

No. Rôle: TAL-2019-00071 + TAL-2019-01050
Réf. no. 2021TALREFO/00406
du 23 juillet 2021

Audience publique extraordinaire de vacation des référés du vendredi, 23 juillet 2021, tenue par Nous Christina LAPLUME, Vice-Président au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, assistée du greffier Loïc PAVANT.

I.
DANS LA CAUSE

E N T R E

la société anonyme, société **SOC1.)** SICAV SIF S.A., établie et ayant son siège social à L-(...), (...), immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

élisant domicile en l'étude de Maître Donald VENKATAPEN, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître Christophe BRAULT, avocat, en remplacement de Maître Donald VENKATAPEN, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

E T

la société anonyme **SOC2.)** S.A., établie et ayant son siège social à L-(...), (...), immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie défenderesse comparant par Maître Ferdinand PARTISOTTI, avocat, en remplacement de Maître Raphaël COLLIN, avocat, les deux demeurant à Luxembourg.

en présence de :

1. **A.**), demeurant professionnellement à L-(...), (...),

intervenant volontairement, défaillant,

2. **B.**), demeurant professionnellement à L-(...), (...),

intervenant volontairement ayant initialement comparu en personne, actuellement défaillant.

II.

DANS LA CAUSE

E N T R E

la société anonyme, société **SOC1.)** SICAV SIF S.A., établie et ayant son siège social à L-(...), (...), immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

élisant domicile en l'étude de Maître Donald VENKATAPEN, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître Christophe BRAULT, avocat, en remplacement de Maître Donald VENKATAPEN, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

E T

la COMMISSION DE SURVEILLANCE DU SECTEUR FINANCIER, l'établissement public de droit Luxembourgeois, créée par la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une COMMISSION DE SURVEILLANCE DU SECTEUR FINANCIER, établie et ayant son siège social à L-1150 Luxembourg, 283, route d'Arlon, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro J26, représentée par sa direction et/ou son directeur général et/ou ses directeurs actuellement en fonctions,

partie défenderesse comparant par Maître Kubilay YILMAZ, avocat, en remplacement de Maître Albert RODESCH, avocat, les deux demeurant à Luxembourg.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du jeudi matin, 6 mai 2021, Maître Donald VENKATAPEN donna lecture des assignations ci-avant transcrites et exposa ses moyens.

Maître Flavien CARBONE et Maître Virginie VERDANET furent entendus en leurs explications.

B.) et A.) ne comparurent pas à l'audience.

L'affaire fut refixée pour continuation des débats à l'audience publique ordinaire des référés du jeudi, 10 juin 2021, lors de laquelle Maître Donald VENKATAPEN, Maître Flavien CARBONE, Maître Virginie VERDANET et **B.)** furent entendus en leurs explications.

A.) ne comparut pas à l'audience.

Le juge des référés prit l'affaire en délibéré, prononça la rupture et refixa l'affaire à l'audience publique ordinaire des référés du jeudi, 15 juillet 2021, lors de laquelle Maître Christophe BRAULT, Maître Ferdinand PARTISOTTI et Maître Kubilay YILMAZ furent entendus en leurs explications.

B.) et A.) ne comparurent pas à l'audience.

Sur ce, le juge des référés reprit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique extraordinaire des référés de ce jour l'

O R D O N N A N C E

qui suit:

Par exploit d'huissier Pierre BIEL, huissier de justice à Luxembourg, du 21 décembre 2018, la société **SOC1.)** SICAV SIF S.A. (ci-après la société **SOC1.))** a fait donner assignation à la société **SOC2.)** S.A. (ci-après la société **SOC2.))** à comparaître devant le Président du Tribunal d'arrondissement, siégeant comme juge des référés, pour voir constater que le refus de la société **SOC2.)** de lui communiquer les pièces relatives à la gestion du fonds d'investissement spécialisé **SOC1.)** SICAV SIF S.A. telles que plus amplement spécifiées dans le dispositif de l'acte introductif d'instance constitue une voie de fait et qu'il y a partant lieu de lui ordonner la communication de ceux-ci.

La demande est basée principalement sur l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, à titre subsidiaire sur base de l'article 350 du même code et à titre encore plus subsidiaire sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

Cette affaire a été inscrite sous le numéro TAL-2019-00071 du rôle.

