Texte pseudonymisé

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

Jugement commercial 2025TALCH06/00515

Audience publique du jeudi, treize novembre deux mille vingt-cinq.

Numéro de rôle TAL-2022-02113

Composition:

Nadège ANEN, vice-présidente ;
Muriel WANDERSCHEID, premier juge ;
Julie CORREIA, juge;
Claude ROSENFELD, greffier.

Entre :

la société anonyme **SOCIETE1.)) SA**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

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, signifié en date du 16 février 2022,

comparant par la société anonyme Arendt & Medernach SA, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 41A, avenue J.F. Kennedy, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 186 371, représentée aux fins des présentes par Maître Philippe DUPONT, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

et :

la société anonyme de gestion de patrimoine familial **SOCIETE2.) SA SPF**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.), représentée par ses organes statutaires actuellement en fonctions,

partie défenderesse, aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Laura GEIGER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, signifié en date du 16 février 2022,

comparant par la société à responsabilité limitée MOLITOR Avocats à la Cour, établie et ayant son siège social à L-2763 Luxembourg, 8, rue Sainte Zithe, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 211 810, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Michel MOLITOR, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg.

Le Tribunal :

Les faits :

Par jugement commercial numéro 2019TALCH06/00574 du 6 juin 2019 (ci-après le « Jugement »), le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg a condamné la société anonyme SOCIETE1.)) SA (ci-après « SOCIETE1.) ») à restituer à la société anonyme SOCIETE2.) SA SPF (ci-après « SOCIETE2.) ») endéans un délai de cinq jours à compter de la signification du jugement, sous peine d'une astreinte de 5.000,- EUR par jour de retard (ci-après l' « Astreinte »), les avoirs suivants :

- Obligations et fonds obligataires :
    - 2.000.000 obligations SOCIETE3.) SCA, portant le numéro I.S.I.N. NUMERO3.) ;
- Fonds alternatifs :
    - 454,709 titres SOCIETE4.) GL OPP INV-B-FD, portant le numéro I.S.I.N. NUMERO4.) ;
    - 3.805,265 titres SOCIETE5.) OPP-B-FD, portant le numéro I.S.I.N. NUMERO5.) ;
    - 292,682 titres SOCIETE6.), portant le numéro I.S.I.N. NUMERO6.) ;
    - 707.9168 titres SOCIETE7.) SC-SPEC SIT/LIQ ;
    - 859,905 titres SOCIETE8.) BD-C-02-02/13-FD ;
    - 859,905 titres SOCIETE8.) BD-C-03-03/12FD ;
    - 1.146,54 titres SOCIETE8.) BD-C-09-09/12FD ;
    - 5.773,504 titres SOCIETE9.) ;
    - 166.239,2932 titres SOCIETE7.) GRW-B-1/15-USD-FD ;
    - 7.430,048 titres SOCIETE10.), portant le numéro I.S.I.N. NUMERO7.).

En date du 27 janvier 2022, SOCIETE2.) a fait signifier à SOCIETE1.) un premier commandement de payer la somme de 4.662.390,87 EUR.

Le 16 février 2022, SOCIETE1.) a relevé opposition contre le commandement de payer lui signifié le 27 janvier 2022.

Le 20 juillet 2022, SOCIETE2.) a fait signifier à SOCIETE1.) un deuxième commandement de payer la somme de 5.567.685,12 EUR.

En date du 28 juillet 2022, SOCIETE1.) a relevé opposition contre le commandement de payer lui signifié le 20 juillet 2022.

En date du 10 janvier 2023, SOCIETE2.) a fait signifier à SOCIETE1.) un troisième commandement de payer la somme de 6.442.499,35 EUR.

Le 16 janvier 2023, SOCIETE1.) a relevé opposition du commandement de payer lui signifié le 10 janvier 2023.

Le 11 juillet 2023, SOCIETE2.) a fait signifier à SOCIETE1.) un quatrième commandement de payer la somme de 7.358.219,54 EUR.

En date du 18 juillet 2023, SOCIETE1.) a relevé opposition du commandement de payer lui signifié le 11 juillet 2023.

En date du 11 janvier 2024, SOCIETE2.) a fait signifier à SOCIETE1.) un cinquième commandement de payer la somme de 8.284.274,74 EUR.

Le 5 février 2024, SOCIETE1.) a relevé opposition du commandement de payer lui signifiée le 11 janvier 2024.

Procédure :

Par exploit d'huissier de justice du 16 février 2022, SOCIETE1.) a donné assignation à SOCIETE2.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, selon la procédure civile.

La clôture de l'instruction a été ordonnée en date du 18 novembre 2024 et à l'audience du 24 septembre 2025, l'affaire a été prise en délibéré.

Prétentions et moyens :

SOCIETE1.) conclut à la compétence du tribunal saisi et demande à celui-ci, en application de l'article 2063 du Code civil, de supprimer l'Astreinte, sinon de constater que ladite astreinte ne serait pas due, en ce qu'elle a satisfait, pour autant que matériellement possible aux obligations ordonnées par le Jugement.

Pour le surplus, la partie demanderesse conclut à la prescription de l'Astreinte en application de l'article 2066 du Code civil.

