Texte pseudonymisé

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

Jugement commercial XV N° 1187 / 2010

Audience publique du mercredi, huit décembre deux mille dix.

Numéros 121852 et 125123 du rôle

Composition:

MAGISTRAT1.), Vice-Présidente,
MAGISTRAT2.), Premier juge,
MAGISTRAT3.), juge,
GREFFIER1.), greffier.

I (rôle 121 852)

E n t r e :

la société à responsabilité limitée **SOCIETE1.) s.à r.l.**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), agissant en sa qualité de de société de gestion du fonds commun de placement de liquidation FONDS1.) soumis à la partie I de la loi du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif, et pour le compte du Fonds,

élisant domicile en l'étude de Maître AVOCAT1.), avocat, demeurant à (...),

partie demanderesse, partie défenderesse sur reconvention, aux termes d'un exploit de l'Huissier de Justice HUISSIER DE JUSTICE1.) de (...) en date du 10 avril 2009 ;

comparant par Maître AVOCAT1.), susdit,

e t :

la société anonyme de droit portugais **SOCIETE2.)**, établie et ayant son siège social à P-ADRESSE2.) (Portugal), ADRESSE2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce de Lisbonne sous le numéro (...),

partie défenderesse, partie demanderesse par reconvention, aux fins du prédit exploit HUISSIER DE JUSTICE1.),

comparant par Maître AVOCAT2.), avocat, en remplacement de Maître AVOCAT3.), avocat, tous deux demeurant à (...),

II (rôle 125 123)

E n t r e :

la société anonyme de droit portugais **SOCIETE2.)**, établie et ayant son siège social à P-ADRESSE2.) (Portugal), ADRESSE2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce de Lisbonne sous le numéro (...),

élisant domicile en l'étude de Maître AVOCAT3.), avocat, demeurant à (...),

partie demanderesse, aux termes d'un exploit de l'Huissier de Justice HUISSIER DE JUSTICE1.) de (...) en date du 10 septembre 2009 ;

comparant par Maître AVOCAT2.), avocat, demeurant à (...), en remplacement de Maître AVOCAT3.), susdit,

e t :

la société en commandite par actions **SOCIETE3.). S.C.A.**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

partie défenderesse, aux fins du prédit exploit HUISSIER DE JUSTICE1.),

comparant par Maître AVOCAT4.), avocate, en remplacement de Maître AVOCAT5.), avocat, tous deux demeurant à (...).

Le Tribunal :

Ouï la société à responsabilité limitée SOCIETE1.) s.à r.l. par l'organe de leur mandataire Maître AVOCAT1.), avocat.

OuÏ la société anonyme de droit portugais SOCIETE2.) par l'organe de son mandataire Maître AVOCAT1.), avocat.

Ouï la société en commandite par actions SOCIETE3.) S.C.A. par l'organe de leur mandataire Maître AVOCAT4.), avocate.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 16 juin 2010.

Madame la Vice-Présidente MAGISTRAT1.) entendu en son rapport à l'audience du 20 octobre 2010.

Par exploit de l'huissier de justice HUISSIER DE JUSTICE1.) du 10 avril 2009, la Sàrl SOCIETE1.) a donné assignation à comparaître devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale selon la procédure civile à la société anonyme de droit portugais SOCIETE2.) pour s'entendre condamner à lui payer à titre de dommages et intérêts la somme de 229.000.- euros avec les intérêts légaux à dater du 22 septembre 2008, sinon de la mise en demeure du 2 janvier 2009, sinon de la demande en justice jusqu'à solde, sous déduction d'un montant de 80.000.- euros valeur 10 octobre 2008.

La requérante conclut encore à voir le taux d'intérêt augmenté de trois points à l'expiration du troisième mois suivant le jugement à intervenir, ainsi qu'à voir la défenderesse condamnée à lui payer une indemnité de procédure de 5.000.- euros.

Elle conclut enfin à voir le jugement à intervenir assorti de l'exécution provisoire sans caution.

A l'appui de sa demande la requérante expose qu'elle est une société de gestion régie par la loi du 20 décembre 2002 sur les organismes de placement collectifs et agit depuis juin 2007 comme société de gestion du fonds.

Qu'en date du 4 juillet 2008 elle a signé un contrat intitulé « investment management agreement » avec la défenderesse.

Que ce contrat est soumis au droit luxembourgeois et comporte une clause attribuant compétence pour tout litige aux tribunaux luxembourgeois,

Qu'en vertu de ce contrat la défenderesse est en charge de la gestion journalière des actifs du fonds.

Que dans l'exécution de ses fonctions la défenderesse doit se conformer aux instructions d'SOCIETE1.).

