

Texte pseudonymisé

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

Jugement commercial 2023TALCH02/01488

Audience publique du vendredi, huit décembre deux mille vingt-trois.

Numéro du rôle TAL-2021-06363

Composition :

Anick WOLFF, 1^{ère} vice-présidente ;
Tania CARDOSO, juge
Ines BIWER, juge ;
Paul BRACHMOND, greffier.

Entre :

1. 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.), déclarée en état de faillite suivant jugement du 15 juillet 2021 rendu par le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, représentée par son curateur actuellement en fonctions, Maître Christian STEINMETZ,
2. La société anonyme de droit suisse **SOCIETE1.) SA, en liquidation**, établie et ayant son siège social à CH-ADRESSE2.), inscrite au Registre de commerce suisse sous le numéro CH-NUMERO2.), déclarée en état de faillite suivant décision du Tribunal d'arrondissement de Lausanne du 22 juin 2011,
3. Monsieur **PERSONNE1.)**, administrateur de sociétés, demeurant à CH-ADRESSE3.),

parties demanderesses, aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Christine KOVELTER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, du 3 juin 2021,

comparant par Maître Philippe-Fitzpatrick ONIMUS, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

et :

1. La société anonyme **SOCIETE2.) SA**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE4.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO3.),

partie défenderesse, aux fins du prédit exploit de l'huissier de justice suppléant Christine KOVELTER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, du 3 juin 2021,

comparant par la société en commandite simple KLEYR GRASSO, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE5.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO4.), représentée par son gérant KLEYR GRASSO GP SARL, établie à la même adresse, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO5.), représentée aux fins de la présente procédure par Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour constitué, demeurant à Strassen,

2. La société anonyme **SOCIETE3.) SA**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE6.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO6.),

partie défenderesse, aux fins du prédit exploit de l'huissier de justice suppléant Christine KOVELTER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, du 3 juin 2021,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH SA, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE7.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO7.), représentée aux fins de la présente procédure par Maître Clara MARA-MARHUENDA, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

3. Monsieur **PERSONNE2.)**, ancien administrateur de la société SOCIETE1.) SA, demeurant à B-ADRESSE8.),

partie défenderesse, aux fins du prédit exploit de l'huissier de justice suppléant Christine KOVELTER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, du 3 juin 2021,

comparant par Maître Aurélia COHRS, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg.

Le Tribunal :

Faits

La société anonyme SOCIETE1.) SA (ci-après « SOCIETE1.) ») a été constituée le 27 mai 2005 par, entre autres, PERSONNE1.), son actuel bénéficiaire effectif.

PERSONNE1.) et son épouse PERSONNE3.) ont été nommés administrateurs de SOCIETE1.) en janvier 2014, PERSONNE3.) ayant été nommée déléguée à la gestion journalière le 20 janvier 2014. Elle a démissionné de cette fonction le 2 mai 2019.

PERSONNE2.) a été nommé par le conseil d'administration de SOCIETE1.) le 24 avril 2015 comme nouvel administrateur et administrateur délégué à la gestion journalière et a exercé cette fonction jusqu'à sa démission en 2019. Il était également responsable des opérations administratives, comptables et financières au sein de SOCIETE1.) sur base d'un contrat de travail signé le 7 avril 2015.

PERSONNE4.) a été nommée déléguée à la gestion journalière le 4 juin 2019 en remplacement de PERSONNE2.), fonction dont elle a démissionné le 31 octobre 2019.

SOCIETE1.) est un établissement de paiement ayant obtenu en février 2014 un agrément en vertu de la loi modifiée du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement, à l'activité d'établissement de monnaie électronique et au caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et les systèmes de règlement des opérations sur titres (ci-après la « Loi de 2009 »).

Elle fait partie d'un groupe de sociétés dénommé SOCIETE1.) (ci-après le « Groupe ») composé de quatre filiales, dont la société mère est la société de droit suisse SOCIETE1.) SA (ci-après la « Société mère »), ayant comme objet principalement la gestion de paiements électroniques, activité pour laquelle elle dispose d'un agrément en Suisse.

La Société mère exploite depuis une vingtaine d'années une solution de paiement en ligne pour e-commerçants sous la dénomination commerciale « Klik and Pay ».

La plateforme de paiement sécurisé « Klik & Pay » était mise à disposition des marchands professionnels, afin d'encaisser le paiement des ventes réalisées sur les sites internet de ces commerçants, au moyen de différents instruments de paiement.

Une fois les sommes encaissées, elles étaient rétrocédées aux marchands dans un délai prédéfini dans les contrats conclus avec ces marchands, après prélèvement d'une commission par SOCIETE1.) au bénéfice de la Société mère et de la société de droit allemand SOCIETE4.) GmbH, acquise en 2016 par la Société mère.

SOCIETE1.) avait comme activité principale l'encaissement des paiements pour la plupart des marchands du Groupe, reversant aux autres sociétés du Groupe des commissions leurs redues et aux marchands les sommes leur revenant, déduction faite des commissions.

En fonction des moyens de paiement utilisés par les clients des marchands pour effectuer leurs commandes, notamment les paiements effectués au moyen de cartes Visa et SOCIETE5.), l'intervention d'un prestataire supplémentaire était nécessaire.

Ainsi, la société de droit allemand SOCIETE6.) a été le principal intervenant du Groupe, en ce qu'elle détenait la licence pour le débit de ces cartes. SOCIETE6.) devait rétrocéder les sommes ainsi encaissées par ses soins à SOCIETE1.) après déduction de ses propres commissions.

En 2018, suite à un changement réglementaire, la CSSF a renouvelé l'agrément accordé à SOCIETE1.) sur base des pièces fournies, dont celles concernant les procédures relatives à la réconciliation des flux financiers entre la plateforme de paiement en ligne et les comptes bancaires.

