

Jugement commercial II No.01805/17

Audience publique du vendredi, quinze décembre deux mille dix-sept.

Numéro 159 666 du rôle

Composition :

Anick WOLFF, 1^{ère} vice-présidente ;
Nathalie HILGERT, 1^{er} juge ;
Carole ERR, 1^{er} juge ;
Paul BRACHMOND, greffier.

E n t r e :

- 1) La société civile de droit français **SC SOC.1.**), établie et ayant son siège social à F-(...), représentée par ses gérants actuellement en fonction, inscrite au registre du commerce et des sociétés de Paris sous le numéro RCS (...);
- 2) Monsieur **A.**), demeurant à F-(...);
- 3) Madame **B.**), **épouse A.**), demeurant à F-(...);
- 4) Monsieur **C.**), demeurant à F-(...);
- 5) Madame **D.**), **épouse (...)**, demeurant à F-(...);
- 6) Monsieur **E.**), demeurant à F-(...);
- 7) Monsieur **F.**), demeurant à F-(...);

parties demandereses aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg en date du 10 décembre 2013 ;

défendeurs sur reconvention, comparant par la société par actions simplifiée Avocats associés ChristmannSchmitt SAS, établie et ayant son siège social à L-2143 Luxembourg, 45, rue Laurent Ménager, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 212 183, représentée par Maître Arnaud SCHMITT, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

e t :

- 1) la société européenne **SOC.2a.) SE**, établie et ayant son siège à D-(...), immatriculée au registre de commerce de l'Amtsgericht de Francfort sous le

n° HRB (...), agissant au titre de sa succursale **SOC.2A.) SE**, Luxembourg Branch, représentée par les représentants permanents de **SOC.2a.) SE** pour l'activité de la succursale, établie à L-(...), immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...);

- 2) la société anonyme **SOC.2b.) SA**, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...);

parties défenderesses aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE en date du 10 décembre 2013 ;

demanderesse par reconvention, comparant par la société anonyme ELVINGER HOSS PRUSSEN SA, établie et ayant son siège social à L-1340 Luxembourg, 2, place Winston Churchill, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 209 469, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Marc ELVINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

- 3) La société coopérative **SOC.3.) SC**, anciennement **SOC.3.) SARL**, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...);

partie défenderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg en date du 10 décembre 2013 ;

comparant par Maître Henri DUPONG, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg.

L e T r i b u n a l :

Faits

Le 19 septembre 2007, la société civile de droit français **SOC.1.) SC** a souscrit un contrat de capitalisation auprès de la société anonyme **ASS.1.) SA** (ci-après « **ASS.1.)** »). Ce contrat est adossé à un fonds interne dédié dont la politique d'investissement est fixée par **SOC.1.)**. Les actifs sous-jacents du fonds ont été déposés sur un compte auprès de la banque **BQUE.1.)** (antérieurement **BQUE.1'.)) SA**.

Conformément aux instructions de **SOC.1.)**, **ASS.1.)** a investi dans le fonds d'investissement **SOC.4.) Limited levered EUR** (ci-après « **SOC.4.)** ») en souscrivant à 37,566 parts pour un montant total de 515.000,- EUR.

SOC.4.) est une société d'investissement constituée selon le droit des Îles Vierges Britanniques dont le fonctionnement est régi par un Confidential Memorandum et des statuts.

La société anonyme **SOC.2a'.)** SA, entretemps devenue **SOC.2A.)** SE (ci-après « **SOC.2A.)** »), est *custodian* et *Prime Bank* et la société anonyme **SOC.2b.)** SA (ci-après « **SOC.2B.)** ») est agent administratif de **SOC.4.)**. Réviseur externe du fonds est la société **SOC.3'.)** SARL, actuellement **SOC.3.)** SC (ci-après « **SOC.3.)** »).

Investment Manager et *Investment Adviser* sont respectivement la société de droit suisse **SOC.5.)** Partners (Suisse) SA et la société de droit luxembourgeois **SOC.5.)** Partners SA.

Tous les actifs de **SOC.4.)** ont été investis dans le fonds d'investissement **SOC.6.)** Limited Standard Class EUR (ci-après « **SOC.6.)** ») qui, lui, a investi ses avoirs auprès de **SOC.7.)** (ci-après « **SOC.7.)** »).

