Arrêt commercial

Audience publique du deux décembre deux mille neuf.

Numéros 32196 et 32272 du rôle.

Composition :

Irène FOLSCHEID, présidente de chambre;
Carlo HEYARD, premier conseiller;
Annette GANTREL, première conseillère;
Marcel SCHWARTZ, greffier.

I)

E n t r e :

la société anonyme AAA, *établie et ayant son siège social à UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

appelante *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 24 novembre 2006,*

comparant par Maître Tom LOESCH, avocat à Luxembourg ;

e t

la société de droit des Iles Vierges Britanniques BBB, *représentée par son administrateur unique (Sole Director) actuellement en fonctions, établie et ayant son siège social à VVV Iles Vierges Britanniques, dûment enregistrée sous le numéro ……. auprès du IBC,*

intimée *aux fins du prédit exploit THILL,*

comparant par Maître Gerry OSCH, avocat à Luxembourg ;

I I)

E n t r e :

la société anonyme AAA, *établie et ayant son siège social à UUU, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ……..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,*

demanderesse en intervention *aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL de Luxembourg du 30 janvier 2007,*

comparant par Maître Tom LOESCH, avocat à Luxembourg ;

e t

la société CCC, *société de droit des Iles Vierges Britanniques, dont le siège est établi à WWW, British Virgin Islands, dûment enregistrée sous le numéro ……. auprès du IBC, actuellement composée de ……., ……. et ……., administrateurs,*

défenderesse sur intervention *aux fins du prédit exploit THILL,*

comparant par Maître Marc ELVINGER, avocat à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier du 3 mars 2005 la société de droit des Iles Vierges Britanniques BBB a fait comparaître la société anonyme AAA devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour s'entendre condamner à lui payer la somme de 2.000.000.- USD, évaluée à 1.635.000.- euros.

La société BBB a exposé à l'appui de cette demande qu'elle a apporté un client à la société AAA, en l'occurrence la société DDD et qu'en contrepartie la société AAA s'est engagée à lui rétrocéder 2/3 des commissions touchées, suivant lettre de commission datée du 5 novembre 2001, libellée comme suit:

"Reference made to our different meetings, we are pleased to confirm that our Bank will retrocede to your company 66.6% (2/3) of all brokerage fees, over EUR 100 per transaction, charged by the Bank on the investment transactions concerning the DDD";

que la société AAA a honoré ses engagements sans défaut à l'égard de la demanderesse entre 2001 et 2003, époque à laquelle la direction de la banque a changé, mais que depuis fin 2003, malgré deux mises en demeure lui adressées par l'actionnaire de la société BBB, elle n'a plus rempli ses obligations découlant de la lettre de commission.

La société BBB, qui dans son exploit d'assignation avait basé sa demande encore sur un *Sub-Investment Management Agreement* conclu entre parties le 18 juin 2001, a déclaré lors des plaidoiries devant le tribunal baser sa demande exclusivement sur la lettre de commission du 5 novembre 2001.

Par jugement rendu le 13 octobre 2006 le tribunal a dit la demande fondée en son principe et a ordonné une expertise aux fins de faire déterminer les commissions que la société AAA redoit à la société BBB pour la période entre le mois d'octobre 2003 et le 3 mars 2005, date de l'assignation en justice.

De ce jugement, lui signifié le 18 octobre 2006, la société AAA a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 24 novembre 2006.

Par exploit d'huissier du 30 janvier 2007, elle a mis en intervention la société de droit des Iles Vierges Britanniques CCC aux fins de prendre fait et cause pour AAA et en toute hypothèse s'entendre déclarer commun l'arrêt à intervenir.