Dans le cadre de son assignation, SOCIETE1.) sollicite encore la condamnation de SOCIETE2.) au paiement d'une indemnité de procédure de 10.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile. Dans le cadre de ses conclusions, SOCIETE1.) augmente cette demande au montant de 30.000,- EUR et base ladite demande à titre subsidiaire sur les articles 1382 et 1383 du Code civil au titre du préjudice qu'elle aurait subi dans la mesure où elle a dû débourser des honoraires d'avocats.

La requérante demande finalement la condamnation de SOCIETE2.) aux frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de la société anonyme ARENDT & MEDERNACH SA qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

SOCIETE1.) fait d'abord valoir que SOCIETE2.) ne conteste pas qu'elle a obtenu, en application du Jugement, la restitution des titres et obligations énoncés ci-avant, à l'exception des 707.9168 titres SOCIETE7.) SC-SPEC SIT/LIQ (ci-après les « Titres »). Seule la restitution des Titres ferait dès lors l'objet du présent litige.

A l'appui de sa demande, SOCIETE1.) argue qu'elle se trouverait dans l'impossibilité matérielle de procéder à la restitution des Titres à SOCIETE2.), au motif que les Titres n'auraient plus existé le jour du Jugement et ne pourraient, par voie de conséquence, pas être restitués à la partie défenderesse.

La partie demanderesse explique dans ce contexte que les Titres se seraient trouvés dans une *side-pocket* du fonds d'investissement de droit des îles ORGANISATION1.) (ci-après le « **Fonds** ») qui aurait été liquidé en 2015. La liquidation du Fonds aurait automatiquement entraîné la liquidation de la *side-pocket* et, par voie de conséquence, des Titres. Les Titres n'existeraient dès lors plus depuis 2015 et aucun boni de liquidation n'aurait été versé sur le compte d'SOCIETE1.).

Elle précise encore que lesdits titres n'auraient jamais fait l'objet d'une demande de rachat et qu'aucune opération, de quelque nature que ce soit, n'aurait eu lieu en relation avec ces derniers.

Pour démontrer que les Titres auraient fait partie d'une *side-pocket* du Fonds, SOCIETE1.) explique que les 707,916800 *Special Situation Shares* dénommés « *Golden League Special Situation Class* », renseignés dans la pièce numéro 16 d'SOCIETE1.), correspondraient aux Titres.

Les Titres auraient initialement constitué des actions *Class D* qui auraient été détenues par SOCIETE2.) dans le *segregated portfolio* du Fonds, le *SOCIETE7.) Small Cap Fund Segregated Portfolio*. En date du 17 juillet 2009, il aurait été décidé qu'une certaine quantité de ces actions serait convertie en des *Special Situation Shares* intitulées « *Golden League Special Situation Class* ». Conformément à cette décision, 2002.404129 actions *Class D* auraient été converties le 3 août 2009 en 707,916800 « *Golden League Special Situation Class* ». Ces *Special Situation Shares* auraient été détachés du *SOCIETE7.) Cap Fund Segregated Portfolio* et isolés dans une *side-pocket* du Fonds.

SOCIETE1.) argue que, au cours des années, les différents intervenants ont utilisé des dénominations différentes pour identifier les Titres et le Fonds. Celles-ci s'expliqueraient notamment par le fait que le Fonds aurait changé de dénomination au cours des années. La requérante insiste dans ce contexte que le nombre des unités des titres litigieux serait toutefois toujours identique et correspondrait à 707,916800 unités.

Quant au moyen de la partie défenderesse ayant trait au défaut de preuve de l'existence de la prétendue *side-pocket*, SOCIETE1.) fait valoir que de telles *side-pockets* ne sauraient être prévues à l'avance dans un prospectus. Celles-ci seraient créées spontanément dans la mesure où les circonstances l'exigeraient.

La partie demanderesse argue encore que SOCIETE2.) serait de mauvaise foi. Cette dernière aurait eu parfaitement connaissance du fait qu'SOCIETE1.) se trouverait dans l'impossibilité matérielle de procéder à la restitution des Titres. Elle tendrait toutefois à provoquer la démonstration d'une *probatio diabolica*, alors qu'il suffirait pour SOCIETE1.) d'établir la vraisemblance de cette impossibilité.

De plus, contrairement aux affirmations de SOCIETE2.), une obligation matériellement impossible, telle que la restitution des Titres, ne saurait être assortie d'une astreinte et, contrairement aux affirmations de la partie défenderesse, il importerait peu que la cause d'une telle impossibilité matérielle soit antérieure ou postérieure au jugement ordonnant l'astreinte en question.

SOCIETE1.) conteste tout aveu extrajudiciaire au sens de l'article 1354 du Code civil dans son chef et nie avoir affirmé que les Titres auraient existé postérieurement au Jugement. Elle insiste dans ce contexte qu'un fait, dont l'existence serait matériellement impossible, ne saurait faire l'objet d'un aveu judiciaire.

Contrairement à ce qui précède, SOCIETE1.) argue que la valorisation des Titres serait restée inchangée pendant des années, voire même après la liquidation du Fonds en 2015. Ce qui précède démontrerait d'avantage que les Titres n'existeraient plus.

Quant à la prescription de l'Astreinte, la partie demanderesse fait valoir que celle-ci serait prescrite par l'expiration d'un délai de 6 mois à partir de la date à laquelle elle est encourue. Etant donné que SOCIETE2.) n'aurait posé aucun acte interruptif de prescription avant le 27 janvier 2022, l'Astreinte encourue pour la période entre les 5 jours suivant la signification du Jugement et le 17 octobre 2019 serait prescrite. Elle insiste que l'Astreinte pourrait, tout au plus, être due jusqu'au 17 octobre 2019, date du dernier transfert de titres matériellement possible effectué en faveur de la partie défenderesse en application du Jugement.