Le 12 décembre 2008, **ASS.1.)** a donné instruction à **BQUE.1'.)** SA de procéder à un arbitrage des parts du fonds **SOC.4.)** vers le fonds **BQUE.1.)** Cash Invest. Le 14 janvier 2009, **ASS.1.)** a informé **SOC.1.)** de l'inexécution de la demande d'arbitrage et de la valorisation à zéro des parts du fonds **SOC.4.)** au 31 décembre 2008.

Procédure

Par exploit d'huissier du 10 décembre 2013, **SOC.1.), A.), B.), C.), D.), E.)** et **F.)** (ci-après « les Associés ») ont assigné **SOC.2A.), SOC.2B.)** et **SOC.3.)** à comparaître devant le tribunal de ce siège.

L'ordonnance de clôture de l'instruction est intervenue le 27 septembre 2017.

Le juge rapporteur a été entendu en son rapport oral à l'audience du 25 octobre 2017.

Prétentions et moyens des parties

SOC.1.) et les Associés

SOC.1.) demande qu'**SOC.2A.)** et **SOC.2B.)** soient condamnées solidairement, sinon in solidum, sinon chacune pour sa part, à lui payer la somme de 567.366,43 EUR au titre de la perte de la valeur des parts du fonds dédié d'assurance adossé au contrat de capitalisation et investi à hauteur de 10,53% dans **SOC.4.)**, ainsi que la somme de 295.266,26 EUR au titre de la perte de chance pour le gain manqué pour la période du 16 octobre 2008 au 10 décembre 2013, de même qu'une indemnité de 30.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Les Associés demandent la condamnation solidaire, sinon in solidum d'**SOC.2A.)** et d'**SOC.2B.)** à payer à chacun la somme de 15.000,- EUR pour préjudice moral.

Les parties demanderesses sollicitent que le jugement soit assorti de l'exécution provisoire sans caution et déclaré commun à **SOC.3.)**.

La demande est basée sur l'article 1382, sinon sur l'article 1383 du Code civil, sinon sur toute autre base légale. Toute personne serait recevable à agir contre toute autre personne dont la faute lui aurait causé un dommage pour en obtenir réparation.

Les fautes des entités **SOC.2.)** auraient consisté dans l'inexécution de leurs obligations contractuelles vis-à-vis du fonds et à donner une apparence de respectabilité à **SOC.4.)** afin d'y attirer des investisseurs. Le préjudice serait

constitué, principalement, de la perte de l'investissement dans **SOC.4.)** et des gains que **SOC.1.)** pouvait en espérer et, subsidiairement, de la perte de chance d'investir dans un autre fonds et/ou de ne pas conserver son investissement dans **SOC.4.)**.

En relation avec le moyen d'irrecevabilité de la demande développé par les entités **SOC.2.)**, **SOC.1.)** réplique qu'au regard du droit des BVI, seule la personne inscrite dans le registre des actionnaires serait propriétaire légal des titres, que tel ne serait pas le cas du bénéficiaire économique/investisseur final qui ne saurait être considéré comme actionnaire des titres de **SOC.4.)** et que ses droits ne pourraient pas être assimilés à ceux d'un actionnaire. Ainsi, l'exigence d'un préjudice personnel et distinct de celui de la collectivité des actionnaires ne saurait-elle lui être opposée. En effet, elle ne serait que le bénéficiaire économique/investisseur final sans lien de droit avec **SOC.4.)**.

Il n'en resterait pas moins qu'elle aurait subi un préjudice personnel, en ce qu'elle aurait perdu son investissement, et distinct de la collectivité des actionnaires, pour la plupart des professionnels, qui n'auraient pas subi de préjudice personnel sous réserve du mécontentement de leurs clients.

Dans la mesure où **SOC.4.)** resterait inactif, lui dénier le droit d'agir reviendrait à lui enlever tout recours.

Le droit des BVI n'admettrait pas que le bénéficiaire économique/investisseur, non éligible à **SOC.4.)**, bénéficie des droits légaux de l'actionnaire. Il en découlerait que, comme **SOC.1.)** ne pourrait être considérée comme actionnaire, elle n'aurait pas à justifier d'un préjudice personnel et distinct de celui de la collectivité des actionnaires. **SOC.1.)** aurait même subi un préjudice distinct et personnel puisque la quasi-totalité des actionnaires de **SOC.4.)** n'auraient subi aucun préjudice personnel et que **SOC.4.)** aurait elle-même concouru au dommage.

Les Associés auraient un intérêt à agir en réparation du préjudice moral qu'ils ont subi.

Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame a un intérêt personnel à agir en justice et donc qualité pour le faire.

