

Texte pseudonymisé

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

Jugement commercial 2022TALCH02/00985

Audience publique du vendredi, vingt-quatre juin deux mille vingt-deux.

Numéro TAL-2019-04152 du rôle

Composition :

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

E n t r e :

1. Monsieur **PERSONNE1.)**, sans état connu, demeurant à B-ADRESSE1.) ;

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, en date du 28 juin 2018 ;

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

2. La société anonyme **SOCIETE1.) SA**, avec siège social à L-ADRESSE2.), représentée par ses organes de gestion actuellement en fonction, déclarée en état de faillite par jugement du tribunal d'Arrondissement de et à Luxembourg en date du 3 juin 2019 ;

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, en date du 28 juin 2018 ;

comparant par Maître Philippe SYLVESTRE, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la société anonyme de droit allemand **SOCIETE2.) AKTIENGESELLSCHAFT**, établie et ayant son siège social à D-ADRESSE3.), représentée par ses organes de gestion actuellement en fonctions, inscrite aux Registres du

Commerce et des Sociétés de la République fédérale d'Allemagne sous le numéro NUMERO1.) ;

2. la société anonyme **SOCIETE3.) SARL, anciennement une société en commandite par actions SOCIETE4.) SCA**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE4.), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.) ;

parties défenderesses aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Laura GEIGER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, en date du 28 juin 2018 ;

comparant par Maître Guy LOESCH, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

3. la société anonyme **SOCIETE5.) SA, anciennement SOCIETE6.) SARL, anciennement SOCIETE7.) SARL**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE5.), 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 termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Laura GEIGER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, en date du 28 juin 2018 ;

comparant par la société en commandite simple ALLEN & OVERY SCS, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 5, avenue J.F. Kennedy, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Thomas BERGER, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

Le Tribunal :

Faits

La société anonyme SOCIETE1.) (ci-après « SOCIETE1. ») a été créée le 10 juillet 2007 par PERSONNE1.). Elle a été déclarée en faillite suivant jugement du 3 juin 2019 et Maître Philippe SYLVESTRE a été nommé curateur.

SOCIETE1.) était l'associée commanditée et gestionnaire (« *General Partner* ») de la société d'investissement en capital risque SOCIETE8.) SCA (ci-après la « SICAR »), incorporée le 5 septembre 2007, destinée à effectuer des investissements en Ukraine.

Dans le cadre du déploiement des activités de la SICAR, celle-ci a conclu les contrats suivants avec effet au 5 septembre 2007 :

- contrat de dépositaire et d'agent payeur avec la société en commandite par actions SOCIETE4.) SCA ;
- contrat de registre et de transfert avec SOCIETE4.) SCA ;
- contrat d'administration centrale avec la société à responsabilité limitée SOCIETE7.) SARL ;
- contrat de domiciliation avec la société à responsabilité limitée SOCIETE7.) SARL.

SOCIETE4.) a modifié sa dénomination et sa forme sociale pour être actuellement la société à responsabilité limitée SOCIETE3.) SARL.

Avec effet au 1^{er} janvier 2011, SOCIETE3.) a transféré sa branche d'activité de banque dépositaire, y compris celle d'agent de transfert, à la société SOCIETE9.) SA, devenue par la suite la société anonyme SOCIETE10.) Luxembourg SA.

La société à responsabilité limitée SOCIETE6.) SARL, anciennement SOCIETE7.) SARL, porte actuellement la dénomination SOCIETE5.) SA (ci-après « SOCIETE5.) »).

Après une première levée de fonds d'environ 10 millions d'euros intervenue en septembre 2007, de nouveaux engagements ont été pris par quatre investisseurs (ci-après les « investisseurs grecs ») dans le cadre de documents intitulés « commitment agreements », susceptibles de porter les investissements dans la SICAR à plus de 120 millions d'euros.

Suite aux appels de fonds adressés aux investisseurs grecs le 30 juin et le 1^{er} août 2008, ceux-ci n'ont cependant pas procédé aux paiements réclamés à titre d'investissement dans la SICAR.

La SICAR n'a finalement pas procédé aux investissements projetés.

Pour une meilleure compréhension du litige, les parties assignées sont désignées dans la suite du présent jugement par leur dénomination actuelle.

Procédure

Par exploit d'huissier de justice du 28 juin 2018, PERSONNE1.) et SOCIETE1.) ont fait donner assignation à la société anonyme de droit allemand SOCIETE2.) (ci-après « SOCIETE2.) »), SOCIETE3.) et SOCIETE5.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile.

L'instruction a été clôturée suivant ordonnance du 4 mai 2022 sur la question du libellé obscur et de la prescription.

Vu la loi du 17 décembre 2021 portant modification de la loi modifiée du 19 décembre 2020 portant adaptation temporaire de certaines modalités procédurales en matière civile et commerciale.

Les mandataires des parties ont été informés par bulletin du 4 mai 2022 de la composition du tribunal.

Aucune des parties n'a sollicité à plaider oralement.

L'affaire a été prise en délibéré à l'audience publique du 18 mai 2022 par le président du siège.

Prétentions et moyens des parties

PERSONNE1.) et SOCIETE1.) demandent à voir:

- donner acte que la demande en justice est basée à titre principal sur la responsabilité contractuelle et à titre subsidiaire la responsabilité délictuelle ainsi que sur tous les textes légaux mentionnés dans la motivation de l'acte ;
- condamner les parties assignées, solidairement sinon *in solidum* à payer
 - (i) entre les mains de SOCIETE1.) au principal la somme de 14.000.000,- EUR avec les intérêts à compter de l'assignation,
 - (ii) entre les mains de PERSONNE1.) au titre du préjudice moral la somme de 400.000,- EUR,
- condamner les parties assignées à leur payer une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile de 5.000,- EUR,
- les condamner aux frais et dépens de l'instance ;
- ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

Les parties demanderesses font exposer à l'appui de leur demande que SOCIETE1.) aurait été composée d'une équipe de professionnels très réputés. Le choix d'investir en Ukraine aurait été guidé par le grand potentiel de développement de ce marché émergent, potentiel qui aurait pu être constaté au regard des bénéfices générés par les fonds étant parvenus à investir en Ukraine à l'époque litigieuse.