La procédure interne intitulée « circulation des flux et protection des fonds » a ainsi été soumise à la CSSF. Elle décrivait le fonctionnement des comptes bancaires et le fait qu'un ratio de liquidité fixé à 90 % devait résulter de la réconciliation comptable et financière.

Ainsi, les paiements des clients de marchands étaient réceptionnés sur un premier compte ouvert au nom de SOCIETE1.), qualifié de « séquestre », distinct du patrimoine de SOCIETE1.). A partir de ce compte étaient payées les commissions revenant aux différentes sociétés du Groupe ainsi que les sommes redues aux marchands, déduction faite des commissions redues aux autres intermédiaires financiers, dont SOCIETE6.).

Une réconciliation comptable avec les soldes des comptes devait intervenir à intervalles réguliers afin de vérifier l'utilisation correcte des fonds du compte séquestre.

Le conseil d'administration de SOCIETE1.) devait être averti en cas de non-respect du ratio de liquidité, consistant dans le rapport entre les sommes disponibles sur les comptes bancaires et les créances sur prestataires d'un côté, et les montants redus aux marchands de l'autre.

La société anonyme SOCIETE3.) SA, anciennement SOCIETE7.) SA (ci-après « SOCIETE3.) ») a exercé la fonction d'auditeur interne de SOCIETE1.) à partir de novembre 2016 pour les années 2016 à 2018 suivant lettre de mission du 21 octobre 2016 et était en cette fonction chargée de vérifier le bon fonctionnement du contrôle interne.

Sa mission consistait principalement à examiner et à évaluer si l'organisation administrative et comptable de l'établissement et les contrôles internes définis étaient

adéquats et fonctionnaient de manière efficace, en tenant compte des règles et recommandations établies par la CSSF.

Une charte d'audit interne, encadrant la relation contractuelle entre SOCIETE1.) et SOCIETE3.), et définissant les objectifs, pouvoirs et la responsabilité du service d'audit interne conformément à la circulaire IML 98/143 telle que modifiée, a été signée le 11 décembre 2017.

Elle a émis ses rapports pour les exercices 2016 à 2018 et n'y a constaté aucune anomalie relative à la gestion des fonds des marchands.

La société anonyme SOCIETE2.) (ci-après « SOCIETE9.)) a été désignée par SOCIETE1.), le 22 juin 2014, conformément à l'article 19 de la Loi de 2009, comme réviseur d'entreprise agréé et chargé de la révision externe des comptes annuels et de la comptabilité de SOCIETE10.) a exercé cette mission pour les exercices 2015 à 2018.

Malgré le renouvellement de son mandat d'auditeur le 7 mai 2019 jusqu'en 2022, SOCIETE9.) a démissionné de son mandat le 28 novembre 2019.

Alors que les bénéficiaires effectifs du Groupe, les époux GEORGES, souhaitent trouver un repreneur, SOCIETE9.) a été engagée par la Société mère par lettre d'engagement du 20 décembre 2018 en vue de l'établissement d'une *vendor due diligence*.

A l'occasion de l'exécution de la *due diligence*, le département d'SOCIETE9.) en charge de celle-ci contacta le département chargé de l'audit annuel des comptes de SOCIETE1.), et a constaté la non-conformité avec les exigences légales en matière de protection des fonds au regard de l'article 14 de la Loi de 2009.

Une déclaration de non-conformité a été adressée par le conseil d'administration de SOCIETE1.) à la CSSF le 4 juillet 2019, SOCIETE9.) faisant des déclarations dans le même sens les 28 juin et 5 juillet 2019, avec le constat d'une absence de ségrégation des comptes des marchands et ceux de SOCIETE1.).

Par courrier du 11 juillet 2019, la CSSF enjoignit à SOCIETE1.) de mettre à disposition sur un compte bancaire ségrégué les montants correspondant à l'ensemble des fonds des utilisateurs de services de paiement dans un délai de 48 heures. Après une demande de SOCIETE1.) de voir prolonger ce délai, la CSSF lui enjoignit une nouvelle fois, le 17 juillet 2019, de s'exécuter conformément à la première injonction.

Le 23 juillet 2019, la CSSF suspendit avec effet immédiat la prestation de services de paiement de SOCIETE1.), cette décision ayant été publiée le 25 juillet 2019.

Le 5 août 2019, la CSSF enjoignit à SOCIETE1.) de pourvoir au remplacement de PERSONNE1.) et PERSONNE5.) en leur qualité de membres du conseil d'administration jusqu'au 16 août 2019 au plus tard.

Un tel remplacement n'a cependant pas eu lieu, de sorte que le 8 novembre 2019, la CSSF notifia à SOCIETE1.) son intention d'entamer une procédure de retrait de son agrément.

Finalement, la faillite de SOCIETE1.) a été prononcée par jugement du 30 octobre 2020, sur demande de l'Administration de l'enregistrement et des domaines.

La faillite a été rabattue en appel suivant arrêt du 6 juillet 2021, alors que contraire aux dispositions de l'article 43 de la Loi de 2009, mais SOCIETE1.) a une nouvelle fois été déclarée en faillite suite à son aveu par jugement du 15 juillet 2021. Maître Christian STEINMETZ a été nommé curateur de la faillite.