Qu'en date du 16 septembre 2008 la requérante a envoyé à tous ses gestionnaires de fonds un e-mail précisant que suivant les instructions de la CSSF plus aucune transaction ne devait être conclue avec SOCIETE4.) et que cette société ne devait plus être utilisée comme broker.

Elle reproche à la défenderesse d'avoir, en violation de cette instruction, acheté pour compte du fonds le lendemain de ce courriel 100.000 obligations SOCIETE4.) pour un total de 229.000.- euros.

Elle estime que la défenderesse a de ce fait engagé sa responsabilité contractuelle et conclut à la réparation de son préjudice consistant dans le montant de 229.000.- euros moins la valeur à laquelle elle a pu revendre les titres en date du 8 octobre 2008, à savoir 80.000.- euros.

La défenderesse soulève l'irrecevabilité de l'assignation introductive pour défaut d'indication de l'organe censé représenter la société en justice.

Quant au fond, elle conteste toute faute dans son chef, faisant valoir qu'elle n'était pas tenue de se conformer aux instructions de la requérante, mais disposait au contraire d'un pouvoir de gestion discrétionnaire dans l'exercice de ses fonctions de gestion.

Elle fait encore valoir que le courriel aurait été envoyé par une employée dont il n'était pas établi qu'elle avait qualité pour engager SOCIETE1.).

Que la défenderesse n'aurait fait que remplacer un investissement déjà existant à cette date qui arrivait à échéance par un nouvel achat avec une date d'échéance plus lointaine.

En contradiction avec l'argumentation précédemment exposée, elle fait valoir qu'SOCIETE1.) aurait commis une faute en ne supervisant pas convenablement les activités d'SOCIETE2.)

Qu'il aurait encore appartenu au dépositaire du fonds la SOCIETE3.). S.C.A. d'empêcher SOCIETE2.) d'investir dans les titres SOCIETE4.) sur le marché secondaire.

Elle estime dès lors que la demanderesse a résilié de façon injustifiée le contrat ayant lié les parties et formule une demande reconventionnelle pour un montant de 50.000.- euros pour le dommage moral résultant d'une atteinte à sa réputation, de même qu'une indemnité de 11.917,81.- euros à titre d'indemnité de préavis, ainsi qu'un montant de 6.000.- euros pour l'indemniser des frais d'avocat exposés au Portugal.

Enfin elle réclame encore une indemnité de procédure de 5.000.- euros.

Par exploit d'assignation du 10 septembre 2009, la société SOCIETE2.) a mis en intervention la SCA SOCIETE3.). pour la voir condamner à la tenir quitte et indemne de toute condamnation pouvant intervenir à son encontre dans le litige qui l'oppose à SOCIETE1.).

Elle conclut encore à se voir allouer une indemnité de procédure de 2.000.- euros.

1) Quant à la recevabilité de la demande introduite par la SARL SOCIETE1.) contre la société de droit portugais SOCIETE2.)

La défenderesse soulève principalement l'irrecevabilité de l'assignation introductive pour défaut d'indication de l'organe censé représenter la société en justice.

Les questions de procédure sont soumises à la loi du for. Notamment les règles qui président à la structure et au déroulement d'un procès, les questions qui relèvent de la théorie de l'action en justice, en tant qu'elles intéressent directement la tenue du procès sont régies par la loi du tribunal.

Le juge doit donc examiner au regard de sa propre loi quelles sont les exigences qu'il peut requérir de la part d'une partie demanderesse au regard de la désignation de son représentant en justice.

Force est de constater que l'article 153 du Nouveau code de procédure civile n'exige nullement l'indication de l'organe qualifié pour représenter une personne morale en justice (cf. Cass. 2 avril 2009 ; n°2622 du registre).

Il est vrai que dans le passé certaines décisions de justice ont cru pouvoir s'appuyer sur l'article 163 du même code, qui concerne cependant la question de savoir par quel organe sont assignées certaines parties défenderesses, pour justifier une nullité (de fond) de l'exploit introductif d'instance dans l'hypothèse d'un défaut ou d'une erreur dans l'indication de l'organe qualifié pour représenter une société en justice.

Cette position ne peut, au vu des arrêts récents de la Cour de cassation, plus être soutenue aujourd'hui.

Ainsi, l'absence d'indication de l'organe représentant une société en justice voire une indication erronée de l'organe représentatif n'entraîne pas la nullité de l'exploit introductif d'instance (cf. Cass. 2 avril 2009 ; n°2622 du registre), étant encore précisé que les exploits pour ou contre une société sont valablement faits au nom de la société seule (cf. Cass. 15 novembre 2001 ; n°1826 du registre).

Il s'ensuit que ce moyen de nullité manque de substance et est à rejeter.