Une première série d'accords aurait été conclue avec des investisseurs en septembre 2007, une levée de fonds à hauteur de 10.820.000,- EUR ayant été confirmée et signée. Le capital visé pour la SICAR se serait situé entre 120-150 millions d'euros à réunir jusqu'à la fin de l'année 2009.

Au cours du printemps/été 2008, de nouveaux accords avec de nouveaux investisseurs (ci-après les « investisseurs grecs ») auraient été conclus, à savoir :

- contrat d'engagement signé le 25 mars 2008 avec Dr. PERSONNE2.) à hauteur de 35 millions d'euros ;
- contrat d'engagement signé le 15 mai 2008 avec PERSONNE3.) à hauteur de 25 millions d'euros ;
- contrat d'engagement signé le 4 juin 2008 avec SOCIETE11.) LTD à hauteur de 20 millions d'euros ;
- contrat d'engagement signé le 24 juin 2008 avec PERSONNE4.) à hauteur de 30 millions d'euros.

Ces contrats d'engagement, accompagnés de plusieurs pièces, devraient être retournés complétés et signés à SOCIETE1.) pour le compte de la SICAR à l'adresse de SOCIETE3.) et SOCIETE5.), domiciliataire de SOCIETE1.) et de la SICAR.

En vertu des contrats conclus entre la SICAR et SOCIETE3.) et SOCIETE5.) et des contrats d'engagement, SOCIETE3.) aurait été en charge de recevoir et de collecter une série de documents, de les contrôler et de procéder à des vérifications préalables, conformément à la réglementation sur la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

SOCIETE3.) aurait disposé de plusieurs mois pour effectuer ces contrôles et vérifications, entre la conclusion des contrats d'engagement et le premier appel de fonds intervenu en septembre 2008.

Or, il se serait avéré qu'aucune documentation appropriée et suffisante n'aurait été jointe aux contrats d'engagement, que la vérification requise de cette documentation n'aurait pas été effectuée par SOCIETE3.) et que dès lors les vérifications obligatoires en matière de lutte contre le blanchiment n'auraient pas été faites.

SOCIETE3.) aurait toutefois, en tant qu'agent de registre et de transfert, inscrit les investisseurs grecs sur le registre des actionnaires, alors que ceux-ci n'auraient pas disposé des fonds nécessaires, jamais eu l'intention de payer les sommes pour lesquelles ils s'étaient engagés et par ailleurs bénéficié d'une mauvaise réputation.

Or, dans la mesure où SOCIETE3.) aurait reçu les contrats d'engagement sans émettre aucun commentaire et inscrit les investisseurs grecs sur le registre des actionnaires, SOCIETE1.) aurait pu légitimement croire que l'objectif d'investissements à hauteur de 120 millions d'euros était atteint et que dès lors 20 % de ces fonds seraient disponibles au moment du premier appel de fonds.

SOCIETE1.) aurait dès lors décidé de ne pas consacrer davantage de temps à la recherche de nouveaux investisseurs pour se concentrer sur l'utilisation future des fonds à récolter.

Entre juin et août 2008, un premier appel de fonds aurait été émis auprès des investisseurs grecs, puis une mise en demeure leur aurait été envoyée le 19 novembre 2008, mais ceux-ci n'y auraient pas réagi et n'auraient finalement jamais payé les sommes promises.

Les parties demanderesse affirment qu'en conséquence des agissements fautifs des parties défenderesse, les investissements n'auraient pas pu être effectués et toute opportunité en ce sens aurait été perdue, les membres de l'équipe spécialement mise en place pour le projet auraient démissionné et la SICAR aurait été transformée en société anonyme.

Les manquements invoqués sont les suivants :

SOCIETE3.), en sa qualité d'établissement de crédit, serait soumise à l'article 37-3(1) de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier (ci-après la « LSF »), lui imposant d'agir de manière honnête, équitable et professionnelle qui serve au mieux les intérêts de leurs clients.

Ses agissements prédécrits seraient cependant contraires à cette obligation.

Elle serait encore soumise aux obligations découlant de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme (ci-après la « LBFT »), imposant l'application de mesures de vigilance à leur clientèle dans certains cas.

Or, les investisseurs grecs, en s'appropriant à devenir actionnaires de la SICAR, auraient noué *ipso facto* une relation avec SOCIETE3.), en tant que dépositaire, agent payeur, agent de registre et de transfert de la SICAR, la soumettant dès lors aux obligations découlant de la LBFT.

Si elle avait procédé aux vérifications requises, elle aurait pu se rendre compte qu'aucun des investisseurs grecs ne disposait des fonds requis pour prendre des participations dans la SICAR, de sorte que SOCIETE1.) aurait eu la possibilité de procéder à leur remplacement.

SOCIETE3.), à défaut d'informations satisfaisantes sur les investisseurs grecs, aurait dû s'abstenir de les inscrire sur le registre des actionnaires et ne pas planifier de recevoir des fonds de leur part.

Elle serait encore soumise, en sa qualité de dépositaire et agent payeur, aux dispositions de la loi du 15 juin 2004 relative à la société d'investissement en capital à risque (ci-après la « Loi SICAR »), qui mettrait à charge du dépositaire la responsabilité de tout préjudice subi par les investisseurs et résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ses obligations.