La partie demanderesse conclut au rejet de la demande de SOCIETE2.) tendant à surseoir à statuer sur les « demandes indemnitaires » en application de l'adage « *le criminel tient le civil en l'état* » au motif que la procédure qui aurait été engagée suite au dépôt de la plainte pénale ne saurait, en tout état de cause, avoir une incidence sur les dommages et intérêts réclamés dans le cadre de la présente procédure.

SOCIETE1.) demande encore le rejet de la demande de SOCIETE2.) tendant à l'octroi de dommages et intérêts à hauteur de 59.375,07 EUR. La preuve du dommage prétendument subi par SOCIETE2.) ne serait pas rapportée en l'espèce et la demande serait contestée tant dans son principe que dans son quantum.

En ce qui concerne sa demande tendant à la condamnation de SOCIETE2.) au paiement de la somme de 30.000,- EUR basée à titre principal sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, SOCIETE1.) argue qu'il serait inéquitable de laisser les frais d'avocats exposés dans le cadre de la présente procédure ainsi que dans les cinq procédures parallèlement pendantes, ayant comme objet les oppositions à commandements, à charge de la requérante.

SOCIETE1.) conclut encore à la recevabilité et au bien-fondé de ladite demande en ce qu'elle est basée à titre subsidiaire sur les articles 1382 et 1383 du Code civil. Bien qu'elle aurait basé ladite demande sur les articles précités pour la première fois dans le cadre de ses conclusions, il ne s'agirait pas d'une demande nouvelle, mais d'une demande additionnelle. Elle aurait demandé une indemnité à hauteur de 30.000.- EUR en application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile dans le cadre de son assignation, de sorte qu'un lien suffisant avec sa demande initiale serait établi en l'espèce.

SOCIETE2.) se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de l'assignation en la pure forme.

Elle conclut au rejet de la demande principale formulée par la requérante et demande au tribunal de confirmer l'Astreinte.

La notion d'impossibilité prévue à l'article 2063 du Code civil serait à interpréter restrictivement par les tribunaux et la charge de la preuve de l'impossibilité pèserait exclusivement sur SOCIETE1.). Or, faute pour cette dernière d'avoir rapporté la preuve que les Titres n'existeraient plus et disposeraient d'une valorisation nulle, la demande en suppression de l'Astreinte devrait être rejetée.

La partie défenderesse conteste que les Titres se seraient trouvés dans une *side-pocket* du Fonds et qu'ils auraient été liquidés en 2015. Il ne serait pas non plus établi en cause que

les Titres auraient effectivement été convertis en des *Golden League Special Situation Class*.

Contrairement aux affirmations de la partie demanderesse, la pièce numéro 16 d'SOCIETE1.) n'établirait ni l'existence d'un quelconque lien entre les Titres et le Fonds, ni que les titres litigieux se seraient trouvés dans une *side-pocket* dudit fonds, ni qu'ils auraient été affectés par sa liquidation. Plus précisément, ledit document contiendrait aucune référence au Fonds, ni au prétendu *side-pocket* et les avoirs y reflétés seraient intitulés « *SOCIETE7.)* Small Cap SPC Golden League Special situation Class » et non pas « SOCIETE7.) ». De plus, les mentions manuscrites y figurant auraient été ajoutées postérieurement à l'établissement dudit document.

Même dans la mesure où il serait établi que les Titres feraient partie du *side-pocket* du Fonds liquidé en 2015, il n'en demeurerait pas moins que la restitution des Titres ne deviendrait pas matériellement impossible par le simple fait que le Fonds a fait l'objet d'une liquidation.

Il découlerait même de la pièce numéro 33 d'SOCIETE1.) et, plus précisément, du courriel du 27 octobre 2022, qu'une distribution de l'actif du Fonds aurait eu lieu avant sa liquidation en 2015. Il aurait dès lors appartenu à SOCIETE1.) de restituer à SOCIETE2.) les actifs qui se seraient subrogés aux Titres.

La partie défenderesse fait en outre valoir que le fait générateur de la prétendue impossibilité d'exécuter le jugement invoqué par SOCIETE1.) serait antérieur au Jugement, de sorte que la suppression de l'Astreinte s'avérerait impossible. Elle insiste dans ce contexte qu'SOCIETE1.) n'aurait jamais mentionné, dans les deux années précédant le Jugement, que les Titres n'existeraient plus et qu'il en résulterait une impossibilité de procéder à leur restitution.

De plus, la valorisation des Titres par SOCIETE1.) dans son portefolio du 24 août 2016, voire même après la liquidation du Fonds, serait constitutive d'un aveu extrajudiciaire au sens de l'article 1354 du Code civil dans le chef d'SOCIETE1.) de l'existence des Titres et de l'absence de lien entre les Titres et le Fonds en question.

SOCIETE2.) conclut au rejet du moyen de la partie demanderesse tendant à voire dire que l'Astreinte pourrait tout au plus être due jusqu'au 17 octobre 2019, date correspondant au dernier transfert de titres réalisé par SOCIETE1.) en application du Jugement. Elle conteste encore que l'Astreinte encourue serait prescrite et se rapporte à prudence de justice quant à l'application d'une prescription de 6 mois découlant de l'article 2066 du Code civil.