Par exploit d'huissier Geoffrey GALLE, huissier de justice à Luxembourg, du 8 février 2019, la société **SOC1.)** a fait donner assignation à la CSSF à comparaître devant le Président du Tribunal d'arrondissement, siégeant comme juge des référés, pour lui voir dire que la CSSF est tenue d'intervenir dans la cause opposant la société **SOC1.)** à la société **SOC2.)** et de voir déclarer commune l'ordonnance à intervenir à la CSSF.

Cette affaire a été inscrite sous le numéro TAL-2019-01050 du rôle.

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il y a lieu de joindre les affaires numéros TAL-2019-00071 et TAL-2019-01050 pour y statuer par une seule et même ordonnance.

I. Les faits

A l'appui de sa demande, la société **SOC1.)** explique qu'elle est un fonds d'investissement spécialisé de droit luxembourgeois, constitué de plusieurs compartiments dont fait plus particulièrement partie un compartiment appelé **COMP1.)**.

La société **SOC1.)** explique ensuite que la société **SOC2.)** a été chargée, suivant un contrat intitulé « AIFM agreement » conclu le 29 janvier 2016, de la gestion et de la commercialisation du fonds ; que le 13 décembre 2016, le conseil d'administration du fonds aurait informé les actionnaires de sa décision de procéder à la suspension du calcul de la valeur nette d'inventaire ainsi que de l'émission, du rachat et des conversions d'actions de **COMP1.)** en raison des difficultés financières résultant de la disparition totale des actifs de ce dernier ; qu'il se serait avéré que le montant des actifs disparus s'élève à plus de 55 millions de US dollars et que la société **SOC2.)** refuse de communiquer toutes les informations qu'elle détient sur le fonds afin d'échapper à toute action en responsabilité dans la perte des actifs subie par **COMP1.)** ainsi que le fonds d'investissement.

Il résulte encore des éléments du dossier que suivant ordonnance des référés du 4 janvier 2021, Maître Christian STEINMETZ a été nommé en qualité d'administrateur provisoire de la société **SOC1.)** avec la mission de s'occuper de la gestion journalière et de l'administration des biens de celle-ci.

II. Les interventions volontaires

Suivant requête du 10 mars 2021, **A.**), en sa qualité d'administrateur et « enquêteur » de la société **SOC1.)** SICAV SIF S.A. et **B.**), en sa qualité d'administrateur de sociétés, déclarent représenter les parties ci-dessous énoncées qui, en leur qualité d'actionnaires de la société **SOC1.)** SICAV SIF S.A., entendent intervenir dans la présente instance.

Il s'agit plus particulièrement de :

1. **C1.)**
2. **C2.)**
3. **C3.)**
4. **C4.)**
5. **C5.)**
6. **C6.)**
7. **C7.)**
8. **C8.)**
9. **C9.)**
10. **C10.)**
11. **C11.)**
12. **C12.)**
13. **C13.)**
14. **C14.)**
15. la société **SOC3.)** Z.G. Investments Ltd

A.) et **B.)** soutiennent que les parties ci-dessus énoncées sub 1. à 15. ont un intérêt à intervenir dans la présente instance étant donné qu'elles ont subi une perte de quelque 100 millions d'euros suite à la disparition de leurs fonds dans les compartiments **COMP1.)**, **COMP2.)** et **COMP3.)** faisant partie de la société **SOC1.)** SICAV SIF S.A.

Dans le cadre de la même requête en intervention volontaire **A.)** et **B.)** demandent encore à voir ordonner la production d'un nombre de documents tels que plus amplement précisé dans leur requête.

La société **SOC1.)** SICAV SIF S.A. ne s'est pas autrement opposée aux demandes en intervention volontaire.

La société **SOC2.)** soulève l'irrecevabilité des demandes en intervention volontaire de **A.)** et **B.)** au motif que ceux-ci ne justifient pas de leur qualité d'avocat, de conjoint, de parent, d'allié, de personne exclusivement attachée au service personnel des requérants ou d'administrateur ou salarié des requérants pour pouvoir les représenter en justice tel que le prévoit l'article 935 du nouveau code de procédure civile.

SOC2.) tient, par ailleurs, à préciser que la CSSF a, en date du 25 mai 2020, pris une mesure administrative à l'égard de **A.)** constatant la perte d'honorabilité professionnelle de celui-ci pour une durée de quatre années.