La titularité de ses droits serait prouvée par le certificat de détention de parts de titres **SOC.4.)** émis par **BQUE.1.)** le 26 novembre 2013.

Il aurait été jugé en référé qu'un bénéficiaire économique aurait qualité à agir lorsqu'il justifierait d'un intérêt à agir. De plus, **SOC.1.)** n'aurait pas seulement un intérêt purement économique mais aurait subi un réel préjudice financier. Elle serait la seule à avoir un intérêt personnel au succès de l'action.

Pour contrecarrer l'argument des défenderesses selon lequel un cas identique aurait déjà donné lieu à un jugement du 21 février 2014 et qui serait entièrement transposable au cas d'espèce, les demandeurs se réfèrent à ce jugement et à l'*affidavit* portant sur le droit des BVI y repris pour conclure que, s'il devait être fait application de cet *affidavit*, seuls ses points a) et b) pourraient s'appliquer en l'espèce et non pas le point c) dont le jugement aurait tiré des conséquences. A titre subsidiaire, **SOC.1.)** fait valoir que si application du point c) devait être faite, elle serait également recevable à agir dans la mesure où sa demande subsidiaire viserait

le dommage subi par la perte d'une chance de ne pas avoir procédé à l'investissement, dommage distinct du préjudice social.

Il serait faux de soutenir que l'action contre les entités **SOC.2.)** appartiendrait uniquement à **SOC.4.)**. En effet, il n'appartiendrait pas à **SOC.4.)** de poursuivre les coauteurs des fautes auxquelles elle a contribué, **SOC.1.)** reprocherait la tromperie subie lors de la souscription à **SOC.4.)** et non l'unique perte de valeur de son investissement. **SOC.4.)**, n'ayant pas déclaré de créance dans la faillite de **SOC.7.)**, n'aurait subi aucun préjudice financier.

Les fonctions respectives de banque dépositaire et d'agent administratif d'**SOC.2A.)** et **SOC.2B.)** dans le cadre de **SOC.4.)** n'auraient pas correctement été exécutées. En effet, le dépositaire, outre la garde des actifs, assumerait la fonction de contrôle de la régularité des opérations du fonds. Il devrait savoir à tout moment de quelle façon les actifs sont investis et où et comment ils sont disponibles. En sous-déposant les actifs du fonds auprès de **SOC.7.)**, **SOC.2A.)** aurait intentionnellement renoncé à cette surveillance.

SOC.2B.) en tant qu'agent administratif serait un prestataire du fonds et un intermédiaire entre les investisseurs, les distributeurs, le fonds et la banque dépositaire. L'agent administratif validerait le calcul de la VNI et générerait les événements sur les titres émis par le fonds tels que la distribution de dividendes. Or, **SOC.2B.)** aurait en réalité dévolu ses fonctions à **SOC.8.)** et au groupe **SOC.5.)**.

Les entités **SOC.2.)** n'auraient agi qu'en tant qu'écran et auraient intentionnellement trompé les investisseurs quant aux rôles véritablement joués.

Elles se seraient encore substituées aux dirigeants de **SOC.4.)** afin de tromper les investisseurs sur les investissements réellement opérés.

Pour corroborer leurs reproches les demandeurs se réfèrent aux développements faits par Irving Picard, trustee de la liquidation de **SOC.7.)**, dans sa requête du 17 août 2011 en relation avec les fonds **SOC.6.)** et **SOC.9.)** Sicav et qui seraient transposables à **SOC.4.)**.

En modifiant unilatéralement la politique d'investissement de **SOC.4.)**, les entités **SOC.2.)** se seraient substituées aux dirigeants de **SOC.4.)** ainsi qu'à son gestionnaire et auraient agi comme gérants de fait.

Les demandeurs reprochent aux entités **SOC.2.)** des fautes intentionnelles, sinon lourdes.

Un tiers à un contrat pourrait invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage. En tout état de cause les fautes commises par les entités **SOC.2.)** seraient détachables de leurs obligations contractuelles.

Quant au dommage subi, **SOC.1.)** invoque la perte de son investissement au 15 octobre 2008 et demande la condamnation des entités **SOC.2.)** à lui payer le montant de 567.366,43 EUR et, subsidiairement, de 515.000,- EUR. A titre subsidiaire, ces montants sont réclamés pour perte d'une chance d'investir dans un autre fonds et/ou de ne pas conserver son investissement dans **SOC.4.)**.

A titre subsidiaire, elle invoque la perte de chance de faire fructifier son investissement jusqu'au 10 décembre 2013 évalué à 295.266,26 EUR. Les Associés font valoir avoir subi un préjudice moral suite la perte définitive de l'investissement.