Dans des conclusions notifiées le 5 mai 2008 la société CCC dit avoir assigné la société AAA devant le tribunal d'arrondissement en lui réclamant la restitution de près de 10 millions d'USD que AAA a débité des comptes de CCC pour en faire bénéficier entre autres elle-même, mais également des parties tierces, dont BBB. Dans cette assignation, reproduites dans ses conclusions, CCC a exposé, entre autres, les faits suivants: FFF et GGG, qui étaient respectivement l'administrateur délégué et le directeur général de AAA, fonctions dont ils ont été suspendus en novembre 2003 suite à une affaire de blanchiment d'argent, ont également été nommés en 2001 administrateurs de CCC. En cette qualité ils ont conclu le 15 février 2001 avec AAA, d'une part un *Service Agreement*, donnant à AAA les fonctions de banque dépositaire, d'agent administratif, d'agent payeur et d'agent de transfert, d'autre part un *Investment Management* Agreement en vertu duquel AAA devait gérer les avoirs de CCC. Le 18 juin 2001 AAA a conclu avec BBB, dont FFF a été l'un des administrateurs, un *Sub Investment Management Agreement,* en vertu duquel BBB devait assister AAA dans la gestion du fonds, le même jour AAA, sous la signature de MM. FFF et GGG, a adressé à BBB un courrier libellé comme suit: *"Reference made to our different meetings about the Sub Investment Management Agreement concluded between our two Companies regarding the DDD, we are pleased to confirm the following. Our bank will retrocede to your Company 50% (fifty) of all brockerage fees, over EUR 100 per transaction, charged by the Bank on the investment*

transactions." Le 5 novembre 2001, MM. FFF et GGG signent le courrier dont le libellé est repris plus haut et dans lequel le taux de rétrocession est porté de 50 à 66% et plus aucune référence n'est faite au *Sub Investment Management Agreement.* Selon CCC, la gestion des avoirs de DDD (compartiment II) n'a jamais été assurée ni par AAA, ni par BBB pour compte de AAA et il faut admettre que la société BBB a été l'instrument d'une fraude au bénéfice de MM. FFF et GGG et de certains complices de ceux-ci.

Par conclusions notifiées le 16 octobre 2008 l'appelante AAA présente elle-aussi un récit d'agissements répréhensibles imputés aux dénommés FFF et GGG. Elle dit avoir déposé plainte pénale contre ses anciens dirigeants et s'être constituée partie civile. Elle demande à la Cour de surseoir à statuer en attendant l'issue de l'instruction pénale qui, selon elle, influera sur la présente instance.

A l'appui de son affirmation la société AAA verse l'ordonnance de consignation du juge d'instruction, mais elle ne verse pas sa plainte, estimant que le secret de l'instruction s'oppose à ce que soient soumis au contradictoire sur le plan civil les éléments contenus dans la plainte. Elle soutient d'autre part que la plainte déposée par elle comporte également des éléments couverts par le secret bancaire et des éléments tout à fait étrangers à la présente affaire et que la production de la plainte mettrait la banque dans une situation délicate par rapport à d'autres clients.

La société BBB s'oppose à la demande de surséance. Elle soutient que, contrairement à ce qu'affirment les parties adverses, la preuve de sa gestion du fonds DDD résulte à suffisance de droit des attestations versées par elle, que les allégations adverses sur les prétendus montages concernant, entre autres, le fonds DDD, ne sont par ailleurs d'aucune pertinence en présence de l'engagement de rétrocession pris par AAA le 5 novembre 2001, lequel se suffit à lui-même et est pleinement opposable à la banque.

La société BBB fait plaider que le refus de AAA de communiquer la plainte déposée par elle est contraire à l'article 6 de la Convention des Droits de l'Homme, empêchant BBB de se défendre valablement contre ce moyen, que la surséance présuppose d'autre part un lien de dépendance entre le procès pénal et celui mené devant le juge civil, lien de dépendance dont l'examen ne peut s'effectuer dans l'ignorance des faits délictueux allégués dans la plainte au pénal.

Elle conteste que la plainte au pénal soit couverte par le secret de l'instruction lequel ne vise que les actes de l'enquête et de l'instruction. Elle soutient d'autre part que le secret bancaire n'empêche pas AAA de verser la plainte déposée par elle, ajoutant qu'il lui serait loisible d'occulter le nom des autres clients dont elle ne veut pas divulguer l'identité.

La société CCC conclut également au rejet de la demande de sursis à statuer de AAA, soutenant que l'adage "le pénal tient le civil en l'état" suppose la vérification préalable d'un lien de dépendance entre la mise en mouvement de l'action publique et le procès civil, laquelle est impossible vu le refus de AAA de verser sa plainte.