En matière de représentation en justice, le choix du mandataire n'est pas laissé à l'entière liberté des plaideurs. En effet, afin que la représentation *ad litem* réalise les objectifs poursuivis, il est nécessaire que les personnes investies du pouvoir d'accomplir les actes de procédure pour le compte des plaideurs offrent certaines garanties. C'est pour cette raison que la loi détermine les personnes qu'elle habilite pour exercer les activités de représentant *ad litem*, ce dans l'intérêt du bon fonctionnement de la justice et des parties elles-mêmes. Les dispositions relatives à la personnalité des mandataires varient selon les juridictions (*cf.* Jurisclasseur Procédure civile, Fasc. 500-55 : Représentation en justice, n°101 et suivants).

En matière de référés, la liste des personnes pouvant assister ou représenter une partie dans un litige est prévue de manière limitative par l'article 935 du nouveau code de procédure civile qui dispose que :

« (1) *Les parties sont tenues de comparaître en personne ou par le ministère d'un avocat.*

(2) *Les parties peuvent se faire assister ou représenter par :*

un avocat,

leur conjoint,

leurs parents ou alliés en ligne directe,

leurs parents ou alliés en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclus,

les personnes exclusivement attachées à leur service personnel ou à leur entreprise.

Le représentant s'il n'est avocat doit justifier d'un pouvoir spécial.

(3) ... »

En l'espèce, il est constant en cause que **A.)** et **B.)** étaient, à un moment donné, les administrateurs de la société **SOC1.)** SICAV SIF S.A. Or, cette qualité en soi ne leur permet pas de représenter les parties ci-dessus énoncées sub 1. à 14. et de défendre les intérêts de ceux-ci dans la présente instance.

Quant à la partie ci-dessus indiquée sub 15., il n'est pas établi en cause qu'au regard de l'article 935 (2) du nouveau code de procédure civile **A.)** et **B.)** soient des personnes attachées au service personnel ou à l'entreprise de la société **SOC3.)** Z.G. Investments Ltd.

Il suit des développements qui précèdent que la requête en intervention de **A.)** et **B.)** est à déclarer irrecevable.

III. Quant à la recevabilité de la demande dirigée à l'encontre de la CSSF

La CSSF, assignée pour se voir déclarer commune l'ordonnance à intervenir, demande à voir déclarer la demande irrecevable à son égard au motif qu'elle n'intervient uniquement dans un intérêt public conformément à l'article 20 (1) de la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier ; qu'en l'espèce il s'agirait d'un litige purement privé.

La CSSF donne ensuite à considérer qu'elle est tenue au secret professionnel tel que ce principe est posé par l'article 16 de la loi du 23 décembre 1998 précitée mais aussi par l'article 47(3) de la loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatif ; que l'action dirigée à son encontre devrait donc être également déclarée irrecevable de ce chef.

Enfin, la CSSF soutient qu'il n'existe aucune base légale permettant de la mettre en cause dans le cadre du présent litige.

Les parties en cause n'ont pas autrement contesté les développements de la CSSF.

Tout d'abord, il est à relever que l'appel en déclaration de jugement commun a pour effet de parer à l'effet relatif de la chose jugée, en enlevant au tiers, devenu partie à l'instance, le droit de se prévaloir de l'article 1351 du code civil. Il a encore pour effet de priver le tiers de la possibilité de former tierce opposition au jugement en cause. La demande en déclaration de jugement commun ne se justifie que si le demandeur a un intérêt à opposer le jugement à intervenir au tiers (Cour d'appel, 27 novembre 2002, n° 25649 du rôle). Toutes les personnes auxquelles pourrait préjudicier le jugement à intervenir et qui par la suite auraient le droit de faire tierce opposition peuvent ainsi être assignées en déclaration de jugement commun. Il en est ainsi de la personne qui éprouve ou risque d'éprouver un préjudice du fait de la décision.

La CSSF est l'autorité de surveillance du secteur financier luxembourgeois, ses missions et son champ de compétence étant définis par la loi organique du 23 décembre 1998, telle qu'elle a été modifiée.

Au titre de l'article 2 de la loi précitée « *La CSSF est l'autorité compétente pour la surveillance prudentielle des établissements de crédit, des PSF au sens de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, des gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs agréés au titre de la loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs, des organismes de placement collectif, des fonds de pension sous forme de sepcav ou d'asep, des organismes de titrisation agréés, des représentants-fiduciaires intervenant auprès d'un organisme de titrisation* », des SICAR ainsi que des établissements de paiement » et des établissements de monnaie

électronique » au sens de la loi du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement».