En cette qualité, SOCIETE3.) aurait dû agir de manière indépendante et exclusivement dans l'intérêt des investisseurs et veiller à ce que le prix de souscription des titres de la société soit perçu par celle-ci dans les délais prévus par ses documents constitutifs.

Les agissements prédécrits violeraient cependant ces obligations.

SOCIETE3.) aurait en outre procédé à des paiements au nom de la SICAR, alors même que les montants réglés n'étaient pas dus.

En sa qualité d'agent de registre et de transfert, SOCIETE3.) aurait eu l'obligation conventionnelle de servir correctement et fidèlement la SICAR et de mettre en œuvre tous les efforts raisonnables pour promouvoir les intérêts y relatifs. En n'ayant pas procédé aux diligences requises par la loi, elle aurait toutefois violé cette obligation.

En cette même qualité, il aurait appartenu à SOCIETE3.) de n'inscrire un actionnaire sur le registre des actionnaires seulement si les fonds à investir étaient reçus et si l'inscription avait été préalablement soumise à la supervision du gestionnaire de la SICAR ou à une personne habilitée et qu'une instruction écrite en ce sens lui serait ainsi parvenue.

Ces conditions n'ayant pas été remplies avant l'inscription des investisseurs grecs sur le registre des actionnaires, SOCIETE3.) aurait violé ses obligations contractuelles.

SOCIETE3.) aurait également eu comme mission de déterminer si un investisseur était éligible à la détention d'actions conformément à l'article 2 de la Loi SICAR, ce qu'elle aurait omis de faire, engageant ainsi sa responsabilité.

SOCIETE3.), en sa qualité d'agent de registre et de transfert aurait enfin eu l'obligation de recevoir, enregistrer et gérer tout document affectant la titularité des actions, les distributions ou le registre des actionnaires. Dans la mesure cependant où la majorité des documents d'identification des investisseurs grecs aurait été manquante, elle aurait violé ses obligations contractuelles.

SOCIETE5.), en sa qualité d'agent d'administration centrale et de domiciliataire, aurait également été soumise aux règles de conduite découlant de la LSF. En ne procédant pas aux contrôles qui s'imposaient en termes d'identification des investisseurs grecs et de l'origine de leurs fonds et en ne tirant pas les conséquences qui s'imposaient, elle aurait violé ses obligations contractuelles et légales.

Il en serait de même dans le cadre des obligations découlant de la LBFT.

Les fautes commises par les parties défenderesses auraient eu pour effet de tromper les demanderesses quant au caractère sérieux de l'engagement des investisseurs grecs. Elles auraient pu légitimement penser que l'objectif d'investissement était atteint, de sorte que les gestionnaires de la SICAR auraient pu décider de ne pas consacrer plus de temps à la recherche de nouveaux investisseurs.

Le projet se serait toutefois écroulé une fois qu'il s'est avéré que les investisseurs grecs ne libéreraient pas les engagements souscrits, alors qu'il aurait été trop tard pour trouver de nouveaux investisseurs.

PERSONNE1.) aurait consacré plusieurs années à monter le projet sans rémunération et en avançant ses propres deniers.

Il résulterait de nombreux éléments, et notamment des résultats d'autres fonds ayant investi dans l'économie ukrainienne à cette époque, que le projet aurait pu être très lucratif, avec un retour sur investissement de 25 %.

SOCIETE1.) aurait dès lors eu droit, en application de la page 35 du *private placement memorandum*, à des *management fees* de 2 % des engagements en capital souscrits. Dans la mesure où il était prévu de lever des fonds à hauteur de 120,8 millions d'euros, elle aurait dès lors pu percevoir le montant de 2.416.000,- EUR à ce titre, et, après déduction des frais de fonctionnement de la société de gestion, elle aurait pu toucher un revenu net cumulé de 3,8 millions d'euros entre juillet 2008 et décembre 2014.

SOCIETE1.) aurait en outre dû gagner, au titre du *carried interest* à hauteur de 20 % des revenus générés par la SICAR, prévu à la page 33 du *private placement memorandum*, la somme de 30.080.172,- EUR. Le *carried interest* consisterait dans un pourcentage des plus-values d'un fonds de capital investissement prélevé sur le bénéfice des apporteurs de capitaux et revenant à l'équipe de gestion du fonds.

Après pondération liée à différents facteurs de risque, SOCIETE1.) évalue son préjudice matériel à 14.000.000,- EUR.

PERSONNE1.), pour sa part, déclare avoir subi un préjudice moral qu'il évalue à 400.000,- EUR. L'échec de son projet aurait généré dans son chef un stress et une anxiété et définitivement détruit sa réputation et sa crédibilité en tant que créateur de fonds. Les agissements des parties défenderesses auraient également créé dans son chef une tourmente liée à la rupture des liens de confiance entre les demanderesses et les défenderesses. Finalement, PERSONNE1.) aurait entrepris d'indemniser personnellement tous les investisseurs et la plupart des prestataires par ses propres deniers, notamment en tentant de vendre sa maison familiale à prix cassé.

Quant au moyen de nullité sur base du libellé obscur, PERSONNE1.) affirme que celui-ci n'aurait pas été invoqué *in limine litis*, de sorte qu'il serait à déclarer irrecevable.

En outre, l'assignation mentionnerait les bases légales invoquées, à savoir la responsabilité contractuelle, sinon délictuelle, ainsi que les textes légaux mentionnés dans la motivation de l'acte.

Les parties défenderesses auraient par ailleurs été en mesure de fournir une défense au fond, ce qui démontrerait qu'elles auraient été en mesure de comprendre les reproches leurs adressés.