Sauf à contester l'ensemble des moyens développés par les entités **SOC.2.)**, les demandeurs n'ont pas pris position quant à la demande reconventionnelle pour procédure abusive et vexatoire.

SOC.2A.) et SOC.2B.)

Les entités **SOC.2.)** concluent à l'irrecevabilité de la demande introduite par **SOC.1.)**, et à titre subsidiaire, à son caractère non fondé. La demande des Associés serait à déclarer non fondée. Elles réclament, à titre reconventionnel, des dommages et intérêts de 5.000,- EUR pour procédure vexatoire et abusive et une indemnité de 5.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Les entités **SOC.2.)** soulèvent l'incompatibilité des demandes. En effet, **SOC.1.)** ne saurait leur reprocher tout à la fois de ne pas avoir empêché le détournement des actifs de **SOC.4.)** (perte de son investissement) et de ne pas avoir assumé leurs obligations ou de ne pas l'avoir correctement informé du fait qu'elles n'assuraient pas les missions leur dévolues par la loi et les documents publics de **SOC.4.)** (perte de la chance de ne pas investir).

En relation avec les faits tels qu'exposés par les demanderesses, les entités **SOC.2.)** mettent l'accent sur le caractère spéculatif de l'investissement dans le fonds **SOC.4.)** qui est un fonds à effet de levier ainsi que sur la circonstance que les investisseurs dans **SOC.4.)** étaient des spéculateurs.

Elles précisent que les fonctions assumées de *custodian* et *d'administrative agent* au sein de **SOC.4.)** seraient étrangères à la fraude commise par **SOC.7.)/X.)** et que l'accomplissement des fonctions par elles assumées n'aurait pas été de nature à prévenir pareille fraude. Ces fonctions n'auraient pas non plus provoqué la décision prise par **SOC.1.)** d'investir dans ce fonds. Elles n'auraient, à aucun moment et à aucun titre, été en charge de la politique d'investissement de **SOC.4.)**, mission qui incombait à **SOC.5.)** International Advisors Ltd.

En droit, la demande de réparation du préjudice né du détournement des actifs de **SOC.4.)** serait irrecevable en ce qu'elle tendrait à la réparation d'un préjudice social. Les parties s'accorderaient à dire que le droit des BVI s'appliquerait à la question de savoir si l'actionnaire d'un fonds est recevable à agir en réparation du préjudice subi par lui du fait de la perte, par le fonds, de ses actifs. Or, ce droit ne reconnaîtrait pas un tel droit d'agir, à l'instar de ce qui est le cas en droit luxembourgeois. Seul le fonds serait habilité à agir en réparation du préjudice subi par lui du fait de la perte de ses actifs. La situation des demandeurs serait à assimiler entièrement à celle d'autres investisseurs dont les actions judiciaires ont été déclarées irrecevables selon une jurisprudence constante.

Que **SOC.1.)** se qualifie d'actionnaire ou de bénéficiaire économique, elle agirait toujours à la place de la société qui, elle, a subi un préjudice qui se répercute sur les investisseurs.

Cette demande serait encore irrecevable pour défaut de qualité à agir d'un simple bénéficiaire économique. Si un actionnaire n'a pas le droit d'agir, a fortiori un simple

bénéficiaire économique des actions émises par un fonds d'investissement n'en dispose pas.

L'intérêt économique qu'une personne peut, de manière indirecte, avoir dans une certaine situation ne lui conférerait pas pour autant un intérêt juridiquement protégé lui permettant d'agir directement, en contournant ou ignorant la constellation juridique à l'origine de laquelle elle se trouve généralement elle-même.

Selon la jurisprudence en effet, si un bénéficiaire économique a un intérêt économique à agir, cet intérêt ne serait cependant ni légitime, ni juridiquement protégé.

L'exigence d'un préjudice personnel et distinct serait une exigence fondamentale de toute action en responsabilité. Or, les demandeurs invoqueraient un préjudice social et la jurisprudence désignerait un titulaire exclusif pour réclamer ce type de préjudice. L'actio mandati ne pourrait être exercée à titre individuel par un actionnaire.

L'affidavit dont se prévaudrait **SOC.1.)** n'aurait pas été établi pour la présente affaire mais il en résulterait néanmoins que celle-ci ne se trouverait dans aucun des trois cas y visés.