L'article 41 de la loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés, dispose ce qui suit :

(1) L'autorité chargée d'exercer les attributions qui sont prévues par la présente loi est la CSSF.

(2) La CSSF exerce ces attributions exclusivement dans l'intérêt public.

(3) La CSSF veille à l'application, par les fonds d'investissement spécialisés relevant de la présente loi et par leurs dirigeants, des dispositions légales et conventionnelles applicables.

Dans la mesure où la CSSF exerce ses attributions dans le cadre de la loi de 2007 dans l'intérêt public, à l'exclusion de l'intérêt privé, elle n'est pas susceptible d'intervenir dans un procès opposant des intérêts privés, tel le cas en l'espèce, le présent litige ayant trait à la sauvegarde des intérêts d'un fonds d'investissement dans le cadre de l'action en responsabilité intentée contre le gestionnaire de ce fonds, en l'espèce la société **SOC2.**)

Conformément aux développements de la CSSF, l'article 46 de la loi ne justifie pas non plus la mise en intervention de la CSSF aux fins de déclaration d'ordonnance commune, suite à la décision de la CSSF du 3 juillet 2019 de retirer **SOC1.) SICAV SIF SA** de la liste officielle.

En effet, aux termes de l'article 46 « *La décision de la CSSF portant retrait de la liste prévue à l'article 43, paragraphe (1), d'un fonds d'investissement spécialisé visé par la présente loi entraîne de plein droit, à partir de sa notification au fonds d'investissement spécialisé concerné et à charge de celui-ci, jusqu'au jour où la décision sera devenue définitive, le sursis à tout paiement par ce fonds d'investissement spécialisé et interdiction sous peine de nullité, de procéder à tous actes autres que conservatoires, sauf autorisation du commissaire de surveillance. La CSSF exerce de plein droit la fonction de commissaire de surveillance, à moins qu'à sa requête, le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale nomme un ou plusieurs commissaires de surveillance. La requête motivée, appuyée des documents justificatifs, est déposée à cet effet au greffe du tribunal dans l'arrondissement duquel le fonds d'investissement spécialisé a son siège (...).* »

Par conséquent, suite au retrait de **SOC1.)** de la liste officielle, la CSSF exerce de plein droit la fonction de commissaire de surveillance.

Dans la mesure où toutefois la fonction de commissaire de surveillance ne constitue pas un mandat social, à l'instar du commissaire aux comptes ou réviseur d'entreprises, et qu'il ne résulte d'aucune disposition légale que l'article 46 a vocation à déroger au principe posé

par l'article 41 de la loi de 2007, la CSSF n'est pas amenée à exercer une fonction au niveau même de la gestion de la société.

Il n'y a dès lors pas lieu à la mise en intervention de la CSSF de sorte que la demande est à déclarer irrecevable pour autant que dirigée à son égard.

IV. Quant à la compétence du juge des référés

La demande de **SOC1.)** est basée, à titre principal, sur l'article 933 du nouveau code de procédure civile, à titre subsidiaire sur l'article 350 et, à titre encore plus subsidiaire, sur l'article 932 du même code.

La partie défenderesse **SOC2.)** soulève l'incompétence du juge des référés pour connaître de la demande de **SOC1.)** au regard des dispositions de l'article 212 du nouveau code de procédure civile.

Il est constant que suivant exploit d'huissier du 16 avril 2019, la société **SOC1.)** a assigné la société **SOC2.)** à comparaître devant le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, pour voir condamner cette dernière à la production forcée des mêmes documents et pièces que ceux réclamés dans le cadre de la présente instance de référé.

Dans le cadre de cette instance au fond, la société **SOC1.)** demande encore à ce que la responsabilité contractuelle sinon délictuelle de la société **SOC2.)** soit engagée pour des manquements relevés dans l'exercice de sa mission de gestionnaire du compartiment **COMP1.)** lui confiée mais aussi dans la gestion d'autres actifs du fonds d'investissement.

SOC1.) demande par conséquent à voir condamner la société **SOC2.)** à lui payer des dommages et intérêts pour la perte des actifs du compartiment **COMP1.)** à hauteur d'un principal de 53.925.000 dollars et de 410.000 euros et à voir condamner la société **SOC2.)** à lui payer à titre de dommages et intérêts le montant, au principal, de 1.720.260,37 euros correspondant aux honoraires du chef de « service fees », de « management fees » et de « performance fees » perçus par **SOC2.)** sur base des actifs du compartiment **COMP1.)**.