Elle explique avoir procédé à la signification du Jugement le 3 juillet 2019 et fait valoir que l'Astreinte serait encourue endéans un délai de cinq jours à partir de la signification du Jugement, faute pour SOCIETE1.) d'avoir procédé à la restitution de l'ensemble des titres faisant l'objet du Jugement. En date du 27 janvier 2022, elle aurait fait signifier un premier commandement à SOCIETE1.) et, en application de l'article 2244 du Code civil, ledit commandement aurait interrompu la prescription de l'Astreinte pour la partie de l'Astreinte non encore prescrite au jour dudit commandement. Dès lors, les jours d'astreinte antérieurs de moins de 6 mois au commandement en question ne seraient pas encore prescrits et sauraient, de ce fait, être exécutés. Ledit raisonnement s'appliquerait également aux 4 autres commandements adressés à SOCIETE1.) et énoncés ci-avant.

Quant aux « demandes indemnitaires », SOCIETE2.) fait valoir que la demande tendant à l'octroi de dommages et intérêts au titre des frais et honoraires exposés constituerait une

demande nouvelle en ce qu'elle est basée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil et serait, par voie de conséquence, irrecevable en application de l'article 53 du Nouveau Code de procédure civile. Ladite demande ne serait pas reflétée dans l'assignation du 16 février 2022 et il n'existerait pas de lien suffisant avec la demande originaire de la partie demanderesse basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile. Plus précisément, l'indemnité accordée sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile trouverait son origine dans une responsabilité sans faute et aurait comme fondement l'équité, tandis que les articles 1382 et 1383 auraient comme fondement la responsabilité délictuelle pour faute.

Pour le surplus, SOCIETE2.) s'appuie à titre principal sur l'adage « *le criminel tient le civil en l'état* » et demande au tribunal de surseoir à statuer sur l'ensemble des « demandes indemnitaires », à savoir les indemnités de procédure revendiquées et les demandes tendant à l'octroi de dommages et intérêts. Elle fait valoir qu'une plainte pénale avec constitution de partie civile aurait été déposée le 4 avril 2017 au cabinet du juge d'instruction de Luxembourg et que les conditions d'application de ladite règle seraient réunies en l'espèce.

A titre subsidiaire, la partie défenderesse conclut au rejet desdites demandes et conteste être de mauvaise foi. Elle argue que la charge de la preuve de la mauvaise foi pèserait sur SOCIETE1.).

A titre plus subsidiaire, SOCIETE2.) avance qu'SOCIETE1.) resterait en défaut de soumettre à l'appréciation du tribunal la moindre pièce ayant trait aux frais et honoraires d'avocat exposés.

SOCIETE2.) sollicite encore la condamnation d'SOCIETE1.) au paiement de la somme de 59.375,07 EUR au titre des frais et honoraires d'avocat exposés sur base de l'article 1382 du Code civil, sinon sur base de l'article 1383 du Code civil, sinon sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Elle demande finalement la condamnation d'SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de MOLITOR Avocats à la Cour SARL, qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.

Motifs de la décision :

La demande principale est recevable pour avoir été introduite dans les forme et délai de la loi.

Il est constant en cause pour ne pas être contesté par la partie défenderesse que l'ensemble des titres énoncés dans le dispositif du Jugement, à l'exception des Titres, ont été restitués à SOCIETE2.).

Le présent litige a donc uniquement comme objet la suppression de l'Astreinte liée à la non-restitution des Titres.

I. Quant à la demande principale

L'article 2063 du Code civil dispose que « *Le juge qui a ordonné l'astreinte peut en prononcer la suppression, en suspendre le cours durant le délai qu'il indique ou la réduire, à la demande du condamné, si celui-ci est dans l'impossibilité définitive ou temporaire, totale ou partielle de satisfaire à la condamnation principale.*

Dans la mesure où l'astreinte était acquise avant que l'impossibilité se fût produite le juge ne peut la supprimer ni la réduire. »

Cette disposition règle les cas dans lesquels, exceptionnellement, la révision de l'astreinte est permise en raison de l'impossibilité dans laquelle le condamné se trouve de satisfaire à la condamnation principale.

La révision de l'astreinte est une faculté laissée à l'appréciation du juge, ce qui lui permet de tenir compte de toutes les circonstances, et notamment du caractère définitif ou temporaire, total ou partiel de l'impossibilité d'exécution, et de la manière dont le débiteur lui-même a contribué éventuellement à rendre l'exécution impossible. En dehors des cas où le condamné est dans l'impossibilité de satisfaire à la condamnation principale, aucune suspension, suppression ou réduction de l'astreinte n'est possible (Travaux préparatoires n°1954 de la loi du 21 juillet 1976 portant approbation de la Convention Benelux portant loi uniforme relative à l'astreinte, signée à La Haye, le 26 novembre 1973, p. 14).

Il est de doctrine et de jurisprudence constante que la partie condamnée sous astreinte doit démontrer l'impossibilité d'exécuter la condamnation principale ou tout au moins les éléments dont il ressort qu'elle a essayé de se soumettre aux dispositions de la décision à exécuter, afin de permettre au juge de conclure à une impossibilité d'exécuter la condamnation. La seule disproportion entre le montant de l'astreinte et la valeur de la prestation non effectuée ne peut donner lieu à révision (Larcier, Répertoire notarial, « L'astreinte », Jacques van Compernolle, n°122 et 123 ainsi que les jurisprudences y citées).