A titre subsidiaire, les parties **SOC.2.)** réitèrent leur moyen du défaut de qualité à agir en réparation d'un préjudice social accru à **SOC.4.)**. Ils font valoir que les conditions d'exercice d'une action en responsabilité délictuelle ne seraient pas données en l'espèce. La demanderesse ne rapporterait pas la preuve d'une faute délictuelle envisagée en elle-même, indépendamment de tout point de vue contractuel. Il serait nécessaire d'invoquer une faute extérieure au contrat pour qu'il y ait faute délictuelle.

Aucune faute ne saurait leur être reprochée en leurs fonctions de *custodian*, de *Prime Bank* et d'*administrative agent* de **SOC.4.)**. En particulier **SOC.2A.)** n'aurait été que dépositaire du cash du fonds et n'aurait, tout comme **SOC.2B.)**, qui n'était en charge que du calcul de la VNI, pas la qualité de gestionnaire de **SOC.4.)**. Dans leurs fonctions respectives, elles auraient été étrangères à la fraude commise au détriment des fonds par **SOC.7.)** et n'auraient pas pu prévenir ou éviter cette fraude. Dans ce contexte, les entités **SOC.2.)** se réfèrent à l'arrêt du 17 mai 2017 de la Cour d'appel.

Ils contestent encore l'existence d'un lien de causalité.

Plus subsidiairement, les entités **SOC.2.)** contestent le dommage. Le moyen d'irrecevabilité vaudrait non seulement pour la perte de l'investissement mais aussi pour la perte de gains futurs. En tout état de cause **SOC.1.)** ne serait pas en droit de réclamer la réparation du préjudice consistant dans la perte des prétendues plus-values réalisées sur son investissement initial comme elles étaient purement fictives. Elle ne saurait dès lors pas non plus réclamer réparation des bénéfices qu'elle aurait pu réaliser au courant des cinq ans ayant suivi la découverte de la fraude. Elle pourrait tout au plus réclamer sa mise initiale de 515.000,- EUR.

En relation avec la demande de réparation du préjudice né de la perte de la chance de ne pas investir, les entités **SOC.2.)** concluent à son incompatibilité avec la demande formulée en ordre principal et dès lors à la voir écarter.

Les entités **SOC.2.)** contestent finalement encore le dommage moral allégué par les Associés.

Dans le cadre de leur demande reconventionnelle, les entités **SOC.2.)** reprochent aux demandeurs d'avoir introduit et maintenu la présente demande nonobstant l'existence d'une jurisprudence constante ayant dénié à l'actionnaire le droit d'agir dans le cadre de demandes similaires. Les demandeurs auraient agi avec la plus grande légèreté et auraient commis une faute leur ayant causé un dommage.

SOC.3.)

SOC.3.) se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité et au bien-fondé de la demande. Elle demande la distraction des frais et dépens au profit de son mandataire.

Appréciation

Demande principale

Les demandeurs prétendent avoir intérêt et qualité à agir.

Au cours de ses diverses conclusions, **SOC.1.)** se qualifie d'investisseur, de simple bénéficiaire économique ou encore de bénéficiaire économique/investisseur.

Indépendamment de ces différentes qualifications, il est constant en cause que **SOC.1.)**, et a fortiori ses associés, sont tiers par rapport aux entités **SOC.2.)** qui n'ont de relations contractuelles qu'avec le fonds **SOC.4.)**.

Il est également constant que **SOC.1.)** a investi de l'argent dans le fonds **SOC.4.)**, qu'elle se dit lésée par les fautes ou omissions commises par les entités **SOC.2.)** dans le cadre de l'exécution du/des contrat(s) qui les lie(nt) à **SOC.4.)** et d'avoir subi un dommage en relation causale directe avec ces fautes ou omissions. Quelle que soit la qualité dans laquelle **SOC.1.)** agit concrètement, elle demande l'indemnisation d'un même dommage. Il en est de même pour les Associés qui demandent l'indemnisation de leur dommage moral.

Abstraction faite de la véritable nature de la relation entre **SOC.1.)** et **SOC.4.)**, la question essentielle qui se pose en l'espèce est celle de savoir si une personne qui dit avoir investi dans un fonds d'investissement et qui fait valoir un dommage en relation avec des fautes contractuelles commises par des entités contractuellement liées audit fonds a qualité à agir contre ces entités. Le critère essentiel qui permet de répondre à cette question a trait au dommage que cette personne invoque plutôt qu'à la qualité dans laquelle cette personne agit, étant entendu que seul le fonds a qualité à agir en responsabilité du dommage qu'il a subi.