Concernant la prescription décennale invoquée par les parties défenderesses, PERSONNE1.) fait valoir que le délai de prescription ne commencerait à courir qu'à partir de l'appel de fonds en septembre 2008, date à laquelle le défaut d'exécution des obligations contractuelles aurait sorti ses effets, alors que jusqu'à cette date, les parties défenderesses auraient encore eu une chance d'exécuter leurs engagements.

Concernant la prescription quinquennale, il fait valoir que la demande ne tendrait pas au paiement de frais de gestion, mais à la réparation d'un préjudice, de sorte que l'article 2229 serait inapplicable en l'espèce.

Il n'y aurait pas lieu à ventilation des demandes à l'égard des parties défenderesses, alors que celles-ci auraient toutes commis des fautes en relation causale avec le préjudice subi. Si une seule des parties défenderesses avait rempli ses obligations contractuelles, les préjudices auraient pu être évités, de sorte que la demande en condamnation solidaire sinon *in solidum* serait justifiée.

Maître Philippe SYLVESTRE, en sa qualité de curateur de SOCIETE1.) en faillite, conclut à la forclusion des parties défenderesses à soulever le moyen du libellé obscur de l'assignation, alors qu'elles auraient engagé un débat au fond avant de soulever l'exception en reprenant les faits et en les qualifiant.

Concernant une prétendue absence de base légale, il fait valoir que dans la mesure où le tribunal serait tenu, en vertu de l'article 61 du Nouveau Code de procédure civile, à donner aux faits exposés à l'appui de la demande une qualification appropriée, le moyen basé sur le libellé obscur ne saurait aboutir en raison d'une absence de base légale.

Quant à la prescription décennale, Maître SYLVESTRE fait valoir que ce ne serait qu'à partir de l'envoi d'une mise en demeure pour défaut de paiement aux investisseurs grecs que la violation contractuelle des parties défenderesses se serait révélée.

Or, l'action en paiement de dommages et intérêts ne se prescrirait pas avant que l'ensemble de ses conditions d'application soient réunies, impliquant non seulement l'existence du fait générateur (une inexécution contractuelle), mais également du dommage.

En matière contractuelle, le délai de prescription ne commencerait à courir que du jour où l'obligation inexécutée peut être mise à exécution par une action en justice.

En l'espèce, SOCIETE1.) n'aurait pu avoir connaissance de la défaillance contractuelle des parties défenderesses avant novembre 2008, de sorte qu'elle n'aurait pas pu agir en responsabilité avant cette date.

Maître SYLVESTRE se rapporte à prudence quant à l'applicabilité de la prescription quinquennale et fait valoir qu'en tout état de cause celle-ci ne s'appliquerait qu'aux revenus échus avant novembre 2013.

SOCIETE2.) et SOCIETE3.) concluent en premier lieu à la nullité de l'assignation en raison de son libellé obscur conformément à l'article 154 du Nouveau Code de procédure civile.

Elles font valoir que l'assignation, suivant laquelle est demandée une condamnation solidaire, sinon *in solidum* des parties assignées, ne préciserait pas les moyens de droit et de fait qui seraient de nature à induire une responsabilité solidaire de celles-ci.

Elle serait également muette sur le rôle qu'aurait joué SOCIETE2.) dans l'exécution des contrats auxquels elle n'était pas partie.

Par ailleurs, les contrats sur lesquels sont basés les demandes en réparation auraient été conclus par la SICAR avec des entités distinctes, le contrat de dépôt et le contrat de transfert impliquant uniquement SOCIETE3.) et le contrat d'administration centrale et le contrat de domiciliation concernant que SOCIETE5.).

La lecture de l'assignation ne permettrait pas de déterminer précisément l'évaluation du préjudice correspondant à chaque manquement contractuel allégué, les demanderesses se contentant d'une évaluation globale de leur préjudice.

Il ne résulterait en outre pas de l'assignation si SOCIETE1.), gestionnaire et associé commandité de la SICAR, agit en réparation d'un préjudice propre ou d'un préjudice dans le chef de la SICAR.

Les parties défenderesses donnent encore à considérer que SOCIETE1.) ne serait partie à aucun des contrats invoqués.

L'assignation ne préciserait pas non plus le fondement légal de la demande de PERSONNE1.).

Le manque de clarté de l'assignation leur aurait causé un préjudice certain dans la mesure où elles se trouveraient dans l'impossibilité absolue de déterminer les moyens de défense appropriés pour contester l'existence d'une solidarité entre elles et à l'égard de SOCIETE5.) et que SOCIETE2.) ne saurait pas ce qui lui est reproché.

Elles affirment avoir soulevé le moyen de nullité basé sur le libellé obscur avant toute défense au fond, alors que le fait de développer leur version des faits ne constituerait pas une défense au fond.

SOCIETE2.) et SOCIETE3.) concluent encore à la prescription de l'action des parties demanderesses sur base de l'article 189 du Code de commerce. Elles considèrent que le point de départ de la prescription se situerait, non pas au moment des défauts de paiement par les investisseurs grecs à partir de septembre 2008, mais à la date d'exigibilité de l'obligation qui lui a donné naissance.

Or, tous les manquements reprochés aux parties défenderesses se situeraient à une époque antérieure de plus de dix ans à l'assignation du 28 juin 2018.

Ainsi, le reproche tenant à la violation de leur obligation de vigilance résultant de l'article 3 de la LSF, en ce qu'elles n'auraient pas exigé la communication d'informations suffisantes sur les investisseurs grecs et leur patrimoine d'affaires aurait été exigible au plus tard à la date de signature par ceux-ci de leurs contrats d'engagement, intervenus les 25 mars, 4 juin et 24 juin 2008.