L'impossibilité en question peut résulter de la force majeure ou d'une autre cause étrangère ou encore du fait d'un tiers ou même du débiteur à condition qu'il ne s'agisse pas d'une simple mauvaise volonté de ce dernier. L'impossibilité n'équivaut cependant pas à l'alourdissement de l'exécution. Il faut qu'il y ait une réelle impossibilité et non pas seulement une difficulté d'exécution plus grande (Jacques van Compernolle, « L'astreinte », p. 78).

Le juge n'est pas tenu de se replacer dans les mêmes circonstances que celles dans lesquelles il se trouvait lorsqu'il a statué initialement et il peut donc tenir compte d'éléments nouveaux portés à sa connaissance uniquement au moment où il statue sur la demande de révision (M. Thewes, L'Astreinte en droit luxembourgeois, Annales du droit luxembourgeois, 1999, p.168)

Le juge ne peut cependant pas priver le créancier du bénéfice d'une astreinte encourue avant que l'impossibilité d'exécution ait commencé. Le juge ne peut donc faire rétroagir une décision de révision à une date antérieure à celle où s'est produite l'impossibilité d'exécution.

L'existence de faits constitutifs de l'inexécution de l'obligation sanctionnée par l'astreinte peut être établie par toutes voies de droit, témoins et présomptions.

En l'espèce, il appartient donc à SOCIETE1.) de rapporter la preuve de l'impossibilité de procéder à la restitution des Titres à SOCIETE2.) ou bien, tout au moins, d'établir qu'elle a tout essayé pour pouvoir procéder à la restitution desdits titres.

SOCIETE1.) fait tout d'abord état d'une impossibilité eu égard la liquidation du Fonds. Contrairement à la position soutenue par SOCIETE2.), il n'est pas pertinent si cet élément est antérieur ou non au Jugement, étant donné qu'il n'avait à l'époque pas été porté à la connaissance du juge et que ce dernier peut, dans le cadre de la présente procédure, tenir compte d'éléments nouveaux portés à sa connaissance.

A la lecture des pièces soumises à son appréciation, le tribunal constate tout d'abord que le Fonds a effectivement fait l'objet d'une liquidation en 2015. Il y a dès lors lieu d'analyser si les Titres se trouvaient dans le Fonds.

Le tribunal relève que la pièce numéro 16 versée en cause par SOCIETE1.) afin d'établir que les Titres se trouvaient dans une *side-pocket* du Fonds ne fait pas état des Titres dénommés « SOCIETE7.) SC-SPEC SIT/LIQ », mais de titres dénommés « *SOCIETE7.) Small Cap SPC Goldean League Special Situation Class* ».

Le raisonnement ayant trait à la substitution des « *SOCIETE7.) Small Cap SPC Goldean League Special Situation Class* » aux Titres n'est pas établi en cause par les nombreuses pièces soumises à l'appréciation du tribunal. Lesdits documents font seulement état d'une multitude de titres ayant des dénominations similaires, mais non identiques, aux Titres et ne permettent pas de retracer un changement éventuel dans la dénomination des Titres.

Le fait que le nombre des unités des « *SOCIETE7.) Small Cap SPC Goldean League Special Situation Class* » correspond à celui des unités des Titres, n'établit pas non plus que les « *SOCIETE7.) Small Cap SPC Goldean League Special Situation Class* » se seraient substitués aux Titres, à défaut d'autres éléments soumis à l'appréciation du tribunal venant corroborer ledit fait.

Quant aux mentions manuscrites sous forme de chiffres figurant sur ladite pièce 16, le tribunal ne peut pas exclure qu'elles ont été ajoutées à une date postérieure à l'établissement dudit document, voire dans le seul but de rapporter la preuve que les « *SOCIETE7.) Small Cap SPC Goldean League Special Situation Class* » se seraient substitués aux Titres. A cela s'ajoute que l'auteur de ces mentions manuscrites ne résulte pas non plus dudit document. Il n'y a dès lors pas lieu d'en tenir compte.

Or, tel que l'a, à juste titre, relevé la partie défenderesse, les pièces versées en cause n'établissent pas que les Titres faisaient partie du Fonds et se seraient trouvés dans une *side-pocket* du Fonds, et par voie de conséquence, qu'ils auraient fait l'objet de d'une liquidation.

De plus, même à supposer que les Titres auraient fait partie du Fonds, qui a été liquidé en 2015, il n'en demeure pas moins qu'il découle du courriel du liquidateur du Fonds du 27 octobre 2022 que celui-ci a affirmé ce qui suit : « *SOCIETE11.)* [le liquidateur] *was not involved with the sale of assets or distribution of participating shares. Only the management voting shares remained.* ». Il en découle que les Titres n'ont, en tout état de cause, pas fait l'objet des opérations de liquidation.

Il résulte ensuite de la lecture des pièces soumises à l'appréciation du tribunal et, plus précisément, de la pièce 30 d'SOCIETE1.) que les Titres ont été listés dans le portefeuille émis par SOCIETE1.) pour son client SOCIETE2.) en date du 24 août 2016 et qu'ils ont été évalués au montant de 208.057,17 USD par la partie demanderesse.

