi précitée).

La violation par la société anonyme SOCIETE2.) de ses obligations contractuelles et légales relatives au calcul de la valeur nette d'inventaire la constitue en faute. L'obligation pour la société de gestion de déterminer cette valeur constitue une obligation essentielle à sa charge.

La défenderesse estime n'avoir pas commis de faute lourde et se réfère à l'article 9 in fine du règlement de gestion du fonds FONDS1.) qui stipule une exonération de responsabilité en sa faveur, sauf faute lourde ou un manquement délibéré à ses obligations de sa part, dans l'hypothèse de retards de calcul et de détermination de la valeur.

En l'occurrence, il ne s'agit pas d'un simple retard dans le calcul de la valeur nette d'inventaire mais d'une défaillance totale à laquelle la défenderesse n'a jusqu'à ce jour pas su remédier.

Ce fait constitue assurément une faute lourde.

Par ailleurs, la fixation de la valeur nette d'inventaire est à considérer comme une obligation essentielle. Or, un débiteur ne saurait alléger le contenu de ses obligations au point d'anéantir l'obligation qui est de l'essence du contrat.

La clause invoquée n'est partant pas applicable en l'espèce.

La société de gestion ne peut non plus se retrancher derrière la carence de ses partenaires librement choisis afin de se dédouaner.

La défenderesse doit dès lors être considérée comme responsable du défaut de détermination de la valeur nette d'inventaire.

Pour les versements effectués après le 14 janvier 2010 dans le compartiment «FONDS1B.)», d'un montant total de 1.217.000.- euros, il y a lieu de constater qu'à défaut de détermination de la valeur nette d'inventaire aucune attribution de titres n'a eu lieu.

Dans ces circonstances, l'ordre de souscription n'ayant pas été exécuté et les sommes en cause n'ayant pas encore fait partie de l'actif du fonds, la requérante est en droit d'en obtenir le remboursement.

En ce qui concerne les montants versés par la requérante antérieurement au 14 janvier 2010, force est de constater que la valeur actuelle des actifs du fonds et de ses compartiments n'est pas connue et ne peut être déterminée à l'heure actuelle.

Il ressort des éléments du dossier que des enquêtes et saisies pénales à l'encontre de la défenderesse et de son principal responsable ont eu lieu.

Le défaut de détermination de la valeur nette d'inventaire n'ouvre cependant pas droit ipso facto à la restitution des montants investis, alors que le non calcul de la valeur nette d'inventaire ne signifie pas forcément la perte totale de l'investissement.

Par ailleurs, dans le cadre d'une liquidation éventuelle dudit fonds (et de ses compartiments) tous les porteurs de parts devront être traités de façon égalitaire.

En raison des demandes de rachat non satisfaites la demanderesse n'a pu disposer des fonds investis. Un préjudice de ce seul fait n'est néanmoins pas allégué.

Le préjudice en rapport avec la faute retenue à charge de la société de gestion que pourrait faire valoir la requérante consiste dans le différentiel de la valeur nette d'inventaire entre d'une part la date des demandes de rachat respectives et d'autre part la date d'une éventuelle exécution desdits ordres respectivement la valeur d'un dividende distribué dans le cadre d'une éventuelle liquidation du fonds et de ses compartiments.

Dès lors, à défaut de connaître le sort des actifs du fonds et de ses compartiments, tout préjudice en rapport avec les investissements opérés est hypothétique et la demande doit être rejetée en l'état pour le surplus comme étant prématurée.

La requérante demande encore la mise à sa disposition des rapports annuels audités du fonds FONDS1.) au 31 décembre 2009 et au 31 décembre 2010, sous peine d'une astreinte de 1.000.- euros par jour d'inexécution.

Il n'est pas établi que ces rapports ont été finalisés.

Il appert au contraire du dossier que les documents comptables ont été saisis.

Comme l'existence de ces documents ou la possibilité de les finaliser n'est pas établie, cette demande est à rejeter.

La société anonyme de droit belge SOCIETE1.) sollicite encore une indemnité de procédure de 15.000.- euros.

Cette demande est fondée en son principe, alors qu'il serait inéquitable de laisser l'entièreté des frais non compris dans les dépens à sa charge, celle-ci s'étant vu contrainte d'engager des frais dans le seul but de faire valoir ses droits légitimes en justice. Au vu des éléments de la cause, eu égard à la nature et au résultat du litige, cette indemnité est à évaluer à 5.000.- euros.

La demande de même nature de la part de la partie défenderesse est cependant à rejeter, alors qu'une partie qui est déboutée de ses prétentions, et qui de ce fait est à

condamner aux frais et dépens de l'instance, ne saurait bénéficier des dispositions de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

La partie demanderesse conclut finalement encore à l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

Les jugements rendus en matière commerciale sont exécutoires par provision de plein droit, le tribunal n'ayant pas besoin de l'ordonner, mais moyennant caution. L'exécution provisoire n'a donc besoin d'être ordonnée que lorsqu'elle doit avoir lieu sans caution ou justification de solvabilité suffisante dans les cas autorisés par l'article 567 du Nouveau code de procédure civile, à savoir, lorsqu'il y a titre non attaqué ou condamnation précédente dont il n'y a pas appel.

Comme l'exécution provisoire du présent jugement sans caution n'est pas sollicitée en l'espèce, le tribunal n'a pas à statuer sur ce point.

P a r c e s m o t i f s :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, statuant contradictoirement, après avoir entendu le juge de la mise en état en son rapport oral,

déclare la demande recevable,

la **dit** partiellement fondée,

condamne la société anonyme SOCIETE2.) à payer à la société anonyme de droit belge SOCIETE1.) la somme de 1.217.000.- (un million deux cent dix-sept mille) euros avec les intérêts légaux à partir du 29 décembre 2011 jusqu'à solde,

déclare la demande pour le surplus non fondée en l'état,

déboute la société anonyme de droit belge SOCIETE1.) du surplus de ses demandes,

dit fondée la demande de la société anonyme de droit belge SOCIETE1.) en obtention d'une indemnité de procédure jusqu'à concurrence du montant de 5.000.- euros,

partant, **condamne** la société anonyme SOCIETE2.) à payer à la société anonyme de droit belge SOCIETE1.) à titre d'indemnité de procédure la somme de 5.000.- (cinq mille) euros,

dit non fondée la demande de la société anonyme SOCIETE2.) en obtention d'une indemnité de procédure et en **déboute**,

condamne la société anonyme SOCIETE2.) à tous les frais et dépens de l'instance.