Le reproche tenant à l'inscription des investisseurs grecs sur les registre des actionnaires en violation du contrat de transfert, en l'absence de réception du prix de souscription des titres serait situé par les parties demanderesses elles-mêmes aux dates de signature des contrats d'engagement.

La vérification de la qualité d'investisseur averti des investisseurs grecs aurait été exigible contractuellement avant la signature des contrats d'engagement.

Les paiements prétendument non conformes au mémorandum de placement privé et au contrat de dépôt effectués par les parties défenderesses, en raison notamment d'un paiement à la société SOCIETE12.), associé commandité et investisseur originel de la SICAR, se situeraient en 2007.

Toutes les obligations contractuelles invoquées auraient dès lors été exigibles plus de dix ans avant le jour de l'assignation.

Les parties demanderesses auraient par ailleurs eu ou auraient dû avoir connaissance de ces prétendus manquements au moment de la signature des contrats d'engagement au plus tard.

Seul le reproche consistant à affirmer que les parties défenderesses n'auraient pas adopté un comportement assez diligent et proactif face au défaut de versement du prix de souscription des titres par les investisseurs grecs se situerait à une époque postérieure à septembre 2008.

SOCIETE2.) et SOCIETE3.) contestent encore que la méthode de détermination du point de départ de la prescription applicable en matière de responsabilité délictuelle serait applicable en l'espèce, alors que les parties demanderesses auraient expressément basé leur demande principalement sur la responsabilité contractuelle.

Même si elles basent leur demande en ordre subsidiaire sur la responsabilité délictuelle, les manquements allégués seraient en tout état de cause des manquements contractuels dans le cadre de contrats par rapport auxquels les parties défenderesses sont tierces. Or, le point de départ de la prescription devrait nécessairement se situer à la date du manquement contractuel allégué.

Mais même à supposer que la date de départ de la prescription serait à situer à la date de la réalisation du dommage, tel que prévu en matière délictuelle il y aurait lieu de retenir que dans la mesure où la seule conséquence dommageable dans le chef des demanderesses serait constitué par le fait qu'elles n'auraient pas consacré plus de temps à la recherche d'autres investisseurs, celle-ci se situerait au plus tard au moment de la signature des contrats d'engagement et donc plus de dix ans avant l'assignation.

SOCIETE5.) conclut également à la nullité de l'assignation en raison de son libellé obscur. Elle fait ainsi valoir qu'en application d'une jurisprudence constante, en matière de responsabilité civile délictuelle, la cause de la demande serait constituée, non par le fait dommageable, mais par le texte légal sur lequel la demande est basée, de sorte que si le texte n'est pas indiqué, la demande serait irrecevable.

L'article 61 du Nouveau Code de procédure civile permettant au juge de requalifier juridiquement les faits soumis à son examen ne serait pas applicable dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle.

En l'espèce, SOCIETE5.) ne serait pas liée contractuellement aux parties demanderesses, alors que les contrats invoqués auraient été signés avec la SICAR, de sorte que le litige se situerait nécessairement dans le cadre de la responsabilité délictuelle. Il appartiendrait dès lors aux parties demanderesses de préciser sur quel type de responsabilité délictuelle elles entendaient se fonder en indiquant la base légale de leur demande.

En tout état de cause, le caractère extrêmement vague des reproches formulés à son encontre ne permettrait pas à SOCIETE5.) de déterminer quel manquement serait visé, de sorte qu'il ne lui serait pas possible d'organiser convenablement sa défense.

SOCIETE5.) conclut encore au libellé obscur de l'exploit introductif, alors qu'il ne lui serait pas possible de comprendre quelles seraient les fautes qui lui seraient imputables. Les parties demanderesses se contenteraient d'assigner les trois parties défenderesses sans caractériser les circonstances qui seraient à la base de faits imputables à chacune d'elles et qui seraient en lien causal avec les préjudices invoqués.

Les parties demanderesses omettraient en outre de justifier les raisons d'une responsabilité solidaire, sinon *in solidum* des parties défenderesses et de ventiler leurs demandes.

SOCIETE5.) conclut finalement que le manque de clarté de l'assignation nuirait substantiellement à l'organisation de sa défense, alors qu'elle ne pourrait déduire du contenu de l'assignation ni les faits qui lui sont concrètement reprochés, ni le fondement légal sur lequel se fonde la demande.

SOCIETE5.) invoque ensuite la prescription commerciale découlant de l'article 189 du Code de commerce, qui commencerait à courir du jour où le créancier aurait pu exercer son droit, soit le jour où l'obligation peut être mise à exécution par une action en justice. En matière contractuelle, le point de départ se situerait nécessairement à la date d'exigibilité de l'obligation qui donne naissance à l'action exercée.

Cette date ne se situerait toutefois pas à la date d'envoi de la lettre de mise en demeure pour défaut de paiement adressée aux investisseurs.

Il n'y aurait en effet pas lieu d'opérer une confusion entre la défaillance contractuelle des investisseurs grecs, à savoir le moment où ceux-ci n'ont pas été en mesure de remplir leurs engagements, et la prétendue défaillance contractuelle imputée à SOCIETE5.) dans le cadre de la présente instance et la date de la mise en demeure adressée aux investisseurs n'aurait aucune incidence dans le litige.

Le reproche adressé à SOCIETE5.) consisterait en substance dans le fait de ne pas avoir identifié les investisseurs grecs lors de leur entrée en relation avec elle. Or, hormis le fait que l'entrée en relation en sa qualité d'administration centrale et de domiciliataire de la SICAR, se serait faite uniquement avec la SICAR et non les investisseurs, l'obligation d'identification se serait située au plus tard au moment de la signature des *commitment agreements*, mais en réalité bien avant.