Prétentions et moyens en fait des parties demandresses

Les parties demandresses demandent à voir constater l'existence de fautes de nature à engager la responsabilité civile de PERSONNE2.), SOCIETE3.) et SOCIETE2.) et dès lors à les voir condamner solidairement, sinon in solidum, sinon individuellement mais chacun pour le tout, sinon individuellement mais chacun pour une part à déterminer à payer entre les mains de :

- SOCIETE11.) SA :
 - la somme de 7.000.000,- EUR au titre de la perte de chance de gain en relation avec le bénéfice de SOCIETE1.) sur une période de 5 années ;
 - la somme de 4.000.000,- EUR correspondant à la créance sur SOCIETE6.) dont la récupération est fortement compromise ;
- SOCIETE1.) SA :
 - la somme de 10.000.000,- EUR relatif à la perte de participation aux frais du Groupe par SOCIETE1.) et remontées de commissions sur opérations ;
 - la somme de 1.000.000,- EUR au titre de la perte de réputation du Groupe ;
- PERSONNE1.)
 - la somme de 12.000.000,- EUR au titre de la perte de chance de gain espéré pour la vente du Groupe ;
 - la somme de 100.000,- EUR au titre du préjudice moral.

Elles demandent encore à voir condamner les parties assignées solidairement, sinon *in solidum*, sinon individuellement mais chacune pour le tout, sinon individuellement mais chacune pour une part à déterminer et à payer à chacune des parties demandresses une indemnité de procédure de 30.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Elles demandent encore à se voir réserver le droit de réclamer les frais et honoraires d'avocat engagés par elles, qu'elles évaluent sous toutes réserves à 30.000,- EUR sous réserve d'augmentation.

Elles demandent enfin à voir condamner les parties défenderesses aux frais et dépens de l'instance et d'en ordonner la distraction à Maître ONIMUS, qui affirme en avoir fait l'avance.

Les parties demanderesses font exposer à l'appui de leur demande que dans le cadre de la *vendor due diligence* effectuée par SOCIETE9.), SOCIETE1.) aurait adressé à SOCIETE6.), comme tous les ans en fin d'exercice, une demande d'adresser à SOCIETE9.) le montant de leurs dettes envers SOCIETE1.) arrêtées au 31 décembre 2018.

SOCIETE6.) aurait adressé à SOCIETE9.) un relevé de comptes le 23 janvier 2019, dont il aurait résulté que les dettes reconnues envers SOCIETE1.) étaient inférieures de près de 2 millions d'euros par rapport à la comptabilité de SOCIETE1.).

Par une série d'écritures comptables, PERSONNE2.) aurait décidé d'aligner la comptabilité de SOCIETE1.) sur les chiffres indiqués par SOCIETE6.), au lieu de procéder à une analyse en bonne et due forme de l'origine d'une telle différence. Il aurait ainsi émis un nouveau bilan transmis aux auditeurs le 7 juin 2019, en réponse à leurs questions sur l'origine des écarts, sans informer le conseil d'administration de sa décision de procéder ainsi.

Pour les exercices précédents, SOCIETE9.) aurait par ailleurs fortement suggéré au directeur financier d'aligner sa comptabilité sur les données de SOCIETE6.), dans la mesure où celle-ci serait une société cotée en bourse et auditée par SOCIETE9.) en Allemagne. Dans l'esprit de SOCIETE12.), ces deux éléments auraient été de nature à rendre plus crédibles les chiffres émis par SOCIETE6.) que ceux émis par SOCIETE1.).

Ces corrections comptables auraient été de l'ordre de plusieurs millions d'euros pour l'exercice 2018 et auraient réduit la créance de SOCIETE1.) sur SOCIETE6.) d'un montant total de 1.874.335,- EUR.

Ces corrections auraient diminué de manière conséquente l'actif de SOCIETE1.). En raison du déficit créé par la dévaluation de la dette SOCIETE6.), les auditeurs auraient constaté que SOCIETE1.) n'était plus en mesure de faire face aux dettes marchands avec l'actif disponible.

Après l'analyse de la comptabilité de 2016 à 2019, il se serait avéré que la comptabilité était fautive car un grand nombre d'opérations de SOCIETE6.) ne seraient pas apparues dans la comptabilité ou seraient apparues en double.

Le 25 juin 2019, SOCIETE9.) aurait informé le conseil d'administration que la différence entre l'actif disponible de SOCIETE1.) et les dettes marchands s'élevait à 3.571.129,- EUR, dès lors que cette somme manquait sur les comptes en banque de SOCIETE1.).

Une tentative de réconciliation aurait alors été entamée, mais personne n'aurait été en mesure de déceler l'origine du déficit.

Se serait ensuite ensuivie la procédure de déclaration de non-conformité à la CSSF, avec à la clé la faillite de SOCIETE1.).

Ce ne serait qu'au moment où a éclaté le scandale SOCIETE6.) qu'il se serait avéré que les chiffres de SOCIETE1.) auraient été corrects et que dès lors les rectifications opérées à l'initiative de PERSONNE2.) devraient être annulées, de sorte qu'en définitive une différence de moins d'un million d'euros, soit moins de 10% des dettes marchands, aurait été constatée et que le ratio de liquidité imposé par la CSSF aurait été respecté.

Les parties demandereses reprochent à PERSONNE2.) :

- le non-respect des procédures importantes, à savoir le rapprochement entre les factures intercompagnies sur les opérations « Klik and Pay », des erreurs dans le rapprochement des écritures comptables et des flux financiers et des fautes liées au ratio de solvabilité ;
- la prise d'initiatives désastreuses.

Ses fautes résulteraient du non-respect de son obligation de faire tenir une comptabilité conformément aux règles applicables en la matière, de sorte que sa responsabilité serait engagée sur base de l'article 441-9 de la Loi de 1915, envers SOCIETE1.) pour les fautes commises à l'occasion de sa gestion et envers les actionnaires et bénéficiaires économiques pour avoir outrepassé les pouvoirs qui lui avaient été confiés.