Il faut ainsi déterminer si **SOC.1.)** et ses Associés ont subi un préjudice personnel et distinct de celui subi par le fonds lui-même ou, au contraire, s'ils réclament le préjudice social.

En effet, selon une jurisprudence luxembourgeoise constante, une partie demanderesse qui dit avoir investi dans un fonds d'investissement et ayant lui-même subi un préjudice n'a pas qualité à agir directement contre le dépositaire ou autre cocontractant du fonds pour violation de ses obligations contractuelles envers le

fonds (voir la série de jugements prononcés le 4 mars 2010 ainsi que les arrêts de confirmation rendus le 15 juin 2016). Il y est retenu que les « actionnaires n'ont pas la qualité pour exercer en justice un droit dont seule la société peut être titulaire: la personnalité morale leur interdit d'élever des prétentions au lieu et place de la société, en application de la règle selon laquelle « nul ne plaide pour autrui sans pouvoir ». Seule la société bénéficie de la qualité pour agir en responsabilité, dès lors qu'elle est la victime potentielle d'un fait dommageable: l'existence de la personnalité morale conduit à vérifier que le préjudice a été subi dans le patrimoine social et non dans celui des actionnaires ».

Cette même solution doit forcément s'appliquer aux personnes se prétendant simples investisseurs ou bénéficiaires économiques si et dans la mesure où elles font valoir, tout comme les actionnaires, un dommage en réalité subi par le fonds.

Il a été retenu que les demandeurs dont les actions ont été déclarées irrecevables n'allèguent pas de préjudice personnel distinct du préjudice subi par la personne morale elle-même dont ils sont les investisseurs, leur préjudice invoqué n'étant que la conséquence directe du préjudice subi par le fonds.

En effet, en matière de fonds d'investissement, le lien entre le patrimoine de la société et la valeur de la part est direct, cette dernière résultant de la valeur nette d'inventaire. Il existe une assimilation parfaite entre le capital de la société, la valeur de son actif net et la valeur des parts en circulation, de sorte que les pertes subies par les actifs de cette société sont directement répercutées sur les investisseurs.

Par rapport aux fonds de droit étranger, il a été décidé qu'en ce qui concerne les conditions d'ouverture de l'action en justice, la loi compétente dépend de la nature juridique de l'action, selon que prédomine son caractère processuel ou son caractère substantiel. Son régime sera gouverné par la loi du tribunal saisi ou par la loi régissant le fond du litige ou le statut personnel du titulaire du droit d'action (TAL, 21 février 2014, n° 133087 du rôle).

La loi du tribunal saisi détermine les caractères de l'intérêt dont celui qui agit doit justifier. La condition que l'intérêt allégué soit direct et personnel dépend elle-même de la loi du for.

En l'occurrence, l'application de la loi du for doit être combinée avec la loi du statut personnel du titulaire du droit d'action. En effet, les incapacités générales relèvent du statut personnel, même quand elles s'appliquent à un acte particulier comme l'action en justice (Droit international privé par Batifol et Lagarde t. II no 702).

En droit international, la loi organique du groupement régit sa capacité judiciaire de jouissance, c'est à elle qu'il revient de dire si un membre individuel a qualité pour exercer en son nom personnel l'action qui appartient au groupement. On est ainsi conduit à l'application cumulative de la loi du for et de la loi du groupement.

En vertu de la loi du for, l'allégation par l'actionnaire ayant engagé une action à l'encontre d'un cocontractant de la société d'un préjudice personnel et distinct de celui qui pourrait être subi par la société elle-même est une condition de recevabilité de l'action individuelle, et non pas de son bien-fondé (cf. Cass. com. fr. 8 févr. 2011 JurisData n° 2011-001343).

La compétence de la loi de la société gouverne donc le droit de l'associé.

En relation avec un fonds soumis à la loi des BVI, il a été retenu, sur base notamment de la jurisprudence se référant à un *affidavit* relatif au droit des BVI que les solutions consacrées en droit des BVI sont en fait identiques à celles du droit luxembourgeois (TAL, 21 février 2014, n°133087 du rôle).