2) Quant au bien-fondé de la demande dirigée contre la société SOCIETE2.)

Il résulte des explications fournies et pièces versées que la demanderesse agit en sa qualité de société de gestion du fonds commun de placement en liquidation FONDS1.) conformément à l'article 14 (2) de la loi du 20 décembre 2002 sur les organismes de placement collectif.

Comme l'y autorise l'article 85 de la loi du 20 décembre 2002, la société de gestion peut déléguer à des tiers l'exercice d'une ou plusieurs de ses fonctions dans les conditions spécifiées à cet article.

L'article 85 g) dispose plus précisément que le mandat n'empêche pas les personnes qui dirigent la société de gestion de donner à tout moment des instructions supplémentaires à l'entreprise à laquelle des fonctions seront déléguées ni de lui retirer le mandat avec effet immédiat lorsqu'il y va de l'intérêt des investisseurs.

Le contrat « investment management agreement » conclu entre parties en date du 4 juillet 2008 précise dans son article 5 « Under the supervision and responsability of the Management Company, the Investment manager will assume the day to day management of the assets of the fund… ».

L'alinéa b) spécifiant « when performing his tasks, the Investment Manager will duly observe the management regulations, the prospectus, the investment objective as set forth in the current Prospectus of the fund, as well as the specific instructions of the Management Company ».

Il découle clairement de ces dispositions qu'SOCIETE2.) devait se conformer aux instructions de la société de gestion.

L'instruction donnée par la requérante par courriel du 16 septembre est de la teneur suivante :

« Sehr geehrte Damen und Herren,

die Luxemburger Aufsichtsbehörde CSSF hat uns gestern untersagt, Geschäfte mit SOCIETE4.) vorzunehmen, wenn diese nicht der direkten Schuldentilgung dienen. Wir möchten Sie höflich bitten, dies bei Ihren Investmententscheidungen zu berücksichtigen.

Des Weiteren darf SOCIETE4.) auch nicht zur Abwicklung von sonstigen Geschäften genutzt werden.

Bitte bestätigen Sie uns durch eine kurze schriftliche Rückmeldung, dass Sie von dem Inhalt dieser Email Kenntnis genommen haben.

Mit bestem Dank und freundlichen Grüssen.

(...)

Dear Sirs:

Please be informed that the Luxembourg Supervisory Authority CSSF yesterday prohibited any transaction with SOCIETE4.), which transaction is not intended to settle a debt. We kindly ask you to consider this prohibition while taking management/advisory decisions for our investment funds.

Furthermore, SOCIETE4.) can not be used as broker any more.

We would be grateful if you could confirm to us in writing that you have taken good notice of the above.

Thank you for your kind cooperation.

Best regards.

PERSONNE1.)
Kundenbetreuung
Geschäftsbereich Vermögensverwaltung »

Cette instruction intervenant le lendemain de l'annonce de la faillite de SOCIETE4.) est claire et constitue un conseil de bon sens de s'abstenir de toute transaction avec cette société, ce qui englobe très certainement l'acquisition de titres SOCIETE4.).

Il est dès lors absurde de s'interroger sur la question de la qualité de l'employée PERSONNE1.) pour transmettre ce type d'instruction.

C'est encore en vain que la défenderesse, en contradiction d'ailleurs avec son affirmation première suivant laquelle elle aurait agi sur base de son pouvoir discrétionnaire, fait valoir qu'SOCIETE1.) aurait commis une faute en ne supervisant pas convenablement les activités d'SOCIETE2.), puisque c'est précisément dans ce contexte que la requérante lui a adressé l'instruction de cesser toute transaction avec SOCIETE4.), instruction que la défenderesse n'a pas respectée.

La défenderesse conteste ensuite tout préjudice dans le chef de la requérante. Elle fait valoir que l'ordre passé le 17 septembre 2008 par SOCIETE2.) ne consistait pas en un achat d'obligations pur et simple, mais bien en une vente et un rachat simultané de titres avec comme unique but l'extension de la date de maturité des obligations tout en maintenant le niveau de détention d'obligations à 1.500.000.- euros, que le niveau de risque était donc absolument équivalent et que les ordres passés le 17 septembre 2008 n'augmentaient pas les engagements du fonds sur ces positions.

La société SOCIETE1.) critique ce raisonnement en faisant valoir que les deux opérations ne sont pas liées et que SOCIETE2.) aurait très bien pu se contenter de vendre les titres SOCIETE4.) ce qui aurait été conforme à l'instruction de limiter l'exposition au risque SOCIETE4.), sans racheter le même nombre d'obligations avec une maturité à mai 2010.

Elle est d'avis que le préjudice qui en résulte pour le fonds est la différence entre le prix d'acquisition de ces titres, déduction faite de leur valeur de revente, soit 229.000.- euros – 80.000.- euros = 149.000.- euros.