Les fautes de SOCIETE3.) auraient consisté à ne pas avoir détecté, dans le cadre de sa mission d'audit interne tendant à contrôler et à vérifier la légalité des comptes, l'absence de respect des procédures par PERSONNE6.) et de ne pas avoir tiré la sonnette d'alarme sur un éventuel dépassement du ratio de liquidité voire de non-respect de la réglementation sur le maniement de fonds de tiers ou celle relative aux établissements de prestations de services de paiement. Sa responsabilité serait à rechercher sur la base contractuelle, sinon délictuelle pour ne pas voir respecté les obligations de vigilance issues de la loi du 23 juillet 2016 relative à la profession de l'audit.

SOCIETE9.) finalement aurait commis des fautes en sa qualité de conseil et en sa qualité d'auditeur externe.

Elle aurait ainsi été chargée en juillet 2018 d'une mission d'établissement d'une convention de prix de transfert après l'acquisition de SOCIETE4.) par la Société mère, alors que SOCIETE1.) aurait exécuté la majeure partie des transactions des clients de celle-ci et qu'elle aurait dû se faire rémunérer à cet effet.

SOCIETE9.) ne serait toutefois pas parvenue à établir une telle convention avant la suspension de l'agrément de SOCIETE1.) le 23 juillet 2019, alors que l'équipe diligentée par SOCIETE9.) n'aurait compris ni la spécificité du domaine d'activité concerné, ni l'objectif assigné à cette mission et aurait fait l'opposé de ce qui lui aurait été demandé.

En l'absence de l'établissement d'une convention de prix de transfert, SOCIETE4.) n'aurait pas été régulièrement payée pour les clients apportés par elle, de sorte que la Société mère aurait supporté directement les frais de sa filiale SOCIETE4.), pour lui permettre de faire face à sa gestion courante. De cette manière, le compte courant de la Société mère envers SOCIETE1.) serait devenu de plus en plus débiteur.

Il s'en serait suivie une dénonciation de la situation à la CSSF par certains membres de la direction, reprochant à la Société mère d'avoir trop puisé dans la trésorerie du Groupe pour soutenir SOCIETE4.). Cette alerte aurait causé la suspension de l'agrément de SOCIETE1.).

Les parties demanderesses affirment que si SOCIETE9.) aurait rempli sa mission à temps, cette situation ne se serait pas produite.

En sa qualité d'auditeur externe, SOCIETE9.) aurait en outre dû détecter les anomalies et incohérences, notamment des chiffres fournis par SOCIETE6.) et les corrections opérées par PERSONNE2.) et mettre en œuvre des investigations plus poussées. Elle aurait au contraire poussé PERSONNE2.) à se fier aux chiffres de SOCIETE6.), audités par SOCIETE13.), qui aurait ultérieurement été l'objet d'un scandale financier avec la disparition de plusieurs milliards d'euros.

La responsabilité d'SOCIETE9.) serait engagée sur la base contractuelle à l'égard de SOCIETE1.) et de la Société mère. Elle serait encore engagée sur base de l'article 441-9 de la Loi de 1915 pour infractions aux lois, alors que SOCIETE9.) aurait été tenue d'avertir le conseil d'administration ou l'assemblée générale des actionnaires de SOCIETE1.), en plus de la CSSF, de la non-conformité du fonctionnement de SOCIETE1.).

Subsidiairement, la responsabilité de SOCIETE9.) serait engagée sur la base délictuelle envers PERSONNE1.) et la Société mère.

Elle serait finalement engagée, plus subsidiairement, sur la base délictuelle à l'égard de SOCIETE1.) pour non-respect de ses obligations de conseil.

Moyens des parties et appréciation du tribunal

1. Le libellé obscur

PERSONNE2.) soulève *in limine litis* la nullité de l'acte introductif d'instance en raison de son libellé obscur. Alors que les parties demanderesses auraient fait rédiger une assignation de près de 60 pages et un listing de leurs reproches, elles n'auraient à aucun moment exposé de manière précise et détaillée l'objet de leur demande.

Ainsi, les parties demanderesses dresseraient d'un côté une liste des prétendues fautes commises par le concluant en invoquant que la responsabilité de PERSONNE2.) serait recherchée uniquement sur base de l'article 441-9 de la Loi de 1915 pour au final demander dans le dispositif de l'assignation de voir constater l'existence de fautes de

nature à engager sa responsabilité civile et de réclamer une condamnation solidaire, sinon *in solidum*, sinon individuellement de toutes les parties assignées.

Il n'aurait pas été en mesure de comprendre ce qui lui est reproché et sur quelle base.

Il subirait un préjudice du fait qu'il n'aurait pas pu utilement se défendre, alors qu'à aucun moment les parties demanderesses n'exposeraient un lien causal entre les prétendues fautes listées et les dommages revendiqués.

Le fait de réclamer des montants ronds aliénerait non seulement le caractère sérieux de la demande, mais également sa compréhension.

Les parties demanderesses concluent au rejet du moyen de nullité basé sur le libellé obscur. En matière de responsabilité, l'objet de la demande serait nécessairement la réparation des dommages causés aux demandeurs du fait des fautes commises par les défendeurs. Il serait en outre admis qu'il ne serait pas nécessaire de qualifier juridiquement les circonstances de fait, de sorte qu'il n'importerait pas si la demande est basée sur l'article 441-9 de la Loi de 1915 ou sur le droit commun de la responsabilité civile contractuelle voire délictuelle.

Les différents postes de préjudice seraient par ailleurs chiffrés et le recours à des chiffres ronds aurait pu être évité si PERSONNE2.) n'avait pas commis autant d'erreurs dans l'exercice de ses fonctions, s'il avait rendu compte avec précision de son travail et des potentielles irrégularités et s'il n'avait pas démissionné avec la découverte de l'ampleur de sa gestion catastrophique.

Appréciation du tribunal

L'article 154 du Nouveau Code de procédure civile dispose entre autres que l'assignation doit énoncer l'objet de la demande et contenir l'exposé sommaire des moyens, à peine de nullité.