En effet, cet *affidavit*, qui, bien que non versé en l'espèce, est connu et a été contradictoirement analysé par les parties, est de la teneur suivante :

- *If the company does not have a cause of action, a shareholder may bring a claim for depreciation in the value of his shares ; and*
- *Where both the company and a shareholder have a cause of action, a shareholder may recover damages for any loss he suffers which is distinct from any loss suffered by the company.*

Consequently, a shareholder is entitled to maintain an action where:

- a) *The company itself has committed the wrong suffered by the shareholder ;*
- b) *A third party has committed the wrong and the shareholder, but not the company, has a cause of action against that third party ; or*
- c) *As a result of some act by a third party, both the shareholder and the company have a cause of action but the shareholder has suffered loss which is distinct from the loss suffered by the company.*

SOC.1.) se prévaut des points a) et b) pour justifier son droit d'agir. Or, le point a) visant l'hypothèse où le fonds a commis une faute ayant causé le préjudice n'est pas applicable en l'espèce, cela impliquerait que l'action soit exercée contre le fonds.

Il n'est pareillement pas établi que le fonds n'ait pas le droit d'agir contre le tiers, hypothèse visée par le point b). L'argument selon lequel, en raison de la faute de la victime, le fonds serait déchu de son droit à indemnisation n'est pas concluant dans la mesure où, même à admettre une faute de la victime, une telle faute ne lui enlève pas le droit d'agir mais intéresse le fond de l'affaire.

Le cas d'espèce est visé par le point c) ci-dessus et il en résulte que l'action n'est recevable que dans la mesure où la partie demanderesse fait valoir un préjudice personnel distinct du préjudice subi par la personne morale elle-même dont elle est l'investisseur.

Le préjudice dont se prévaut **SOC.1.)** serait personnel et propre. Il consisterait principalement dans la perte de son investissement dans **SOC.4.)** et des gains qu'elle pouvait espérer et, subsidiairement, dans la perte d'une chance d'investir dans un autre fonds et/ou de ne pas conserver son investissement dans **SOC.4.)**.

Aux termes de son assignation, **SOC.1.)** réclame le montant de 567.366,43 EUR au titre de la perte de valeur des parts et donc à la perte de son investissement. Au titre du gain manqué pour la période allant du 16 octobre 2008 au 10 décembre 2013, elle réclame le montant de 295.266,26 EUR.

Dans son dernier corps de conclusions, **SOC.1.)** demande à titre principal l'indemnisation pour la perte de son investissement (rubrique 2.7.1.). A « titre principal et en ordre subsidiaire », et après avoir exposé sous la rubrique a) le principe de la perte de chance, **SOC.1.)** demande, sous la rubrique b) intitulée « à

titre principal, le dommage accessoire », l'indemnisation du gain manqué de 295.266,26 EUR. Sous la rubrique c), intitulée « à titre subsidiaire, le dommage principal et accessoire », elle développe finalement le moyen selon lequel elle aurait donné l'ordre de souscrire en méconnaissance d'un élément déterminant de son consentement, à savoir le fait que les parties défenderesses n'assuraient pas les missions qui leur étaient dévolues par la loi et par les documents publics de **SOC.4.)**. Cela aurait entraîné la disparition de la chance d'investir dans un autre fonds et/ou de ne pas conserver son investissement dans **SOC.4.)**. **SOC.1.)** en réclame indemnisation à hauteur de 567.266,43 EUR, sinon 515.000,- EUR.

Le préjudice résultant de la perte de valeur des parts et évalué à 567.366,43 EUR n'est en rien personnel et distinct mais se confond avec la perte subie par le fonds lui-même et la collectivité des investisseurs. Il en est de même du gain manqué que tous les investisseurs, au même titre que le fonds lui-même, ont à plaindre dans les mêmes conditions.

Quant à la demande de réparation du préjudice résultant de la perte de la chance de ne pas investir, les entités **SOC.2.)** en demandent le rejet dans la mesure où elle serait intrinsèquement incompatible avec la demande formulée en ordre principal. Les entités **SOC.2.)** ne précisent cependant pas sur quelle base juridique cette demande serait à écarter pour être incompatible avec celle liée à la perte de l'investissement, le simple fait d'être incohérent ne suffisant pas à cet égard.

Il a été jugé que la demande basée sur la perte d'une chance de ne pas investir différerait de celle basée sur la perte de l'investissement en ce que le dommage allégué ne consiste plus en la perte de valeur des parts mais en la perte d'une chance de décider de ne pas investir, respectivement de vendre en temps utile les parts détenues dans un fonds.

La différence entre ces deux demandes consiste en ce que dans le cadre de la demande basée sur la perte d'une chance, le dommage n'est pas celui, objectif, de la perte de valeur des parts par la faute des tiers assignés, mais l'appréciation subjective des investisseurs d'acheter, respectivement de vendre les titres au vu des fautes commises par ces tiers (Cour d'appel, 15 juin 2016, n° 36177 du rôle notamment).