Ce raisonnement est à entériner.

SOCIETE2.) fait encore plaider que le préjudice invoqué ne serait pas personnel à la requérante, les fonds investis n'appartenant pas à SOCIETE1.) mais aux investisseurs.

Un fonds commun de placement ne disposant pas de la personnalité juridique, la société de gestion est la seule personne habilitée en droit pour agir pour son compte en réparation de son préjudice, conformément à l'article 14 (2) de la loi du 20 décembre 2002.

La société SOCIETE1.) a dès lors bien qualité pour agir.

La perte de 149.000.- euros essuyée sur la revente des titres achetés par la défenderesse au mépris de l'instruction du 16 septembre 2008 constitue par ailleurs bien un préjudice en relation causale avec la faute d'SOCIETE2.) qui ouvre droit à réparation pour la requérante.

La demande de celle-ci est partant à déclarer fondée.

Il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire sans caution, les conditions requises par l'article 567 du Nouveau code de procédure civile n'étant pas données en l'espèce.

C'est encore à juste titre que la société SOCIETE1.) fait valoir que le non respect de cette instruction l'autorisait à retirer le mandat de gestion conféré à la défenderesse avec effet immédiat sur base de l'article 85.1 alinéa g de la loi du 20 décembre 2002, alors qu'il y allait de l'intérêt des investisseurs.

Il n'y dès lors pas eu résiliation intempestive du contrat de mandat donnant lieu à des dommages et intérêts et la demande reconventionnelle formulée par la défenderesse est à déclarer non fondée.

Eu égard au sort réservé à leur demandes respectives, la société SOCIETE2.) est à débouter de sa demande relative à l'octroi d'une indemnité de procédure, alors que la demande formulée sur la même base par la société de gestion SOCIETE1.) est à déclarer fondée pour le montant de 1.500.- euros.

3) Quant à la demande en intervention dirigée contre la société en commandite par actions SOCIETE3.). S.C.A..

Par exploit du 10 septembre 2009, la société anonyme de droit portugais SOCIETE2.) a encore mis en intervention la SOCIETE3.). en sa qualité de dépositaire du fonds.

Elle estime qu'en raison de l'obligation de surveillance à laquelle celle-ci est tenue elle aurait dû vérifier que les produits du fonds reçoivent une affectation conforme aux instructions du gestionnaire.

La défenderesse soulève en premier lieu l'irrecevabilité de sa mise en intervention pour défaut de qualité à agir dans le chef d'SOCIETE2.).

Aucun lien contractuel n'existant entre le dépositaire et le mandataire de la société de gestion, l'action de ce dernier contre le dépositaire ne peut être que basée sur l'article 18 de la loi de 2002.

Or l'article 19 dispose clairement que « le dépositaire est responsable selon le droit luxembourgeois, à l'égard de la société de gestion et des participants de tout préjudice par eux subi résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution fautive de ces obligations ».

Il en découle que seule la société de gestion, et en cas d'inaction de celle-ci, les investisseurs peuvent rechercher la responsabilité du dépositaire. Le mandataire de la société de gestion qui a causé un préjudice du fait du non respect d'une instruction de la société de gestion ne peut bénéficier de l'article 19 ni exercer une action en responsabilité contractuelle contre le dépositaire.

Il échet encore de relever qu'en tout état de cause le contrôle du dépositaire s'exerce a posteriori et que le dépositaire ne dispose d'aucun pouvoir d'opposition aux décisions du gérant (cf. Jurisclass., Banque et Bourse, fasc. 2237, p. 120).

La demande en intervention est dès lors à déclarer irrecevable et SOCIETE2.) est à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

En revanche il y lieu d'allouer à la société en nom collectif SOCIETE3.). une indemnité de procédure de 1.000.- euros alors qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens.

PAR CES MOTIFS

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

dit la demande principale recevable et fondée,

partant, **condamne** la société de droit portugais SOCIETE2.) à payer à la société SOCIETE1.) le montant de 229.000.- euros sous déduction de 80.000.- euros, valeur 10 octobre 2008, avec les intérêts légaux,

dit la demande reconventionnelle non fondée,

condamne SOCIETE2.) à payer à SOCIETE1.) une indemnité de procédure de 1.500.- euros,

déboute SOCIETE2.) de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure,

dit l'assignation en intervention dirigée contre SOCIETE3.). irrecevable,

condamne SOCIETE2.) à payer une indemnité de procédure de 1.000.- euros à SOCIETE3.).,

déboute SOCIETE2.) de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure,

dit qu'il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire sans caution du présent jugement,

condamne SOCIETE2.) aux frais et dépens des deux demandes.