Cette disposition légale doit être entendue en ce sens que l'indication exacte des prétentions et la désignation des circonstances de fait qui forment la base de la demande sont requises.

La description des faits doit être suffisamment précise pour mettre le juge en mesure de déterminer le fondement juridique de la demande, pour ne pas laisser le défendeur se méprendre sur l'objet de celle-ci et pour lui permettre le choix des moyens de défense appropriés.

L'objet d'une demande en justice est constitué par les prétentions du demandeur alors que la cause d'une telle demande consiste dans l'ensemble des faits se trouvant à la base de la demande.

Si la cause peut être décrite sommairement, le libellé de la prétention formulée à l'encontre de l'adversaire doit être énoncé de façon claire, complète et exacte de façon à déterminer et délimiter l'objet initial du litige afin de permettre non seulement à la partie

défenderesse d'élaborer d'ores-et-déjà ses moyens en connaissance de cause, et éventuellement, transiger si elle l'estime nécessaire, mais encore au tribunal de connaître exactement le litige dont il est saisi pour qu'il puisse se prononcer sur le fond.

Il n'est pas nécessaire, pour satisfaire aux exigences de l'article 154 précité du Nouveau Code de procédure civile, d'indiquer le texte de loi sur lequel est basée l'action, c'est-à-dire de qualifier juridiquement la demande.

Il est néanmoins indispensable que l'exploit soit rédigé de telle façon que les textes visés s'en dégagent, du moins implicitement (J.-C. PERSONNE7.), L'exceptio obscuri libelli, in Mélanges dédiés à PERSONNE8.), p.290 et 303).

L'inobservation des dispositions du précité article est sanctionnée par la nullité de l'acte introductif d'instance. Il s'agit d'une nullité de forme dont la mise en œuvre est soumise aux conditions de l'article 264 du Nouveau Code de procédure civile. La nullité pour vice de forme ne peut être prononcée que si l'inobservation de la formalité, même substantielle, a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie adverse.

La régularité de l'exploit doit s'apprécier par rapport au contenu de l'acte lui-même tel qu'il se présente au moment auquel il est signifié. La nullité ne peut pas être couverte par des conclusions ultérieures.

C'est au juge qu'il appartient d'apprécier souverainement si un libellé donné est suffisamment précis et explicite. (TAL, 10ème, 21 octobre 2016, n° 158600 et 171502 du rôle).

Il résulte de l'assignation que la responsabilité de PERSONNE2.) est recherchée en sa qualité d'administrateur délégué à gestion journalière, ayant à sa charge la gestion administrative, comptable et financière et l'audit interne de SOCIETE1.). Il lui est reproché de ne pas avoir respecté certaines procédures importantes énumérées et décrites dans l'assignation et d'avoir pris des initiatives qui se seraient avérées désastreuses.

Les parties demanderesses concluent que la responsabilité de PERSONNE2.) devait être retenue pour de multiples fautes :

- Il n'aurait pas tenu sérieusement la comptabilité de SOCIETE1.) au regard des lois et règlements en vigueur.
- Il aurait passé des écritures de dépréciation alors que des vérifications seraient en cours.
- Il n'aurait pas mené sérieusement, voire pas du tout, les opérations de vérification.
- Il n'aurait pas pris la peine d'informer la direction et le conseil d'administration de l'existence d'erreurs, de leurs corrections unilatérales et sans motifs, et de leur incidence sur les finances du Groupe.
- Il aurait largement outrepassé ses pouvoirs alors qu'une telle décision de dépréciation des montants aussi importants aurait des conséquences funestes pour SOCIETE1.).

Dans l'assignation, elles ont décrit sur plusieurs pages les prétendues fautes de PERSONNE2.), en précisant à de nombreux endroits que celles-ci ont été commises au niveau du département comptable, dirigé par PERSONNE2.).

Il résulte des pièces versées en cause que PERSONNE2.) et SOCIETE1.) ont signé un contrat de travail le 7 avril 2015, suivant lequel PERSONNE2.) était engagé comme « Directeur Général Europe ». Sa mission, en vertu du contrat de travail, consistait à assurer :

- la gestion comptable et financière
- la gestion administrative
- la gestion des ressources humaines
- la gestion commerciale

et plus généralement de participer avec la direction aux opérations d'audit avec SOCIETE9.) et aux actions concernant l'IT.

Par décision du conseil d'administration de SOCIETE1.) du 9 avril 2015, PERSONNE2.) a été nommé administrateur et délégué à la gestion journalière en remplacement du précédent administrateur, démissionnaire.

Il s'ensuit que PERSONNE2.) a en réalité exercé plusieurs fonctions distinctes au sein de SOCIETE1.) : il a ainsi occupé un poste salarié dans le département financier et comptable de la société, un poste d'administrateur, membre du conseil d'administration, et finalement un poste d'administrateur délégué à la gestion journalière.

Il n'existe aucune incompatibilité légale qui empêcherait qu'un mandat de dirigeant ne puisse être confié à un salarié et inversement.

Or, il ne se dégage pas avec précision de l'assignation en quelle fonction la responsabilité de PERSONNE2.) est recherchée, alors que d'un côté, les reproches qui lui sont adressés rentrent de manière évidente dans les attributions lui conférées en vertu du contrat de travail, portant sur l'administration comptable et financière de la société, et que de l'autre, la mention de l'article 441-9 de la Loi de 1915 laisse supposer que les parties demandereses visent la responsabilité de PERSONNE2.) en sa qualité d'administrateur.

A aucun moment ne résulte-t-il de l'assignation que les fautes prétendument commises par PERSONNE2.) seraient en rapport avec son mandat d'administrateur ou d'administrateur délégué à la gestion journalière.