Force est de constater que c'est dans le cadre de ces demandes que **SOC1.)** sollicite actuellement une mesure d'instruction en référé.

Il est, par ailleurs, constant que l'assignation précitée du 16 avril 2019 fut enrôlée auprès du greffe de la 2^{ème} chambre du Tribunal *de céans* et qu'un « échéancier » fut communiqué aux litis-mandataires des parties respectives le 30 mars 2021. Il y a partant lieu d'admettre qu'un juge de la mise en état fut nommé dans le cadre de l'affaire en question au plus tard à la prédite date du 30 mars 2021.

Or, d'après les dispositions d'ordre public de l'article 212 du nouveau code de procédure civile, édictées dans le souci d'une bonne administration de la justice, le juge de la mise en état est seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du Tribunal, partant également à l'exclusion du juge des référés qui en est l'émanation, pour connaître d'une demande formée postérieurement à sa désignation et tendant à voir instituer une mesure d'instruction trouvant en l'occurrence son expression dans la production de pièces.

Eu égard à la finalité de ces dispositions attribuant compétence exclusive au juge de la mise en état dès sa nomination, il y a lieu de retenir que celles-ci sont applicables non seulement dans l'hypothèse où la demande en production de pièces est, d'un point de vue formel, présentée après la désignation dudit magistrat mais également lorsque, comme en l'espèce, le juge des référés, bien que saisi par une assignation antérieure en date à la prise de fonction du juge de la mise en état, n'est concrètement appelé à statuer sur une demande tendant à voir instituer une mesure d'instruction que postérieurement à cette entrée en fonction.

Il suit de ce qui précède que le juge des référés doit se déclarer incompétent pour connaître de la présente demande en production de pièces et documents.

Au demeurant et à toutes fins utiles, il est à relever qu'au moment où le juge des référés est appelé à statuer, la société **SOC1.)** ne justifie plus d'un motif légitime consistant à voir ordonner la mesure d'instruction telle que sollicitée étant donné que par définition celle-ci ne lui permet pas d'apprécier l'opportunité d'un éventuel futur litige lequel est d'ores et déjà pendu au fond.

Par ailleurs, **SOC1.)** ne démontre pas davantage l'existence d'un risque de dépérissement des preuves justifiant, le cas échéant, une mesure d'instruction sur base de l'article 350 du nouveau code de procédure civile sinon sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

V. Indemnités de procédure

La société **SOC1.)** demande à se voir allouer une indemnité de procédure à hauteur de 10.000 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Au vu de l'issue du litige, la société **SOC1.)** ne justifie pas de l'iniquité requise par l'article précité de sorte que sa demande est à rejeter pour être non fondée.

La société **SOC2.)** demande à se voir attribuer une indemnité de procédure de 20.000 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Au vu de l'issue du litige, il serait inéquitable de laisser à charge de la société **SOC2.)** l'entièreté des frais par elle exposés et non compris dans les dépens de sorte qu'il y a lieu de faire droit à sa demande et de lui allouer à ce titre la somme de 1.000 euros.

PAR CES MOTIFS :

Nous Christina LAPLUME, Vice-Président au Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant contradictoirement;

recevons la demande en la forme;

ordonnons la jonction des affaires inscrites sous les numéros TAL-2019-00071 et TAL-2019-01050 du rôle;

déclarons la demande irrecevable pour autant que dirigée contre la Commission de Surveillance du Secteur Financier;

déclarons irrecevable la requête en intervention de **A.)** et **B.)** en représentation de :

1. **C1.)**
2. **C2.)**
3. **C3.)**
4. **C4.)**
5. **C5.)**
6. **C6.)**
7. **C7.)**
8. **C8.)**
9. **C9.)**
10. **C10.)**
11. **C11.)**
12. **C12.)**
13. **C13.)**
14. **C14.)**
15. la société **SOC3.)** Z.G. Investments Ltd

nous déclarons incompetent pour connaître de la demande sur toutes les bases légales invoquées;

déboutons la société **SOC1.)** SICAV SIF S.A. de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile;

condamnons la société **SOC1.)** SICAV SIF S.A. à payer à la société **SOC2.)** S.A. une indemnité de procédure de 1.000 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile;

laissons les frais et dépens de la présente instance de référé à charge de la société **SOC1.)** SICAV SIF S.A.;

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance nonobstant toute voie de recours et sans caution.