Les demandeurs reprochent aux entités **SOC.2.)** d'avoir donné au public une apparence d'un investissement financier contrôlé par des professionnels de renom et d'avoir dissimulé aux investisseurs les risques et dangers d'investir dans **SOC.4.)** ou d'en rester porteur de parts.

Dans la logique de ce raisonnement, il faut conclure que les investisseurs ont tous pris des décisions sur base des mêmes informations contenues dans les documents tels que le *Confidential Memorandum*. **SOC.1.)** et ses Associés ne font pas valoir que les entités **SOC.2.)** aient dirigé un quelconque fait spécialement à leur égard ou leur aient communiqué des informations dont les autres investisseurs n'auraient pas bénéficié. Même à admettre que les reproches étaient fondés, l'ensemble des investisseurs, et le fonds lui-même, auraient dès lors été confrontés à un même comportement fautif entraînant les mêmes conséquences dommageables. Aucun préjudice personnel et distinct de celui de la communauté des investisseurs n'est partant établi.

Les Associés réclament indemnisation de leur préjudice moral à hauteur de 15.000,- EUR chacun. En raison des fautes intentionnelles, sinon lourdes des parties défenderesses, ils auraient subi un préjudice moral suite à la perte définitive d'un investissement important. Les agissements des entités **SOC.2.)** leur auraient fait perdre confiance dans les produits financiers.

Le préjudice moral caractérisé par les Associés, à savoir la perte de confiance, résulte du fait qu'ils ont subi une perte de valeur de leur participation dans la société civile **SOC.1.)** suite à la perte subie par celle-ci de son investissement dans **SOC.4.)** en raison de la fraude **X.)**. Ce dommage moral n'a pas suffisamment d'existence concrète et autonome par rapport aux désagréments liés à la perte matérielle. Il n'est pas non plus suffisamment distinct et personnel aux Associés pour leur ouvrir l'action individuelle. L'action individuelle des Associés n'est donc pas recevable en raison de ce dommage moral invoqué.

L'action ne devient par ailleurs pas recevable en raison du défaut de **SOC.4.)** de mettre en cause la responsabilité des entités **SOC.2.)** et d'agir judiciairement à leur encontre. Il est en effet admis que si la société n'exerce pas l'action contre le tiers, c'est la société qui devient responsable du préjudice subi par l'investisseur, et non pas le tiers.

Au vu de ce qui précède et à défaut d'avoir fait valoir un préjudice personnel et distinct du préjudice social subi par le fonds, la demande est à déclarer irrecevable pour défaut de qualité.

Demande reconventionnelle

Il est de principe que l'exercice de l'action en justice est libre. Ceci signifie qu'en principe l'exercice de cette liberté ne constitue pas une faute, même de la part de celui qui perd le procès. En effet, chacun doit pouvoir défendre ses droits en justice sans craindre de se voir reprocher le simple fait d'avoir voulu soumettre ses prétentions à un tribunal en prenant l'initiative d'agir ou en résistant à la demande adverse (Jurisclasseur, Procédure civile, fasc. 125, action en justice, n° 61). L'exercice des voies de droit n'est répréhensible qu'au cas où le plaideur a commis un abus.

En l'espèce, il est certes vrai que la jurisprudence est fermement établie dans le sens de ne pas reconnaître le droit individuel pour un investisseur dans un fonds d'agir contre les contractants de ce fonds. Il n'en reste pas moins qu'au moment de l'introduction de la demande, les arrêts du 15 juin 2016 confirmant la première série de jugements n'étaient pas encore intervenus. Par ailleurs, chaque justiciable est en droit de demander qu'une juridiction se penche sur son cas d'espèce et statue à son égard.

Aucun abus ne saurait dès lors être constaté.

La demande reconventionnelle basée sur l'article 6-1 du Code civil est partant à déclarer non fondée.

La demande des entités **SOC.2.)** en allocation d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile de procédure n'est pas fondée alors qu'elles ne justifient pas en quoi il serait inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à leur charge.

Comme une partie qui succombe ne peut pas obtenir d'indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, **SOC.1.)** et ses Associés sont à débouter de leur demande y afférente.

Par ces motifs :

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

déclare la demande principale irrecevable ;

déclare la demande reconventionnelle recevable mais non fondée ;

déboute les parties de leurs demandes en obtention d'une indemnité sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile;

condamne les demandeurs aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Henri DUPONG, avocat concluant qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.