Le tribunal retient que cette incertitude cause un grief à PERSONNE2.) qui, à défaut de pouvoir déterminer en quelles fonction et qualité sa responsabilité est recherchée, n'a pas pu utilement assurer sa défense.

Il y a lieu de rajouter que l'article 441-9 de la Loi de 1915 concerne la responsabilité des administrateurs à l'égard de la société de l'exécution de leur mandat, et envers la société et les tiers des dommages résultant d'infractions à la Loi de 1915 ou des statuts. Or, en l'espèce, la demande contre PERSONNE2.) a été introduite tant par SOCIETE1.), que

par sa société mère et son bénéficiaire effectif, sans qu'il ne soit précisé de quelle nature serait la responsabilité de PERSONNE2.) à l'égard de chacun d'eux.

L'assignation est en effet rédigée comme suit :

« *La responsabilité de PERSONNE2.) est à retenir sur base de l'article 441-9 de la [Loi de 1915].*

Plus précisément envers la Société pour les fautes commises à l'occasion de sa gestion (article 441-9 §1) et envers les actionnaires et bénéficiaires économiques pour avoir outrepassé les pouvoirs qui lui avaient été confiés, notamment pour avoir passé les écritures de dépréciation des créances sur SOCIETE14.) ».

Or, l'article 441-9 alinéa 2 ne prévoit la responsabilité des administrateurs envers les tiers qu'en raison de violations de la Loi de 1915 et des statuts.

Il résulte de ce qui précède que le moyen de PERSONNE2.) basé sur le libellé obscur est fondé, de sorte que l'assignation est à déclarer nulle à son égard.

2. La surséance à statuer en application de l'article 3 alinéa 2 du Code de procédure pénale

SOCIETE9.) sollicite la surséance à statuer sur base de l'article 3 alinéa 2 du Code de procédure pénale en raison de l'existence d'une enquête pénale visant les opérations de SOCIETE1.), du chef notamment de banqueroute frauduleuse et d'abus de biens sociaux.

Elle fait valoir que cette information judiciaire serait susceptible d'apporter entre autres une réponse notamment aux questions de savoir :

- Si effectivement les dirigeants et/ou actionnaires de SOCIETE1.) ont méconnu leur obligation légale de ségrégation des fonds des marchands ;
- S'ils ont détourné des fonds des marchands à des fins personnelles ou dans l'intérêt d'autres sociétés dont ils sont les bénéficiaires ;
- Quels dirigeants précisément en sont les auteurs ou complices ;
- L'époque à partir de laquelle cette pratique a été déployée ;
- Le volume de fonds des marchands le cas échéant détournés ;
- La méthode plus ou moins sophistiquée mise en œuvre pour cacher l'utilisation de fonds des marchands, respectivement les manœuvres utilisées à cette fin.

Dans la mesure où les parties demanderesse reprocheraient entre autres à SOCIETE9.) de n'avoir constaté aucune anomalie relative à la gestion des fonds des marchands, de ne pas avoir ciblé comme vérification la plus importante l'absence d'utilisation abusive des fonds de tiers, et de ne pas avoir remarqué des incohérences et anomalies résultant de prélèvements sur le compte ségrégué recevant l'argent des marchands, SOCIETE9.) considère que le résultat de l'information judiciaire en cours serait potentiellement de nature à influencer sur la présente procédure, de sorte qu'il y aurait lieu de sursoir à statuer.

En droit, elle fait valoir que les conditions d'application de l'article 3 alinéa 2 du Code de procédure pénale seraient remplies.

Ainsi, il serait manifeste que l'action publique serait en mouvement, alors que de l'aveu même du curateur de la faillite de SOCIETE1.) et du Parquet, une instruction judiciaire aurait été ouverte.

Un numéro de notice aurait été communiqué par le substitut principal en charge du dossier et il résulterait des pièces versées par PERSONNE2.) que celui-ci aurait été entendu par la police judiciaire le 22 janvier 2021. Finalement, la mise en mouvement de l'action publique aurait été reconnue par les parties demanderesse elles-mêmes, PERSONNE1.) ayant déclaré avoir été entendu comme témoin par la police judiciaire.

L'action publique et l'action civile seraient par ailleurs unies par un lien étroit, alors qu'elles procéderaient au moins en partie des mêmes faits et qu'il serait incontestable que l'action pénale serait susceptible d'avoir une incidence sur la présente action civile.

Il résulterait ainsi des pièces que l'action publique viserait des détournements de fonds ségrégués de SOCIETE1.) entre 2015 et 2019. L'instruction étant ouverte du chef d'abus de biens sociaux, celle-ci devrait probablement répondre à la question de savoir si des fonds de marchands ont été détournés à des fins personnelles ou dans l'intérêt d'autres sociétés du Groupe.

L'information judiciaire serait aussi susceptible d'apporter des réponses aux autres questions mentionnées ci-avant, et ces réponses pourraient influencer sur la recevabilité des demandes des parties demanderesse et quant au fond impacter sur l'analyse des prétendues fautes de SOCIETE9.) et sur les possibilités pour elle de s'exonérer.

Les réponses qu'apporterait l'enquête pénale pourraient aussi le cas échéant fonder des actions récursoires ou en garantie et influencer sur des questions comme celles du lien causal ou celle du quantum du dommage.

Les réponses fournies lors de son audition par la police judiciaire par PERSONNE1.), telles que relatées par les parties demanderesse permettraient de retenir que les deux instances baseraient sur les mêmes faits.

Le juge pénal serait amené à analyser le caractère faux ou non des écritures comptables, analyse qui serait aussi soumise au juge civil.

Dans la mesure où l'instruction pénale porterait sur les infractions de banqueroute et d'abus de biens sociaux, le tribunal civil ne pourrait pas se prononcer sur la situation de banqueroute au moment des faits litigieux, situation qui serait toutefois contestée par les parties demanderesse.