La société AAA, de son côté, demande à voir ordonner, par application de l'article 183 du nouveau code de procédure civile, la communication du dossier au Ministère Public afin de permettre à ce dernier de prendre position en toute objectivité et de prendre telles conclusions qu'il jugera appropriées sur la demande de sursis à statuer. Au cas où la production de la plainte pénale serait ordonnée, elle demande à voir limiter cette production à ce qui est strictement nécessaire à l'instruction de la demande de sursis.

La société BBB conclut à l'irrecevabilité de la demande de communication au Ministère Public pour libellé obscur. Elle soutient que AAA demande en ordre principal que le sursis soit ordonné sur base de la simple ordonnance de consignation du juge d'instruction, qu'elle requiert cependant avant tout autre progrès en cause, mais à titre subsidiaire, la communication de l'affaire au Ministère Public. Selon la société BBB, solliciter une mesure avant tout autre progrès en cause, mais subsidiairement n'a pas de sens, que cette demande est donc entachée d'un libellé obscur.

C'est à bon droit que les parties intimées s'opposent à ce qu'il soit fait droit à la demande de sursis à statuer sans que la plainte sur base de laquelle ce sursis à statuer est demandé ne soit versée.

En effet, la vérification d'un lien de dépendance entre la décision à intervenir sur l'action publique et le procès civil présuppose l'examen de la plainte ayant déclenché l'action publique et il ne suffit pas d'un récit, par voie de conclusions, de faits qui, selon la plaignante, sont invoqués à l'appui de cette plainte.

La communication de la plainte est nécessaire, non seulement pour permettre à la Cour de vérifier ce lien de dépendance entre l'action publique et le procès civil, mais encore pour permettre aux autres parties au litige de le faire et de présenter leurs observations et contestations. Et la Cour doit statuer sur la demande de sursis à statuer de manière contradictoire en tenant compte des conclusions prises de part et d'autre en pleine connaissance de cause.

Ainsi que le fait valoir à juste titre la société BBB, ni le secret de l'instruction, ni le secret bancaire ne s'opposent à la communication de la plainte.

En ce qui concerne la demande de communication au Ministère Public, les conclusions de la société BBB tendant à l'irrecevabilité de cette demande pour libellé obscur sont à rejeter. En effet, une partie

peut très bien conclure en ordre principal au bien-fondé de sa demande et en ordre subsidiaire demander avant tout autre progrès en cause une mesure d'instruction afin d'établir ce bien-fondé.

La Cour se rallie toutefois à la société BBB en ce qu'elle fait remarquer qu'une communication du dossier au Ministère Public afin de connaître son avis sur la surséance à statuer ne peut dispenser AAA de verser la plainte afin de permettre aux autres parties de présenter valablement leur défense à la demande en surséance.

Les arguments présentés par la société BBB pour conclure à l'absence de lien de dépendance entre action publique et procès civil ne peuvent être examinés qu'à la lumière de la plainte déposée par AAA, laquelle doit dès lors être versée.

La société AAA conclut à voir limiter la production de la plainte à ce qui est strictement nécessaire à l'instruction de la demande en sursis à statuer.

La société BBB demande d'un côté qu'il soit ordonné à AAA de verser une copie intégrale de sa plainte et de toutes les pièces à l'appui, d'un autre côté elle déclare ne pas s'opposer à ce que le nom de certains clients de la banque soient occultés.

La production de la plainte est destinée à mettre tant la Cour que les autres parties au litige en mesure de vérifier si l'action publique déclenchée suite à cette plainte est de nature à influer sur le présent litige. La Cour ne voit pas d'objection de principe à ce que AAA limite la production à ce qui est nécessaire pour faire cette vérification, mais celle-ci doit pouvoir se faire. Il appartient partant à AAA, qui demande le sursis à statuer, de confiner la limitation qu'elle sollicite de manière à permettre cette vérification.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement et sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel en la forme;

avant tout autre progrès en cause,

ordonne à la société anonyme AAA de produire la plainte au pénal sur base de laquelle elle demande un sursis à statuer;

autorise la société anonyme AAA à limiter la production de sa plainte à ce qui est nécessaire à l'instruction de cette demande;

réserve les frais et renvoie le dossier devant le magistrat de la mise en état.