SOCIETE5.) donne encore à considérer que les *commitment agreements*, signés par les investisseurs grecs les 25 mars, 15 mai, 4 juin et 24 juin 2008 et les engageant à partir de ces dates envers la SICAR, auraient prévu que les souscriptions des investisseurs grecs étaient soumises à l'approbation de la SICAR qui pourrait les refuser, notamment en cas de défaut de fourniture de documentation permettant d'attester le statut d'investisseur éligible.

Le *private placement memorandum* soumettrait en outre toute souscription à la revue et à l'approbation du *general partner*, en l'occurrence SOCIETE1.).

Ce serait dès lors au moment de la souscription que SOCIETE1.) aurait été en mesure d'effectuer cette revue et cette approbation, et dès lors de constater si certaines informations étaient manquantes.

Il y aurait en conséquence lieu de conclure à la prescription des demandes adverses.

SOCIETE5.) affirme encore que l'action serait prescrite sur base de l'article 2277 du Code civil, suivant lequel se prescrivent par cinq ans les actions en paiement des intérêts des sommes prêtées et généralement de tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts.

Dans la mesure où l'ensemble des composantes liées au préjudice de SOCIETE1.), à savoir les *management fees* et le *carried interest*, correspondraient à des sommes payables par année ou à des termes périodiques plus courts, soit annuellement pour le *carried interest* et trimestriellement pour les *management fees*, l'action y relative serait prescrite.

Appréciation

1. Le libellé obscur

L'article 154 du Nouveau Code de procédure civile dispose entre autre 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. WIWINIUS, *L'exceptio obscuri libelli*, in Mélanges dédiés à Michel DELVAUX, p.290 et 303).

L'inobservation des dispositions du prédit 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).

L'exception doit être soulevée *in limine litis*, avant toute défense au fond.

Il a été retenu que seules des conclusions au fond rendent une partie forclosée à soulever un moyen de nullité. L'acceptation de pièces ne constitue pas une conclusion au fond (CA, 15 juillet 2004, n° 28124).

Les parties demanderesse affirment que tel n'aurait pas été le cas en l'espèce, alors que les parties défenderesse auraient développé une partie des faits et des moyens de fond, avant de développer leur moyen de nullité basé sur le libellé obscur.

Le tribunal constate cependant que SOCIETE2.) et SOCIETE3.), dans leurs conclusions du 10 mars 2020, décrivent en premier lieu l'objet de la demande adverse, en terminant par la phrase « outre le fait que la demande laisse d'être fondée, la recevabilité de la demande n'est pas sans soulever certaines questions, notamment eu égard au libellé obscur de l'assignation ». Ce n'est que par la suite qu'elles développent leurs premiers moyens de fond, relatifs au « transfert d'activité de banque dépositaire et d'agent de transfert » et au « contexte des opérations litigieuses », même si le moyen relatif au libellé obscur n'est développé avec plus de précision que dans la partie « droit ».

Il y a lieu d'en conclure que SOCIETE2.) et SOCIETE3.) ont soulevé le moyen du libellé obscur de l'assignation avant toute défense au fond.

Il en est de même des conclusions de SOCIETE5.) du 28 avril 2020, dans lesquelles elle soulève, dès la première phrase, la nullité de l'assignation en raison de son libellé obscur et indique par ailleurs que ses conclusions seront limitées à la question du libellé obscur et celle de la prescription de l'action, après une brève description des faits.

Il s'ensuit que les parties défenderesse ne sont pas forclosées à soulever le moyen de nullité lié au libellé obscur de l'assignation.

Le tribunal constate en premier lieu qu'il ne résulte pas de l'assignation à quelles fins SOCIETE2.) a été atraite devant le tribunal de céans. En effet, la seule indication concernant celle-ci contenue dans l'assignation, à part la demande tendant à sa condamnation solidaire en paiement, figure dans le premier alinéa du point 1 « Faits et rétroactes », où les parties demanderesse expliquent que SOCIETE1.) aurait « fait appel au Groupe allemand SOCIETE4.)AG & CO., KGAA (devenue depuis une filiale

du Groupe allemand SOCIETE2.) AKTIENGESELLSCHAFT), avec lequel elle conclut plusieurs contrats ».

Les demanderesses ne fournissent cependant pas le moindre élément permettant de comprendre sur quelle base et à quelles fins SOCIETE2.) aurait pu engager sa responsabilité dans le cadre de contrats conclus avec une ou plusieurs de ses filiales.

SOCIETE2.) étant ainsi dans l'impossibilité totale de déterminer le sens de la demande dirigée contre elle et d'organiser sa défense, il y a lieu de déclarer l'assignation nulle pour cause de libellé obscur en ce qu'elle est dirigée contre elle.

Les parties défenderesses concluent encore au libellé obscur de l'assignation en ce que les parties défenderesses n'ont pas divisé la demande à leur égard et en ce qu'elles n'ont pas exposé les moyens de fait et de droit qui seraient de nature à induire une responsabilité solidaire entre les parties défenderesses.

La jurisprudence décide que la demande doit être divisée du côté de la défense pour permettre aux défendeurs d'organiser leur défense, en retenant soit que cette division doit être expresse (Tribunal d'arrondissement Luxembourg 14 février 1898 et Cour d'appel 21 avril 1899, Pas. 5, page 392 ; Cour d'appel 23 février 1959, Pas. 17, page 407), soit que cette division doit résulter ou pouvoir être déduite des éléments figurant dans l'exploit d'assignation (Tribunal d'arrondissement Luxembourg, 17e chambre, 13 mars 2013, n° 125021 et 141377 du rôle).