SOCIETE2.) argue que l'établissement dudit portefeuille par SOCIETE1.) fait état d'un aveu judiciaire dans le chef de cette dernière portant sur l'existence des Titres à la date de l'établissement du portefeuille en question et de l'absence de lien entre les titres et le Fonds.

Aux termes de l'article 1354 du Code civil, l'aveu qui est opposé à une partie est ou extrajudiciaire ou judiciaire.

L'aveu peut être défini comme étant une déclaration par laquelle une personne reconnaît comme vrai et comme devant être tenu pour avéré à son égard un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques.

L’aveu extrajudiciaire réel et sérieux est complètement assimilé à l’aveu judiciaire et fait dès lors pleine foi contre son auteur et est irrévocable.

L’aveu judiciaire est recueilli par le juge alors que l’aveu extrajudiciaire est rapporté au juge, mais est fait hors de sa présence. Les formes de l’aveu extrajudiciaire sont beaucoup plus souples que celles de l’aveu judiciaire, mais la preuve n’en est que plus difficile, étant donné que la fiabilité de la preuve tient essentiellement au moyen par lequel elle vient à la connaissance du juge.

La force probante de l’aveu extrajudiciaire est laissée à l’appréciation des juges du fond. Comme toute preuve, l’aveu extrajudiciaire tend à établir des faits, et non à dégager des points de droit (Jugement civil no. 54/2006, 17e chambre, 15 février 2006, numéro 89715 du rôle).

Il en résulte que ce qui est le propre de l'aveu extrajudiciaire, c'est la liberté qu'a le tribunal d'y attacher la force probante qui lui paraît la plus convenable en prenant en considération toutes les circonstances de l’espèce : l'aveu extrajudiciaire ne fait pas forcément foi contre celui qui l'a fait. Le tribunal peut écarter un aveu semblant manquer de vraisemblance ou encore subordonner la valeur de l'aveu extrajudiciaire à l'existence de preuves complémentaires conformes (Jugement civil no. 157 / 2007, 8e chambre, 12 juin 2007, numéro 104292 du rôle).

Il s’ensuit que pour valoir aveu extrajudiciaire, le portefeuille invoqué par la partie défenderesse doit émaner d’une personne reconnaissant comme vrai et comme devant être retenu pour avéré à son égard un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques.

Le tribunal retient que si par l’établissement du portefeuille en question, SOCIETE1.) a fait un aveu extrajudiciaire portant sur l’existence des Titres à la date d’établissement dudit portefeuille, voire après la liquidation du Fonds en 2015, ledit fait n’est toutefois pas pertinent dans le cadre de la résolution du litige, étant donné qu’il appartient à SOCIETE1.) d’établir l’inexistence des Titres afin d’obtenir une révision de l’Astreinte. Le tribunal relève encore que ledit document ne permet pas, contrairement aux affirmations de SOCIETE2.), d’établir l’existence d’un lien quelconque entre les Titres et le Fonds, le portefeuille ne faisant pas référence au Fonds.

Quant au moyen d’SOCIETE1.) tendant à voir dire que les Titres seraient toujours valorisés au même montant et que ceci établirait leur inexistence, le tribunal retient que cette affirmation n’est pas établie par les pièces versées en cause. Celles-ci ne permettent pas de retracer l’évaluation des Titres au cours des années, les portefeuilles soumis à l’appréciation du tribunal, à l’exception de celui du 24 août 2016, faisant uniquement état de plusieurs titres ayant des dénominations similaires, mais non identiques, aux Titres. Aucun document ne corrobore d’ailleurs l’affirmation d’SOCIETE1.) que les différents intervenants ont utilisé des différentes dénominations pour les mêmes titres.

Il découle encore de la pièce numéro 27 d’SOCIETE1.) que cette dernière a informé le 3 juillet 2019 l’établissement bancaire SOCIETE12.) SA (ci-après la « SOCIETE12.) ») de son intention de procéder au transfert de plusieurs titres, dont notamment 707.9168 titres intitulés « SOCIETE7.) ».

Même si le nombre d’unités de ces titres correspond à ceux des Titres et que leurs intitulés sont très similaires, le tribunal retient qu’il n’est pas en mesure de retenir avec certitude que lesdits titres correspondent effectivement aux Titres.

Indépendamment de la question de savoir si ces titres correspondent effectivement aux Titres, la preuve de l'impossibilité de procéder au transfert desdits titres n'est pas rapportée en l'espèce.

Plus précisément, le tribunal retient qu'il découle de la pièce précitée qu'SOCIETE1.) a indiqué à SOCIETE12.), dans le cadre de sa correspondance relative au transfert des titres, ce qui suit « *concernant ce titre, notre service GROUPE1.) nous informe qu'ils sont toujours en attente d'un retour de l'agent. Ce titre est en liquidation et les délais vont être plus longs pour obtenir toutes les informations* ». Il ressort de cette correspondance que les titres en question sont en cours de liquidation et qu'SOCIETE1.) est confrontée, de ce fait, à des difficultés d'exécution, mais non pas à une impossibilité d'exécution, du transfert préconisé.

A cela s'ajoute que cette pièce, à supposer qu'elle porte sur les Titres, est en contradiction avec les affirmations d'SOCIETE1.) qui prétend actuellement que les Titres auraient fait l'objet d'une liquidation et n'existeraient, de ce fait, plus depuis 2015.