Enfin, la question de savoir si le résultat de la procédure pénale serait opposable à SOCIETE9.) ne serait pas pertinente, alors que l'application du principe de l'article 3 alinéa 2 du Code de procédure pénale n'exigerait pas une identité de cause, d'objet et de parties, une influence purement factuelle étant suffisante.

Pour autant que le tribunal retiendrait qu'il ne dispose pas d'informations suffisantes pour vérifier si les conditions d'application de l'article 3 alinéa 2 du Code de procédure pénale sont remplies, il y aurait lieu d'inviter Monsieur le Procureur d'Etat à transmettre l'ensemble de ses réquisitoires et autres documents requis pour permettre d'appréhender les faits ayant déterminé l'ouverture de l'information judiciaire, sur base de l'article 183 du Nouveau Code de procédure civile.

Il n'y aurait pas lieu finalement de raisonner sur base de l'exigence d'un délai raisonnable conformément à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, alors qu'à l'heure actuelle, il n'y aurait aucune indication que le délai raisonnable soit dépassé.

SOCIETE3.) conclut également à la surséance à statuer en application de l'article 3 alinéa 2 du Code de procédure pénale. Les parties demandereses auraient elles-mêmes admis l'existence d'un lien entre la procédure pénale et la procédure civile.

Il serait inexact d'affirmer que l'instruction pénale en cours viserait seulement les dirigeants sociaux et non SOCIETE1.) elle-même. Aucune identité des parties dans les deux procédures ne serait requise.

L'action publique serait en l'espèce essentielle afin d'établir si des infractions ont été commises par des personnes physiques ou des entités du Groupe en relation avec l'utilisation potentiellement abusive des fonds non ségrégués des tiers marchands. Ce ne serait qu'après avoir constaté l'existence ou l'absence de ces infractions que l'analyse des reproches formulés par les parties demandereses à l'égard des parties assignées pourrait être entamée.

L'argumentation adverse basée sur une violation du délai raisonnable dans l'hypothèse d'une surséance à statuer serait à rejeter alors qu'une telle violation serait purement hypothétique et entièrement erronées. Ne pas appliquer le principe « le criminel tient le civil en état » pour une éventuelle violation de l'obligation de statuer dans un délai raisonnable reviendrait à vider de sa substance ce principe.

L'arrêt cité à l'appui de son argumentation par les parties demandereses relèverait par ailleurs que le délai considéré comme non raisonnable portait sur huit années alors que dans le cas d'espèce, l'action n'a été introduite que le 3 juin 2021.

Les parties demandereses s'opposent à la demande en surséance à statuer.

Elles affirment en premier lieu que les parties défenderesses n'arriveraient pas à prouver de manière pertinente la mise en mouvement de l'action publique.

Elles ne contestent cependant pas que PERSONNE1.) a été entendu comme témoin par la police judiciaire et qu'une instruction a été ouverte pour les infractions d'abus de biens sociaux, de banqueroute simple et de banqueroute frauduleuse.

Elles donnent à considérer que concernant les infractions de banqueroute simple et frauduleuse, les questions auraient essentiellement porté sur le fait de comprendre pourquoi un aveu de faillite n'aurait pas été effectué plus tôt.

Or, PERSONNE1.) aurait nécessité un certain temps pour découvrir ce qui s'était passé, et notamment les écritures passées par PERSONNE2.) dévalorisant l'actif de SOCIETE1.) de plusieurs millions.

Les questions sur les raisons pour lesquelles PERSONNE2.) et SOCIETE9.) n'auraient pas vérifié les chiffres SOCIETE6.) et pour lesquelles PERSONNE2.) aurait dévalorisé l'actif de SOCIETE1.) sans en informer le conseil d'administration ne seraient pas toisées par l'instruction pénale.

Quant à l'infraction d'abus de biens sociaux, les parties demanderesses font exposer qu'il n'est pas reproché aux époux GEORGES un quelconque enrichissement personnel. Les questions de la police judiciaire auraient uniquement porté sur le transfert des sommes entre SOCIETE1.) et sa filiale SOCIETE4.) et le principal enjeu de la procédure pénale porterait sur le fait de savoir quel était le juste niveau de rémunération de SOCIETE4.) pour son apport de clients.

Or, cette question n'aurait jamais fait l'objet d'une instruction au pénal si SOCIETE9.) avait fait son travail, à savoir fournir en temps utile un rapport sur le Price Transfert entre SOCIETE1.) et SOCIETE4.).

Les parties demanderesses concluent à l'absence d'interdépendance des actions pénale et civile. La question de savoir si les auditeurs internes et externes ont rempli leurs missions respectives et dès lors leurs obligations contractuelles serait une question indépendante de l'éventuelle responsabilité pénale d'un dirigeant de société.

Elles donnent encore à considérer que si le tribunal sursoyait à statuer, il y aurait en tout état de cause une inopposabilité du résultat de la procédure pénale à l'égard de SOCIETE9.) et SOCIETE3.).

Elles considèrent ensuite qu'en toute hypothèse, l'existence d'une procédure pénale n'empêcherait pas l'instruction de l'action civile.

Elles soulignent enfin que le Luxembourg aurait déjà été condamnée par la Cour européenne des Droits de l'Homme pour violation de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme en raison du non-respect du délai raisonnable dans le cadre d'un sursis à statuer sur base de l'article 3 alinéa 2 du Code de procédure pénale.

En l'espèce, la nature de l'affaire, ainsi que sa complexité au vu de la nature des activités de SOCIETE1.) et de son caractère transfrontalier aurait de fortes chances de faire durer le volet pénal au-delà du délai raisonnable.