En l'espèce, la question ne se pose toutefois pas sous l'angle de la division de la demande entre les parties défenderesses, puisque les parties demanderesses ne soutiennent pas dans leur exploit que chacune des parties défenderesses ne serait tenue qu'à une partie de la réparation du dommage allégué. Elles soutiennent au contraire que les parties défenderesses seraient tenues solidairement, sinon *in solidum*. Dès lors, dans la logique de la demande telle que formulée, une division de la demande était non seulement inutile, mais impossible, de sorte que l'exploit ne saurait être affecté de nullité du fait de l'absence de division. La question de savoir si les parties défenderesses sont tenues solidairement ou *in solidum* pour certains ou tous les dommages relève de l'examen du fond et n'est pas toisée à ce stade.

Comme dans la logique de l'exploit, chacune des parties défenderesses doit être tenue pour responsable pour l'intégralité du dommage, il ne saurait être exigé que l'exploit procède à la division des demandes entre les parties défenderesses pour qu'elles sachent comment assurer leur défense. En réclamant paiement de l'intégralité du dommage à chacune d'elles, elles savent qu'elles doivent assurer leur défense individuellement pour chacun des dommages allégués. Toutefois, pour permettre aux parties défenderesses d'organiser leur défense autour de l'allégation de la solidarité entre elles, qui ferait qu'elles seraient potentiellement tenues du paiement de l'intégralité des dommages, il faut que les exploits énoncent à quel titre elles seraient tenues solidairement. Il appartient ainsi aux parties demanderesses d'exposer les moyens de fait et de droit qui selon elles seraient de nature à induire une responsabilité solidaire entre les parties défenderesses pour que celles-ci puissent faire valoir les moyens appropriés pour contester l'existence de pareille solidarité.

Les tribunaux admettent qu'une condamnation *in solidum* est généralement conditionnée au triple constat de l'existence d'un seul et même préjudice, imputable à

plusieurs responsables, dont les agissements ont concouru à la réalisation de l'entier dommage.

Il ressort de l'exploit introductif du 28 juin 2018 que les parties demanderesses réclament la réparation de leur préjudice subi en raison de la violation par SOCIETE3.) et SOCIETE5.) de leurs obligations contractuelles et légales, découlant d'un côté des contrats conclus par elles avec la SICAR, et de l'autre de certaines dispositions de la LSF et de la LBFT, en ce qu'elles n'auraient pas entrepris les vérifications préalables nécessaires leur incombant, notamment quant aux capacités financières des investisseurs potentiels et quant à la provenance des fonds destinés à être investis.

Ces manquements auraient eu comme conséquence de tromper les demanderesses quant au caractère sérieux de l'engagement des investisseurs grecs, les amenant à légitimement penser que l'objectif d'investissements à hauteur de 120 millions d'euros serait atteint, de sorte qu'elles auraient décidé de ne plus consacrer leur temps à la recherche d'investisseurs supplémentaires.

Or, en raison de la défaillance des investisseurs grecs, le projet lié à la SICAR se serait écroulé, entraînant un préjudice matériel dans le chef de SOCIETE1.) en raison de son impossibilité de facturer les *management fees* prévus au *private placement memorandum* de la SICAR et de la perte du *carried interest* qu'elle aurait pu toucher en application de l'article 33 du *private placement memorandum*, ce préjudice étant évalué à 14.000.000,- EUR.

PERSONNE1.) pour sa part aurait subi, en raison des mêmes causes, un préjudice moral évalué à 400.000,- EUR lié à l'angoisse créée par la situation générée par les parties demanderesses et à l'atteinte portée à sa réputation.

Aux termes de l'assignation, il appert que la cause des créances respectives des parties demanderesses et le fondement juridique de la demande, principalement de nature contractuelle, subsidiairement de nature délictuelle, résultent d'une prétendue inexécution par les parties défenderesses de leurs obligations contractuelles envers la SICAR et de la violation de plusieurs dispositions légales.

Le fait que la responsabilité ainsi recherchée soit le cas échéant de nature délictuelle et non contractuelle comme prétendu à titre principal par les parties demanderesses, relève de l'analyse du fond de l'affaire.

Il est en effet admis de manière constante par les juridictions depuis de nombreuses années que la cause de l'action réside dans le fait dommageable et qu'il n'est pas nécessaire de qualifier juridiquement les circonstances de fait, sans qu'il y ait lieu de soumettre les assignations en matière de responsabilité civile à des conditions particulières. Cette analyse a par ailleurs été définitivement consacrée par un arrêt de la cour de cassation du 10 mars 2011 (Cass. n° 18/11, n° 2815 du registre, JTL 2012, n° 19, page 23), dans lequel la Cour de cassation consacre l'obligation incombant aux juridictions de requalifier sur base de l'article 61 du Nouveau Code de procédure civile.

La question de savoir quelles seraient les fautes respectives des parties défenderesses en relation causale avec les préjudices invoqués, les parties demanderesses leur reprochant qu'elles auraient par leurs fautes cumulées, consistant dans leur omission de faire des vérifications leur incombant, causé un

préjudice personnel à chacune des parties demanderesses, relève aussi du fond du droit.

Il est encore soulevé que l'assignation manquerait de clarté en ce qu'il ne s'en déduirait pas en quelle qualité SOCIETE1.) rechercherait la responsabilité des parties défenderesses, si elle réclamerait la réparation d'un préjudice propre ou un préjudice dans le chef de la SICAR.

Or, il résulte de l'exploit introductif que celle-ci réclame la réparation d'un préjudice qui lui est personnel, consistant dans son impossibilité de toucher des *management fees* et un *carried interest*, rémunérations revenant à l'associé commandité de la SICAR en application du *private placement memorandum*, de sorte que les parties défenderesses n'ont pas pu se méprendre sur la qualité en vertu de laquelle SOCIETE1.) a engagé son action.