Le tribunal relève qu'afin de voir déclarer sa demande fondée, SOCIETE1.) peut encore rapporter la preuve qu'elle a tout fait pour trouver les Titres et de procéder à leur restitution.

Or, à l'exception du courriel du 27 octobre 2022 adressé au liquidateur du Fonds, aucune pièce soumise à l'appréciation du tribunal, ne permet d'établir qu'SOCIETE1.) aurait entrepris des démarches concrètes afin de « retrouver » les Titres.

En effet, il ne ressort notamment pas des pièces versées qu'SOCIETE1.) aurait, suite aux courriels échangés avec la SOCIETE12.) relatifs au transfert des avoirs en question, entrepris des démarches quelconques pour remédier à la difficulté d'exécution du transfert sollicité, voire assuré un suivi concernant la problématique dudit transfert.

A défaut d'autres éléments soumis à l'appréciation du tribunal par SOCIETE1.), attestant de la prétendue impossibilité de procéder à la restitution des Titres à SOCIETE2.), le tribunal retient que celle-ci n'est pas établie en l'espèce.

Les conditions de révision de l'astreinte prévues par l'article 2063 du Code civil ne sont dès lors pas réunies en l'espèce.

Quant à la question de la prescription de l'astreinte, qui est un moyen de défense, celle-ci devra être tranchée dans le cadre de la procédure relative à l'exécution du Jugement. Il n'y a dès lors pas lieu d'analyser autrement les développements des parties à cet égard.

Au vu de l'ensemble des développements repris ci-avant, il n'y a pas lieu de supprimer l'Astreinte.

Etant donné qu'il ne ressort pas des pièces que SOCIETE1.) a satisfait à la condamnation, sa demande subsidiaire tendant de voire dire que l'Astreinte ne serait « pas dû », est également à déclarer non fondée.

SOCIETE2.) demande au tribunal de « confirmer » l'Astreinte.

Aux termes de l'article 2062 du Code civil, l'astreinte, une fois encourue, reste intégralement acquise à la partie qui a obtenu la condamnation. Cette partie peut en poursuivre le recouvrement en vertu du même titre qui la prévoit.

L'astreinte est exigible sur le fondement de la décision judiciaire qui la prononce. En vertu de cette décision, lorsqu'après sa signification les conditions qu'elle précise sont réunies,

l'astreinte est due intégralement et peut être recouvrée sans qu'une nouvelle décision judiciaire soit nécessaire. (Cour de justice Benelux, 14 avril 1983, R.W., 1983-1984, col. 223 et concl. E. Krings).

SOCIETE2.) disposant déjà d'un titre à cet égard, la demande de SOCIETE2.) tendant à la confirmation de l'Astreinte est à déclarer sans objet.

II. Quant aux demandes accessoires

SOCIETE2.) demande au tribunal de surseoir à statuer en application de l'adage « *le criminel tient le civil en l'état* » concernant les demandes de nature indemnitaire formulées par les parties.

La règle « *le criminel tient le civil en l'état* », qui est inscrite à l'article 3, 2ème alinéa, du Code de procédure pénale, s'applique lorsqu'une action publique qui est de nature à influer sur la décision civile est en cours devant une juridiction répressive. Cette règle ne requiert pas comme condition d'application l'identité de la personne, ni même l'identité des faits en cause dans les actions civile et pénale, mais il faut et il suffit que la décision à intervenir sur l'action publique soit susceptible d'influer sur celle qui sera rendue par la juridiction civile, ce qui est le cas chaque fois que le juge pénal sera amené à trancher une question sur laquelle le juge civil sera lui-même amené à prendre parti lorsqu'il rendra son jugement, le but du sursis à statuer étant d'éviter une éventuelle contrariété des décisions à intervenir (Cour d'appel, 24 octobre 2012, n° 36995 du rôle).

Trois conditions sont exigées pour que la règle « *le criminel tient le civil en état* » soit applicable :

* l'action publique doit être effectivement en mouvement ;

* l'action publique et l'action civile doivent être unies par un lien étroit ;

* il ne doit pas avoir été définitivement statué sur l'action publique.

Or en l'espèce, les demandes en indemnisation exposées dans le cadre du présent litige, ayant comme objet la contestation de l'Astreinte, et dans le cadre des procédures dirigées contre les commandements à payer adressés par SOCIETE2.) à SOCIETE1.), ne sont pas en lien étroit avec la procédure pénale en question, celle-ci ayant comme objet des faits reprochés à SOCIETE1.) qui sont susceptibles de constituer une infraction pénale dans le chef de cette dernière.

Tel que l'a relevé à bon droit SOCIETE1.), l'issue de la procédure pénale n'aura pas d'incidence sur l'indemnité de procédure, voire les dommages et intérêts, réclamés dans le cadre de la présente procédure et limités à celle-ci.

Au vu de l'ensemble des développements relevés ci-avant, il n'y a pas lieu de surseoir à statuer.

- Quant aux demandes d'SOCIETE1.)

SOCIETE1.) base sa demande en paiement d'une indemnité de procédure de 30.000,- EUR à titre principal sur l'article 240 du Nouveau Code civil. A titre subsidiaire elle base sa demande sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, au motif qu'il serait inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à sa charge et qu'elle a subi un préjudice dans la mesure où elle a dû débourser des honoraires d'avocat.

La demande en allocation d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile d'SOCIETE1.) est à rejeter au motif qu'elle n'a pas rapporté la preuve qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge les montants exposés par elle et non compris dans les dépens.