Appréciation du tribunal

La règle « le criminel tient le civil en l'état » inscrite à l'article 3 du Code de procédure pénale est une exception dilatoire qui, si elle est donnée, suspend obligatoirement le cours de l'instance civile. Elle s'applique lorsqu'une action publique, qui est de nature à influencer sur la décision civile, est en cours devant une juridiction luxembourgeoise (Cour

d'appel 6 mai 2009, n° 25854 du rôle). Le sursis à statuer s'impose chaque fois que l'appréciation d'un acte servant de fondement à la demande civile dépend du résultat d'une poursuite pénale ou encore dès lors que la décision à intervenir sur l'action publique est susceptible d'influer sur celle de la juridiction civile. Comme le but de la règle est d'éviter des contradictions entre les solutions données au civil et au pénal, il faut que les points en discussion soient indiscutablement connexes ou tirent leur origine du même fait (Cour d'appel 9 juin 2010, n° 33650 du rôle). Il faut dès lors qu'il existe entre les deux actions une question commune que la juridiction civile ne peut pas trancher sans constater en même temps l'infraction concernée par la plainte et partant sans risquer de se mettre en contradiction avec la juridiction pénale exclusivement compétente sur ce dernier point (Cour d'appel 27 novembre 2002, n° 26649 du rôle).

Pour que la règle « le criminel tient le civil en l'état » soit applicable, trois conditions sont en effet exigées : 1) l'action publique doit être effectivement mise en mouvement ; 2) l'action publique et l'action civile doivent être unies par un lien étroit ; 3) il ne doit pas avoir été définitivement statué sur l'action publique.

Il appartient à la partie qui sollicite le sursis d'établir l'influence exercée par l'action publique sur la procédure civile (Cass. fr., 2e civ., 20 février 1975, Bull. II, no 59, p. 48).

La règle « le criminel tient le civil en état » a pour but d'éviter la contrariété des jugements des deux ordres de juridiction, et le souci de laisser la question pénale arriver intacte devant le juge répressif, sans subir l'influence toujours possible d'une décision déjà rendue au civil. Il y a, au surplus, le motif de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil (R. THIRY, Précis d'Instruction Criminelle en Droit Luxembourgeois, n° 173 à 181).

Si l'action publique est intentée avant ou pendant le procès civil, le juge civil doit surseoir d'office, à quelque niveau que se trouve la procédure civile, dès le moment qu'il apprend l'existence de la procédure pénale et qu'il constate la réunion des conditions requises pour l'application de l'article 3, alinéa 2 du Code de procédure pénale.

La jurisprudence luxembourgeoise admet que la règle « le criminel tient le civil en l'état » 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.

Il est également admis que le résultat du procès pénal n'est pas opposable aux tiers.

Le tribunal constate qu'il résulte de différents éléments du dossier qu'une instruction judiciaire a été ouverte dans le cadre de la faillite de SOCIETE1.) pour abus de biens sociaux, banqueroute simple et banqueroute frauduleuse. Tant PERSONNE1.) que PERSONNE2.) ont été entendus par la police judiciaire.

Alors que le contenu exact de l'instruction n'est pas à la disposition du tribunal, il ne peut toutefois pas être mis en doute que l'action publique a été mise en mouvement, de sorte que la première condition de la mise en application de l'article 3 alinéa 2 du Code de procédure pénale est remplie en l'espèce.

Il résulte des éléments à la disposition du tribunal que l'instruction pénale en cours, portant sur les faits ayant abouti à la faillite de SOCIETE1.), est susceptible d'avoir une incidence sur la présente affaire, alors que la responsabilité de SOCIETE3.) et de SOCIETE9.) est recherchée pour de prétendues fautes, également en lien avec la situation financière et réglementaire de SOCIETE1.) ayant entraîné son insolvabilité. En effet, il n'est pas exclu que les faits à la base des deux demandes se recoupent, au moins partiellement.

Au regard du manque d'informations précises quant à la nature et la portée de l'instruction pénale, il n'est cependant pas possible, à l'heure actuelle, de déterminer les suites et le degré d'influence de l'affaire pénale sur le litige civil, dont l'examen au fond n'a pas débuté.

Il se pose dès lors la question de savoir si l'état actuel de la procédure en matière pénale, ainsi que celui de la présente instance, empêche la mise en état, du moins partielle, de l'affaire civile.

L'article 3, alinéa 2 du Code de procédure pénale, en se référant à l'exercice de l'action civile, n'empêche que le jugement, mais non la mise en état de cette action.

Le tribunal considère dès lors qu'il est en l'espèce dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, notamment en vue de concilier plusieurs impératifs, à savoir pour vérifier à la fois l'évolution du litige pénal et la circonscription du litige civil, tout en tenant compte du délai raisonnable, de décider que l'instruction de l'affaire civile continuera selon l'échéancier figurant au dispositif du présent jugement.

Dès lors que l'évolution des deux litiges permettra de se prononcer de manière plus éclairée sur une éventuelle nécessité de sursoir à statuer sur base de l'article 3 alinéa 2 du Code de procédure pénale, il pourra être demandé au tribunal de prendre une nouvelle décision sur base de nouveaux éléments mis à sa disposition.

Par ces motifs :

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

déclare nulle pour libellé obscur l'assignation du 3 juin 2021 en ce qu'elle est dirigée contre PERSONNE2.),

dit l'assignation recevable en la forme pour le surplus,

rejette la demande de surséance à statuer,

invite les parties à conclure suivant l'échéancier qui suit :

- | | |
|--------------------------------------|---------------------------|
| - Maître Clara MARA-MARHUENDA | 1 ^{er} mars 2024 |
| - Maître Marc KLEYR | 15 mai 2024 |
| - Maître Philippe-Fitzpatrick ONIMUS | 1 ^{er} août 2024 |

refixe l'affaire à la conférence de mise en état du 25 septembre 2024,

réserve les frais.