Il en est de même de la demande de PERSONNE1.) qui affirme avoir subi un préjudice personnel du fait de l'échec de la SICAR, dont les parties défenderesses porteraient la responsabilité.

Il découle de l'ensemble des développements qui précèdent que le moyen de nullité basé sur le libellé obscur n'est pas fondé en ce que la demande est dirigée contre SOCIETE3.) et SOCIETE5.).

2. La prescription

Les parties défenderesses soulèvent ensuite la prescription de la demande adverse en application de l'article 189 du Code de commerce.

Cet article dispose que « les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par dix ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes ».

Au regard de cette disposition, il suffit qu'une des parties, au moins, au rapport d'obligation soit commerçante, quelle que soit sa position, débitrice ou créancière et que l'obligation litigieuse soit née à l'occasion du commerce du cocontractant commerçant.

Toutes les parties au litige admettent que la prescription commerciale de l'article 189 du Code de commerce est applicable en l'espèce, mais leurs positions divergent quant au point de départ de celle-ci.

Il appartient à la partie qui invoque la prescription de rapporter la preuve qu'elle est acquise.

La prescription décennale déroge en matière commerciale à la prescription de droit commun fixée à trente ans. Mais en l'absence de disposition spécifique sa mise en œuvre doit être appréciée suivant les règles établies en matière de prescription de droit commun (CA 13 octobre 2010, Pas. 35, p. 270).

Il est admis que le point de départ de la prescription se situe :

- en matière contractuelle au jour où l'obligation peut être mise à exécution par une action en justice ; et

- en matière extracontractuelle au jour de la naissance du dommage ou à sa révélation à la victime si elle établit qu'elle n'en a pas eu connaissance précédemment (Th. Hoscheit : Point de départ et computation de la prescription, in : Annales du droit luxembourgeois, 2019, p.81 et suivants).

Il convient de constater qu'en l'espèce, les parties au litige ne sont pas contractuellement liées, alors que les différents contrats invoqués ont été conclus entre la SICAR et les parties défenderesses.

L'affirmation de la nature extracontractuelle de l'action en responsabilité exercée par un tiers a pour effet que le régime juridique applicable à cette responsabilité est celui de la responsabilité extracontractuelle et non celui de la responsabilité contractuelle, le fait générateur de responsabilité étant principalement la faute extracontractuelle.

Or, en l'absence de lien contractuel direct entre le responsable et la victime et par application de l'effet relatif des contrats, la responsabilité ne peut qu'être de nature délictuelle (JurisClasseur Civil Code > Art. 1231 à 1231-7, Fasc. 16-20 : Droit à réparation - Rapports entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle - Domaine - Nature de la responsabilité entre contractants et tiers, n° 37 et 38).

Le principe de la nature extracontractuelle de la responsabilité entre un contractant et un tiers pour un dommage survenu dans le cadre d'un groupe de contrats a de même été affirmé par un arrêt de la Cour de cassation française du 12 juillet 1991 et réaffirmé à de nombreuses reprises par la suite.

Il est admis que le tiers à un contrat peut invoquer sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage (Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255 : JurisData n° 2006-035298 ; Cass. 1^{re} civ. , 15 déc. 2011, n° 10-17.691 : JurisData n° 2011-032379).

Il est dès lors établi en l'espèce que la responsabilité recherchée par les parties demanderesses à l'égard des parties défenderesses est de nature délictuelle, entraînant l'application des règles applicables en cette matière, y compris celles relatives à la prescription.

Dès lors, le point de départ de la prescription se situe au jour de la naissance du dommage, respectivement de la révélation de celui aux victimes.

Or, au regard des éléments de faits développés ci-avant, les parties demanderesses n'ont pu prendre connaissance du préjudice qu'elles allèguent, découlant du fait que les parties défenderesses n'auraient pas procédé aux vérifications nécessaires pour empêcher le non-respect par les investisseurs grecs de leurs engagements pris à l'égard de la SICAR dans les *commitment agreements* qu'au moment où la situation de défaut s'est révélée à eux, soit au plus tôt à partir des premiers appels de fonds, intervenus entre le 30 juin et le 1^{er} août 2008.

Il s'ensuit que l'action introduite le 28 juin 2018 n'est pas prescrite au regard de l'article 189 du Code de commerce.

Les parties défenderesses concluent encore à la prescription de l'action sur base de l'article 2277 du Code civil, qui dispose que « se prescrivent par cinq ans les actions de paiement (...) des intérêts des sommes prêtées, et généralement de tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts ».

Or, en l'espèce, les parties demanderesses ne réclament pas de sommes payables par année ou à des termes périodiques plus courts, alors que tout en calquant le préjudice, au moins partiellement, sur de telles sommes et notamment les *management fees*, elles demandent à sa voir allouer des dommages et intérêts en raison d'un préjudice subi par elles en raison justement de son impossibilité de toucher les sommes leur revenant contractuellement, de sorte que la prescription édictée par l'article 2277 du Code civil n'est pas applicable en l'espèce.

Il s'ensuit que l'action des parties demanderesses n'est pas prescrite.

Les parties ayant souhaité limiter les débats aux questions de nullité et de prescription, il y a lieu d'inviter les parties restant en cause de conclure au fond.

Par ces motifs :

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

déclare l'assignation nulle pour libellé obscur en ce qu'elle est dirigée contre la société anonyme de droit allemand SOCIETE2.) AKTIENGESELLSCHAFT,

dit non fondés les moyens de prescription invoqués par les parties défenderesses,

reçoit la demande en la forme,

invite Maître Philippe-Fitzpatrick ONIMUS et Maître Philippe SYLVESTRE à conclure au fond pour **le 16 septembre 2022 au plus tard**,

fixe l'affaire à la conférence de mise en état du **21 septembre 2022**,

réserve le surplus.