En ce qui concerne la demande subsidiaire basée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, SOCIETE2.) soulève l'irrecevabilité de la demande.

La demande nouvelle est celle qui se différencie de la demande originaire par un de ses éléments constitutifs, objet, cause ou partie, et donc saisit le juge d'une prétention autre que celle dont il était saisi par l'effet de l'acte introductif initial (Thierry Hoscheit, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, n°1004).

L'article 53 du Nouveau Code de procédure civile dispose : « *L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant* ».

Le contrat judiciaire se forme sur la demande contenue dans l'assignation introductive d'instance.

Il est cependant admis que le contrat judiciaire ne s'oppose pas à une majoration de la demande initiale, pour autant qu'il y ait un lien suffisant avec les prétentions originaires et que la nature de la demande ne soit pas modifiée. Ainsi il faut rechercher si une condamnation qui est demandée en cours d'instance, sans avoir été énoncée dans l'acte introductif d'instance, n'y était pas déjà virtuellement comprise. Dans l'affirmative, il n'y a pas de demande nouvelle.

La demande en obtention d'une indemnité de procédure sur le fondement de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, qui repose sur des considérations d'iniquité, procède d'une cause différente que celle tendant au remboursement d'une note de frais et honoraires d'avocat à titre de dommages et intérêts sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, conditionnée par l'exercice d'une faute et d'une relation causale avec le préjudice (TAD, 8 février 2017, n° 18632 du rôle).

La demande en remboursement d'honoraires d'avocat n'est en outre pas virtuellement comprise dans la première, elle n'en est pas une suite logique et nécessaire. Elle n'est pas liée par un lien suffisant à la prétention originaire basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et constitue, dès lors, une demande nouvelle et est à déclarer irrecevable.

- <u>Quant aux demandes de SOCIETE2.)</u>

SOCIETE2.) demande la condamnation d'SOCIETE1.) au paiement de la somme de 59.375,07 EUR sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, sinon sur l'article 1383 du Code civil, au titre des frais et honoraires d'avocat.

L'article 240 du Nouveau Code de procédure civile qui permet au juge, sur le fondement de l'équité, d'allouer à une partie un certain montant au titre des sommes non comprises dans les dépens, dont les honoraires d'avocat, n'empêche pas une partie de réclamer ces honoraires au titre de réparation de son préjudice sur base de la responsabilité contractuelle ou délictuelle, à condition d'établir les éléments conditionnant une telle indemnisation, à

savoir une faute, un préjudice et une relation causale entre la faute et le préjudice (Cass., 9 février 2012, n° 2881).

En l'occurrence, SOCIETE2.) invoque à l'appui de sa demande en indemnisation au titre des frais d'avocats, le fait qu'SOCIETE1.) aurait refusé de procéder à l'exécution du Jugement et de payer l'Astreinte.

Au vu des développements qui précèdent et en application du Jugement, cette faute est établie.

Toutefois, les frais et honoraires payés pour engager la présente procédure ne sont en lien avec cette faute que dans la mesure où le montant mis en compte de ce chef ne dépasse pas celui normalement demandé pour une affaire de même espèce, d'après les critères d'appréciation en usage et dans la limite des prestations effectivement fournies.

En l'espèce, la partie défenderesse ne verse aucune note d'honoraires. S'il ressort certes de l'attestation testimoniale invoquée par SOCIETE2.) que les prestations ont été effectuées et réglées, aucun détail quant aux prestations effectuées n'y est indiqué, de sorte que le lien de causalité n'est pas à suffisance établi.

La demande en indemnisation de SOCIETE2.) au titre des frais et honoraires d'avocat est partant à déclarer non fondée sur base de l'article 1382 du Code civil.

Il y a également lieu de rejeter la demande en ce qu'elle est basée sur l'article 1383 du Code civil pour les mêmes motifs que ceux repris ci-avant.

La demande de SOCIETE2.) subsidiaire en allocation d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile est à déclarer partiellement fondée, alors qu'il paraît inéquitable de laisser à charge de la partie défenderesse l'entièreté des frais exposés non compris dans les dépens.

Le tribunal évalue *ex aequo et bono* les frais exposés non compris dans les dépens au montant de 3.000,- EUR.

Par ces motifs :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, sixième chambre, siégeant en matière commerciale, selon la procédure civile, statuant contradictoirement,

dit la demande recevable ;

la **dit** non fondée et en déboute ;

dit qu'il n'y pas lieu de surseoir à statuer sur les demandes en indemnisation respectives des parties tendant à l'obtention du montant de 30.000,- EUR, respectivement de 59.375,07 EUR ;

dit la demande de la société anonyme SOCIETE1.)) SA en remboursement des frais et honoraires d'avocats exposés sur base des articles 1382 et 1383 du Code civil irrecevable pour constituer une demande nouvelle ;

dit la demande de la société anonyme SOCIETE1.)) SA en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile non fondée et en déboute ;

dit la demande de la société anonyme SOCIETE2.) SA SPF en remboursement des honoraires d'avocat partiellement fondée ;

condamne la société anonyme SOCIETE1.)) SA à payer à la société anonyme SOCIETE2.) SA SPF la somme de 3.000,- EUR ;

condamne la société anonyme SOCIETE1.)) SA aux frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de MOLITOR Avocats à la Cour SARL, qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.